

UNIVERSITÉ MONTESQUIEU - BORDEAUX IV
ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (E.D. 41)

DOCTORAT en DROIT

Clément MARGAINE

LA CAPACITÉ PÉNALE

Thèse dirigée par Philippe CONTE
Professeur des Universités

Soutenue publiquement le 28 octobre 2011

MEMBRES DU JURY

M. Philippe BONFILS,
Professeur à l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, **rapporteur.**

M. Philippe CONTE,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris II, **directeur de thèse.**

Mme Dominique FENOUILLET,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris II, **rapporteur.**

Mme Evelyne GARÇON,
Professeur à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV.

Mme Valérie MALABAT,
Professeur à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV.

A mes parents pour leur présence,

A Mahaut pour sa confiance.

Je tiens à remercier tous ceux qui m'ont soutenu, assisté et encouragé
tout au long de ce travail intellectuel et personnel qu'est la rédaction d'une thèse.

Remerciements tout particulier à Mahaut, bien sûr, mais également à Marie-Anne, Juliette,
Marie R., Aurore, Julien, Céline, Elisa, Marie D., Marion, Noémie S., Lydia, Noémi, Romain,
François R., Marc & Caro, Lucie et à tous ceux qui m'ont permis de mener à terme
cette recherche.

Merci enfin au personnel de toutes les bibliothèques que j'ai « écumées » durant ces dernières
années, spécialement celles de l'ISC, de Bordeaux IV, de la Victoire, de Pey-Berland, de
Meriadeck et du musée d'Aquitaine.

« Or, l'homme se singularise par une double capacité de rompre avec la nature.

*Seul il connaît cet univers qui l'engloutit, et seul, il le transforme,
lui, le moins armé et le moins puissant de tous les grands animaux.*

Il est capable d'amour, ce qui est infiniment plus encore. »

E. MOUNIER, *Le personnalisme*,

Que sais-je ?

PUF, 11^e éd.,

1969, p. 22.

SOMMAIRE

PARTIE I :

LA CAPACITE PENALE A L'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITE PENALE 32

TITRE I :

LA CAPACITE PENALE A L'INFRACTION 35

Chapitre I :

La notion de capacité délictuelle..... 38

Chapitre II :

Le régime de la capacité délictuelle..... 81

TITRE II :

LA CAPACITE PENALE A L'IMPUTATION DE L'INFRACTION 147

Chapitre I :

La notion d'imputabilité 150

Chapitre II :

Le régime de l'imputabilité 188

PARTIE II :

LA CAPACITE PENALE A LA SANCTION DE LA RESPONSABILITE PENALE..... 230

TITRE I :

LE CONCEPT DE CAPACITE PENALE A LA SANCTION 232

Chapitre I :

La genèse du concept de capacité pénale..... 233

Chapitre II :

Le rôle de la capacité pénale..... 258

TITRE II :

LA CONSECRATION DU CONCEPT DE CAPACITE PENITENTIAIRE EN DROIT PENAL..... 312

Chapitre I :

La consécration totale de la capacité pénitentiaire en droit pénal des mineurs 313

Chapitre II :

La consécration partielle de la capacité pénitentiaire en droit pénal des majeurs..... 362

PRINCIPALES ABREVIATIONS

<i>AJ Pénal</i>	Actualité Juridique Pénal
<i>Bull. Civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre civile
<i>Bull. Crim.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre criminelle
<i>CA</i>	Cour d'appel
<i>CC</i>	Conseil constitutionnel
<i>Cass. 1^{ère}, 2^e, 3^e civ.</i>	Première (deuxième, troisième) chambre civile de la Cour de cassation
<i>Cass. Ass. Plén.</i>	Assemblée Plénière de la Cour de Cassation
<i>CEDH</i>	Cour européenne des droits de l'Homme
<i>Crim.</i>	Chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>Dr. Pén.</i>	Revue de Droit Pénal
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>JCP</i>	Juris-classeur périodique
<i>LGDJ</i>	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
<i>Loc. cit.</i>	<i>Loco citato</i> (à l'endroit précité)
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> (ouvrage précité)
<i>PUF</i>	Presses Universitaires de France
<i>RDPC</i>	Revue de Droit Pénal et de Criminologie
<i>RPDP</i>	Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal
<i>RSC</i>	Revue de sciences criminelles et de droit comparé
<i>RTD Civ.</i>	Revue Trimestrielle de droit civil
<i>S.</i>	Recueil Sirey
<i>SPIP</i>	Service Pénitentiaire d'Insertion et de Probation
<i>Trib. corr.</i>	Tribunal correctionnel
<i>V.</i>	Voir
<i>V^o, v^{is}</i>	<i>Verbo</i> , <i>verbis</i> (mot, mots)

INTRODUCTION

« *Ce sont les difficultés, voire les malheurs, qui ont besoin du droit. Le droit a peu à dire sur la capacité, qui est l'état habituel de l'être humain.* »¹

1 - Formulée par le Doyen CARBONNIER en exergue de son ouvrage de droit civil consacré aux personnes, cette remarque illustre bien toute l'ambiguïté du concept de capacité. Si elle semble essentielle, voire indispensable à l'activité de tout sujet de droit, la capacité reste pourtant rarement appréhendée de manière positive ; le droit préférant s'intéresser à ses manifestations négatives, autrement dit, aux incapacités. N'y a-t-il par conséquent, pour reprendre la formule précitée, que « *peu à dire sur la capacité* » ou faut-il au contraire dépasser cette image afin de mettre au jour un concept digne d'intérêt ? La lecture du Code civil semble, *a priori*, donner raison au Doyen CARBONNIER puisqu'on n'y trouve aucune définition légale de la capacité. Si quelques articles évoquent la capacité² ou, plus souvent l'incapacité³, aucun ne la définit véritablement. Un détour hors de la matière juridique semble donc indispensable.

2 - D'usage assez fréquent, le terme de « capacité » est utilisé dans des sens très différents les uns des autres. La capacité désigne en effet, en premier lieu, la « *propriété de contenir une certaine quantité de substance* »⁴. Par extension, ce terme est parfois employé pour mesurer la

¹ J. CARBONNIER, *Droit civil - T.1 Les personnes : personnalité, incapacités, personnes morales*, PUF, 21^e éd., 2000, n° 2, p. 13.

² V. par exemple l'article 1108 du Code civil qui fait de la capacité une des conditions de validité du contrat.

³ L'article 1123 du Code civil affirme ainsi que « toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi », l'article suivant ajoutant que sont incapables de contracter les mineurs non émancipés ainsi que les majeurs protégés au sens de l'article 488 du Code civil.

⁴ Ce que confirme l'étymologie de ce terme qui vient du latin *capacitas*, dérivé de *capax* signifiant « qui peut contenir » : v° « *Capacité* », *Le nouveau petit Robert de la langue française*, sous la direction de J. REY-DEBOVE et A. REY, Le Robert, 2010.

quantité de ce que peut contenir une chose : on parle ainsi couramment de la capacité d'une salle, d'un ascenseur, etc¹. Si cette première définition de la capacité souligne son caractère très pratique, presque prosaïque, c'est surtout au sens figuré que ce vocable est généralement employé. La capacité exprime alors l'aptitude d'un individu à accomplir un acte ou une opération². En psychologie, on distingue parfois la capacité, qui représente « *la possibilité de réussite dans l'exécution d'une tâche* »³, de l'aptitude, « *substrat constitutionnel* » qui conditionne cette réussite⁴. Selon cette dichotomie, peut être considéré comme capable, celui qui a la faculté d'agir, cette possibilité dépendant de certaines de ses dispositions, qu'elles soient physiques ou intellectuelles⁵. Toutefois, dans leur acception commune, les termes « capacité » et « aptitude » sont généralement considérés comme synonymes.

3 - Au vu de ce qui précède, il peut paraître surprenant, sauf si l'on souscrit totalement à l'opinion du Doyen CARBONNIER, que le législateur n'ait pas estimé nécessaire de définir le concept juridique de capacité. C'est donc à la doctrine qu'est échue cette tâche difficile. On constate alors que c'est le sens figuré qui prévaut en matière juridique et plus précisément en droit civil, puisque la capacité désigne l'aptitude d'une personne à devenir titulaire de droits ou d'obligations d'une part, et à les exercer d'autre part⁶. On voit dès lors se dessiner à travers cette référence à l'acquisition et à l'exercice de prérogatives juridiques, une *summa divisio* du droit, la distinction classique entre la capacité de jouissance et la capacité d'exercice. La capacité juridique comprend en effet la faculté pour un individu d'acquérir un droit, c'est la capacité de jouissance, mais également de le faire valoir seul, c'est la capacité d'exercice⁷. Si

¹ En médecine, la « capacité vitale » ou « capacité vitale pulmonaire » désigne ainsi « *le volume maximal d'air qui peut être recueilli lors d'une expiration forcée* » : v^{is} « *Capacité vitale pulmonaire* », J. CHEVALLIER, *Précis de terminologie médicale*, Maloine, 7^e éd., 2003.

² Au sens figuré, la capacité désignerait ainsi « *la puissance de faire quelque chose* », v^o « *Capacité* » (sens n^o 3), *Le nouveau petit Robert de la langue française*, op. cit.

³ V^o « *Capacité* », H. PIERON, *Vocabulaire de la psychologie*, Quadriga/PUF, 4^e éd., 2003.

⁴ V^o « *Aptitude* », H. PIERON, op. cit.: « *Ce mot, souvent employé à tort comme synonyme de capacité, désigne le substrat constitutionnel d'une capacité* ».

⁵ « *Qualité de quelqu'un qui est en état de comprendre, de faire quelque chose* » : v^o « *Capacité* » (sens n^o 4), *Le nouveau petit Robert de la langue française*, op. cit.

⁶ « *Aptitude à acquérir un droit et à l'exercer reconnue en principe à tout individu et, en fonction de leur nature, de leur objet et de leur forme, aux personnes morales* », v^o « *Capacité* », *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. CORNU, Quadriga/PUF, 8^e éd., 2010.

⁷ *A contrario*, « *l'incapacité de jouissance est l'inaptitude à être sujet de droits, à être titulaire de droits, à en jouir, fût-ce passivement, a fortiori à en acquérir de nouveaux* » et l'incapacité d'exercice, l'inaptitude pour le titulaire d'un droit « *à le faire valoir par lui-même dans la vie juridique* », J. CARBONNIER, op. cit., n^o 99.

l'incapacité d'exercice semble assez simple à admettre¹ puisqu'elle caractérise l'hypothèse dans laquelle un individu, reconnu incapable, est contraint d'avoir recours à un représentant ou à un assistant pour exercer son droit, l'incapacité de jouissance est plus complexe à concevoir. Il s'agit en effet d'une incapacité plus profonde, privant celui à qui elle s'applique de la possibilité de devenir le sujet, actif ou passif, d'un ou de plusieurs droits. Cette définition met en évidence la très grande proximité de la capacité de jouissance², et plus largement de la capacité elle-même, avec un autre concept juridique, celui de personne.

4 - La personnalité juridique qui se définit comme « *l'aptitude à être titulaire actif et passif de droits subjectifs* »³ ou, plus simplement, comme « *l'aptitude à devenir sujet de droit* »⁴ est un concept essentiel⁵ au droit. En reconnaissant à un individu la possibilité d'exister et d'intervenir sur la scène juridique, elle apparaît comme le masque permettant à l'individu de jouer un rôle sur la scène juridique. On est alors très proche de la conception antique de la personne puisqu'étymologiquement⁶, ce terme découle du nom donné au masque que portaient les acteurs de théâtre⁷. A l'origine, la personne renvoyait en effet moins à l'être individuel, qu'au rôle qu'incarnait un acteur, bref à son personnage. Ce n'est que progressivement, qu'elle a fini par désigner « *l'être humain considéré dans son individualité*,

¹ Comme l'écrivent certains auteurs, « *la capacité d'exercice étant l'aptitude à exercer des droits et l'exercice des droits supposant une volonté consciente, il est logique que l'être privé de raison ne puisse participer efficacement à la vie juridique* », D. FENOUILLET et F. TERRE, *Droit civil - Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 7^e éd., 2005, n° 1201.

² Un auteur conclut d'ailleurs qu'une « *incapacité de jouissance fait [...] nécessairement obstacle au plein épanouissement de la personnalité juridique* », G. CORNU, *Droit civil, Les personnes*, Montchrestien, 13^e éd., 2007, n° 11, p. 22 et 23.

³ D. FENOUILLET et F. TERRE, *op. cit.*, n° 41.

⁴ G. CORNU, *op. cit.*, n° 13, p. 26.

⁵ Il s'agirait ainsi du mot « *le plus précieux du vocabulaire juridique* », v° « *Personne* », *Dictionnaire encyclopédique de la théorie et de la sociologie du droit*, sous la direction d'A. J. ARNAUD, LGDJ, 2^e éd., 1993. V. les nombreux ouvrages consacrés à la question, notamment : *La personne humaine sujet de droit*, PUF, 1994, rassemblant les rapports présentés aux quatrièmes journées René Savatier qui se sont déroulées à Poitiers, les 25 et 26 mars 1993, ainsi que l'ouvrage de S. TZITZIS, *Qu'est-ce que la personne ?*, Armand Colin, 1999. En matière pénale, on peut enfin citer l'ouvrage collectif *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, sous la direction de J.-H. ROBERT et S. TZITZIS, éd. Panthéon-Assas, 2003.

⁶ Si l'origine de ce terme est incertaine, il est généralement présenté comme découlant du latin *persona*, dérivé de l'étrusque *phersu* qui était vraisemblablement employé pour traduire le terme grec *prosôpon* désignant le masque de théâtre, v° « *Personne* », J. PICOCHÉ, *Dictionnaire étymologique du français*, Le Robert, 2002.

⁷ Des auteurs soulignent d'ailleurs le paradoxe engendré par cette situation puisque « *si le masque situait le personnage, en permettant au public de reconnaître instantanément son rôle (l'esclave, l'homme libre, etc.), il soustrayait en même temps aux regards des spectateurs la personne qui jouait* », Ph. CONTE et B. PETIT, *Les personnes*, PUG, 2^e éd., 1994, n° 1, p. 5.

sa spécificité »¹. Si l'on perçoit ainsi la complexité de ce concept², on peut déduire des multiples références à l'aptitude du sujet, que sa traduction juridique, la personnalité juridique, se présente comme une capacité, et plus précisément comme une capacité de jouissance générale³. Si ces deux notions sont en effet très proches, il est pourtant essentiel de bien les distinguer⁴.

5 - Loin de désigner, comme la personnalité juridique, l'aptitude abstraite ou idéale à être titulaire de droits subjectifs, la capacité apparaît davantage comme une aptitude concrète, une « projection de la personnalité juridique [...] au plan de la réalité vécue »⁵. Autrement dit, au concept nécessairement abstrait⁶ de personnalité s'opposerait celui, plus tangible, de capacité que l'on pourrait définir comme l'aptitude concrète d'un individu à l'acquisition et à l'exercice de droits subjectifs⁷. Bien qu'assez ténue à mettre en œuvre, cette distinction doit être approuvée car elle permet de souligner les liens très étroits, presque « viscéraux »⁸, qui relie la capacité et la personnalité juridiques, tout en reconnaissant à la première une certaine autonomie à l'égard de la seconde. Le caractère abstrait de la personnalité juridique explique ainsi qu'elle soit généralement considérée comme unique et indivisible⁹. Au contraire, il est possible de distinguer plusieurs types de capacités, qu'il s'agisse de l'opposition classique entre la capacité de jouissance ou d'exercice ou bien entre la capacité civile ou politique¹⁰ d'un individu.

¹ V° « Personne » (II, sens 1) *Le nouveau petit Robert de la langue française*, op. cit.

² Comme le prouvent les titres à la forme interrogative que choisissent certains auteurs lorsqu'ils évoquent cette question : v. ainsi S. TZITZIS, *Qu'est-ce que la personne ?*, Armand Colin, 1999 ou S. CHAUVIER, *Qu'est-ce qu'une personne ?*, Vrin, 2003.

³ Sur les rapports de la personnalité juridique et de la capacité de jouissance, v. G. CORNU, op. cit., n° 13, p. 26

⁴ V. ainsi L. TOPOR, *Rép. Civ.*, v^{is} « Etat et capacité des personnes », n° 296 et 297.

⁵ L. TOPOR, op. cit., loc. cit., spéc. n° 297

⁶ Et qui soulève donc des questions philosophiques relevant aussi bien de l'ontologie que de l'éthique.

⁷ V. la définition de la capacité par L. TOPOR, op. cit., loc. cit. : « Aptitude des personnes à l'acquisition et à l'exercice des droits subjectifs correspondant à leur situation concrète et juridique ».

⁸ « Aux premiers pas de la personne humaine se trouve l'incapacité... et derrière chaque incapacité se trouve une personne humaine. Le lien est étroit entre ces deux termes, quasiment viscéral : chacune de ces notions renvoie à l'autre » J.-M. PLAZY, *La personne de l'incapable*, th. Bordeaux, 1998, n° 1, p. 1.

⁹ G. CORNU, op. cit., n° 14, p. 28.

¹⁰ Définie comme « l'aptitude à jouir de droits civils », G. CORNU, op. cit., loc. cit.

6 - A cette différence de nature correspond d'ailleurs une différence de fonction. La personnalité juridique qui représente, on l'a dit, l'aptitude générale¹ à devenir sujet actif ou passif de droit ou d'obligations est une question capitale puisqu'elle conditionne la reconnaissance même de la qualité de sujet de droit. Le rôle de la capacité est moins déterminant dans la mesure où il s'agit simplement de limiter le domaine d'intervention d'une personne juridique en lui accordant ou en lui refusant la faculté de jouir ou d'exercer une prérogative juridique. En effet, à défaut d'hypothèse d'incapacité de jouissance générale², la capacité juridique ne conditionne pas l'existence juridique d'un individu³. Bref, si la personnalité est indispensable à la « *vie juridique* »⁴, la capacité apparaît plutôt comme une simple limite à l'activité d'un sujet de droit, ou pour citer un auteur comme « *un critère d'accès ou d'exclusion, par rapport à une charge, un avantage, une situation juridiquement définie* »⁵.

7 - Le caractère pragmatique et fonctionnel de la capacité juridique pourrait alors laisser penser qu'elle coïncide systématiquement avec la capacité naturelle de l'individu, c'est-à-dire l'ensemble de ses aptitudes réelles⁶. Or, si la capacité juridique d'un individu reflète généralement sa capacité naturelle, il arrive parfois que le droit ne traduise pas l'exacte réalité, comme l'attestent les célèbres vers qu'Hector adresse à Busiris dans *La guerre de Troie n'aura pas lieu*⁷. Le mineur proche de la majorité par exemple possède souvent les aptitudes nécessaires pour conclure un contrat. Pourtant, malgré cette possible capacité

¹ Un auteur la qualifie ainsi de vocation « *générale* », « *ouverte* » ou « *permanente* » à devenir titulaire d'un droit ou d'une obligation, G. CORNU, *op. cit., loc. cit.*

² « [La] profondeur de l'incapacité de jouissance explique qu'il ne puisse y avoir d'incapacité de jouissance générale, car ce serait le refus même de la personnalité », J. CARBONNIER, *Droit civil - T.1 Les personnes : personnalité, incapacités, personnes morales*, PUF, 21^e éd., 2000, n° 99, p. 181.

³ « En tant qu'aptitude générique à être sujet de droit, [la personnalité] est inaltérable. Les personnes frappées d'une incapacité de jouissance demeurent des sujets de droit », G. CORNU, *op. cit., loc. cit.*

⁴ Des auteurs qualifient ainsi la personnalité juridique de « *passage obligé de l'essence à l'existence dans l'ordre juridique* », D. FENOUILLET et F. TERRE, *Droit civil - Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 7^e éd., 2005, n° 15.

⁵ J.-P. GRIDEL, *L'âge et la capacité civile*, D. 1998, p. 90, n° 4.

⁶ « Au contraire de la capacité juridique, la capacité naturelle est par conséquent un attribut propre à l'être humain. Elle est la somme de ses aptitudes naturelles », F. BETAÏLLOLE-GONTHIER, *La capacité naturelle*, th. Bordeaux, 1999, n° 11. Sur l'opposition entre l'incapacité naturelle et l'incapacité légale, v. J. CARBONNIER, *op. cit., loc. cit.*

⁷ « Le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité. », J. GIRAUDOUX, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, Acte II, scène 5, éd. La Pléiade - Théâtre complet, Gallimard, 1982, p. 552.

naturelle à conclure un contrat, il demeure, en principe, incapable de contracter, sous réserve des actes autorisés par la loi ou l'usage¹. A l'inverse, en l'absence de régime de protection, l'individu est présumé apte à conclure un contrat², même si en pratique, un trouble ou une maladie peut l'en empêcher. Si le droit essaie donc, dans un souci d'efficacité, de calquer la capacité juridique sur les aptitudes réelles des individus, il arrive parfois que la capacité juridique et la capacité naturelle d'un individu ne concordent pas.

8 - Au contraire, la personne humaine et son émanation juridique coïncident généralement, puisque, comme l'écrit un auteur, la personne juridique, « *c'est l'être humain, tel qu'il est pris en considération par le droit* »³. C'est pourquoi, bien que l'histoire démontre que la personnalité juridique a pu être refusée à certains individus⁴, le droit la reconnaît aujourd'hui à tous les êtres humains. Cette remarque doit toutefois être nuancée. D'une part, la personnalité juridique reste conditionnée à la vie⁵ et plus précisément à la naissance⁶. Cela explique que ni le droit civil⁷, ni le droit pénal⁸ ne reconnaissent la personnalité juridique à l'enfant à naître. D'autre part, si tous les hommes ont la personnalité juridique, la réciproque n'est pas vraie puisque le droit reconnaît également la personnalité juridique à des entités plus

¹ Art. 389-3, al. 1^{er} du Code civil.

² Art. 1123 du Code civil.

³ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 3, p. 15.

⁴ C'était notamment le cas des esclaves ou bien des individus condamnés à la mort civile, avant son abolition en 1854.

⁵ Sur cette question, G. MEMETEAU, *Vie biologique et personnalité juridique*, in *La personne humaine sujet de droit*, PUF, 1994, p. 21 et s.

⁶ « *C'est par la naissance et à la naissance que s'extériorise l'aptitude à être sujet de droit* », J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 13, p. 32. V. également D. FENOUILLET et F. TERRE, *op. cit.*, n° 20 et s. : « *C'est à la naissance que l'être est doté de la personnalité juridique* ».

⁷ Notons toutefois que le droit civil admet exceptionnellement l'aptitude de l'enfant simplement conçu, à acquérir certains droits conformément à l'adage « *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* ». V. par exemple en matière successorale, l'alinéa 1^{er} de l'art. 906 du Code civil selon lequel : « pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation ».

⁸ La Chambre criminelle refuse par conséquent de reconnaître l'atteinte au fœtus comme un homicide : Crim. 30 juin 1999 : *Bull. Crim.* n° 174 ; *D.* 1999, p. 710, note D. VIGNEAU ; *D.* 2000, p. 169, note C. DESNOYER et L. DUMAINE ; *Dr. Pén.* 2000, comm. n° 3, M. VERON ; *RSC* 1999, p. 813, obs. Y. MAYAUD, confirmée à plusieurs reprises, notamment par Ass. Plén., 29 juin 2001 : *Bull. Crim.* n° 165 ; *D.* 2001, chron, p. 2917, note Y. MAYAUD ; *JCP* 2001, II, 10569, rapp. P. SARGOS, concl. J. SAINTE-ROSE et note M.-L. RASSAT ; *Dr. Pén.* 2001, chron. n° 34, L. DEMONT ; *RTD Civ.* 2001, p. 560, obs. J. HAUSER, et plus récemment, Crim. 4 mai 2004 : *Bull. Crim.* n° 108 ; *D.* 2004, p. 3097, note J. PRADEL ; *RSC* 2004, p. 884, obs. Y. MAYAUD. Notons que la Cour Européenne des droits de l'homme a conclu que la France ne violait pas l'article 2 de la Convention en refusant d'incriminer l'atteinte au fœtus comme un homicide, CEDH, 8 juill. 2004, *VO c/ France*, *D.* 2004, p. 2456, note J. PRADEL ; *JCP*, 2004, II, 10158, note M. LEVINET ; *RTD civ.* 2004, p. 714, obs. J. HAUSER.

abstraites, les personnes morales. Ces dernières sont donc des sujets de droit au même titre que les personnes physiques, que ce soit en matière civile ou plus récemment en matière pénale¹.

9 - Cette première approche du concept de capacité et de sa réception par le droit a donc permis de mettre en évidence sa très grande proximité avec celui de personnalité juridique et par conséquent avec le droit civil², rendant, *a priori*, difficile une transposition de ce concept en droit pénal³. On ne trouve en effet que quelques références expresses à la capacité dans le Code pénal ou le Code de procédure pénale. Si certains articles font explicitement référence à l'incapacité de la victime d'une infraction⁴, la plupart évoque l'incapacité de l'auteur de l'infraction, souvent à titre de sanction. L'article 131-10 du Code pénal prévoit ainsi la possibilité de prononcer l'« incapacité ou [le] retrait d'un droit » comme peine complémentaire en matière criminelle ou correctionnelle. Dans le même ordre d'idées,

¹ Sur la reconnaissance par le droit pénal de la responsabilité pénale des personnes morales en 1994, v. notamment : M.-E. CARTIER, *La responsabilité des personnes morales*, in *Le Nouveau Code pénal, enjeux et perspectives*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 1994, p. 37 et s. ; F. DESPORTES, *Le nouveau régime de la responsabilité pénale des personnes morales*, JCP (E.), 1993, I, p. 219 ; O. SAUTEL, *La mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales : entre litanie et liturgie*, D. 2002, p. 1147 ; J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, in *Le risque pénal dans l'entreprise*, Ouvrage collectif, Litec, Collection Carré Droit, 2003, p. 71 et s. ; Ph. CONTE, *La responsabilité des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal*, in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, sous la direction de J.-H. ROBERT et S. TZITZIS, éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 109 ; G. ROUJOU DE BOUBÉE, *La responsabilité pénale des personnes morales, Essai d'un bilan*, in *Une certaine idée du droit, Mélanges offerts à André DECOCQ*, Litec, 2004, p. 535.

² Pour une opinion similaire, v. F. BETAÏLLOLE-GONTHIER, *op. cit.*, 1999, n° 15 : « Cette notion appartient pour l'essentiel au domaine du droit civil dans la mesure où, tant la personnalité juridique, c'est-à-dire la capacité générale de jouissance, que la capacité d'exercice sont des attributs attachés à la qualité de sujet de droit dont l'étude relève du droit des personnes ». Notons cependant que l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen fait expressément référence à la capacité puisqu'il prévoit notamment que « tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ». Pour une application récente de cet article, v. la décision n° 2011-635 DC du 04 août 2011 relative à la loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, spécialement les considérants n° 8, 9 et 10.

³ Certaines incapacités en matière pénale se rapprochent toutefois des incapacités existant en matière civile. Ainsi en est-il par exemple de l'incapacité d'être juré prévue à l'article 256 du Code de procédure pénale. Cette incapacité d'être juré se rapproche de certaines incapacités de défiance consacrées par le Code civil, à l'image de celle qui touche les membres des professions médicales incapables de recevoir à titre gratuit de leur patient (art. 909 du Code civil).

⁴ Ainsi de l'article 226-14 du Code pénal qui évoque « l'incapacité physique ou psychique » de la victime d'atteinte ou de mutilations sexuelles ou de la référence systématique à l'incapacité totale de travail (ou ITT) pour déterminer la gravité du préjudice subie par la victime (pour les violences, par exemple, v. les articles 222-11 et 222-13 du Code pénal).

l'interdiction de droit civiques, civils et de famille¹ peut également être décidée par la juridiction de jugement, ainsi que l'interdiction d'exercer une fonction publique ou une activité professionnelle ou sociale².

10 - A première vue, le concept de capacité en matière pénale semble donc cantonné à un rôle accessoire, qu'il s'agisse d'exprimer la faiblesse de la victime, de mesurer son préjudice ou bien de sanctionner l'auteur d'une infraction en le privant de certains droits ou de certaines prérogatives. Il serait toutefois erroné de réduire le concept de capacité en matière pénale à ces quelques hypothèses. En effet, les diverses incapacités civiles ou commerciales³ pouvant être prononcées à titre de sanction relèvent plus de l'intégration en matière pénale de la capacité telle qu'elle est conçue en droit civil que d'une véritable transposition de ce concept en droit pénal.

11 - Il existe pourtant une application spécifique de la capacité en matière pénale, que l'on qualifie généralement de « capacité pénale ». Bien qu'inspirée de la capacité civile, la capacité pénale se présente comme un concept original, radicalement novateur, qui s'est progressivement imposé en doctrine. Lorsque l'on se réfère aux rares études approfondies sur la question, on ne peut qu'être frappé par la diversité des façons de l'appréhender. Si quelques auteurs privilégient une approche assez large de celle-ci⁴, d'autres définissent la capacité pénale comme la capacité de comprendre et de vouloir, indispensable, selon eux, à la caractérisation d'une infraction pénale. Un auteur qualifie ainsi la capacité pénale de « *degré liminaire, au-dessous duquel le comportement délictueux ne saurait relever du droit pénal* »⁵.

¹ Art. 131-26 du Code pénal. Le dernier alinéa de cet article prévoit d'ailleurs que l'interdiction du droit de vote ou l'inéligibilité prononcée en application de ce texte emporte interdiction ou incapacité d'exercer une fonction publique.

² V. par ex. l'art. 222-44 du Code pénal.

³ Sur cette question, v. H. MATSOPOULOU, *Le nouveau régime des incapacités commerciales*, *Dr. Pén.* 2008, études n° 24.

⁴ P. FAUCONNET considère ainsi les termes de « capacité » et de « responsabilité pénale » comme synonymes puisque toutes deux expriment l'aptitude d'un sujet à être puni : P. FAUCONNET, *La responsabilité, Étude de sociologie*, Félix Alcan, 1920, p. 90.

⁵ G. LEVASSEUR, *Étude de l'élément moral de l'infraction*, in Travaux du colloque de science criminelles de Toulouse sur la confrontation de la théorie générale de la responsabilité pénale avec les données de la criminologie, *Annales de la faculté de droit de Toulouse*, Dalloz, 1969, p. 94. V. aussi du même auteur *L'imputabilité en droit pénal*, Rapport de synthèse présenté au IV^e Congrès de l'Association Française de droit

Pourtant, c'est généralement comme une aptitude psychologique à subir une sanction¹, voire à profiter de celle-ci² qu'est généralement conçue la capacité pénale, ce que semble confirmer la genèse de ce concept³.

12 - C'est au juriste français, R. SALEILLES qu'on doit, sinon la paternité, au moins l'une des premières références au terme de « capacité pénale » en droit pénal français. S'inscrivant dans la lignée des travaux des utilitaristes⁴, SALEILLES soutient que le prononcé d'une peine suppose de pouvoir en comprendre le sens puisque la peine « *vise à une influence psychologique* »⁵. Il oppose alors les criminels « *ordinaires* » qui peuvent encore être corrigés par la peine, à ceux pour lesquels la sanction n'a pas d'utilité car ils ne peuvent en percevoir la signification⁶. Au sujet des criminels incorrigibles, il affirme ainsi que « *sur certaines natures perverses à fond la peine proprement dite ne produit plus d'effet ; pour ces sortes de nature il n'y a plus rien à attendre d'elles* » et en conclut qu'« *ils n'ont plus la capacité pénale. De même que les enfants ne l'ont pas encore, alors même qu'au fond ils seraient déjà responsables, de même le criminel de criminalité constitutionnelle a perdu son aptitude psychologique à la peine : il est redevenu un incapable au point de vue pénal* »⁷.

13 - Cette conception de la capacité pénale a par la suite été reprise par certains auteurs souhaitant mettre l'accent sur l'importance de la peine, conséquence « naturelle »⁸ de la

pénal à Nantes du 21 au 23 octobre 1982, RSC 1983, p. 1 et s. et *L'imputabilité des infractions en droit français*, RDPC 1968-1969, p. 387 et s., spéc. p. 390.

¹ R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine, De Saleilles à aujourd'hui (réédition de la troisième édition de l'ouvrage de Raymond Saleilles et L'individualisation de la peine, Cent ans après Saleilles)*, Erès, 2001, p. 101.

² R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel - T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 1997, 7^e éd., 1997 n° 617, p. 774.

³ Pour une étude plus approfondie de la genèse du concept de « capacité pénale », v. *infra* n° 348 et s.

⁴ Les philosophes utilitaristes tels que J. BENTHAM se sont interrogés sur l'efficacité de la sanction en insistant notamment sur l'importance de la fonction dissuasive de la peine. Sur ce courant, v. *infra* n° 355.

⁵ R. SALEILLES, *op. cit., loc. cit.*

⁶ Qu'il s'agisse des criminels « *incorrigibles* » ou des « *aliénés* », R. SALEILLES, *op. cit., loc. cit.*

⁷ R. SALEILLES, *op. cit., loc. cit.*

⁸ « *Le droit pénal qu'on le veuille ou non, demeure la branche du droit dont la spécificité réside dans sa sanction : la peine* », R. OTTENHOF, *Imputabilité, culpabilité et responsabilité en droit pénal, Archives de politique criminelle*, Pedone, 2000, n° 10, p. 83. Pour une conception similaire du droit pénal, v. P. FAUCONNET, *op. cit.*, p. 297 : « *Il ne semble pas qu'on puisse assigner à la responsabilité d'autre fonction que celle-ci : rendre possible la réalisation de la peine en lui fournissant un point d'application, et par suite, permettre à la peine de jouer son rôle utile* ».

responsabilité pénale¹. Entendu comme une aptitude à subir une peine, le concept de capacité pénale va alors être adopté par la doctrine et va même progressivement s'imposer en dehors d'un cadre strictement juridique. On retrouve ainsi cette acception de la capacité pénale sous la plume de plusieurs auteurs, notamment le sociologue P. FAUCONNET qui définit la responsabilité pénale comme la capacité de subir la peine², ou bien l'« *habileté* » à être puni³. Un psychiatre français de la première moitié du XX^e siècle, le docteur LAIGNEL LAVASTINE, plaidera même pour substituer au concept trop métaphysique de responsabilité, celui, plus fonctionnel et pragmatique, de « *capacité pénale* » qui présenterait ainsi le mérite de remplacer terme maladroit de « *punissabilité* »⁴. Selon le médecin, « *quand [l'expert] conclura à la capacité pénale, il voudra dire tout simplement que l'inculpé est punissable, c'est-à-dire susceptible d'être intimidé ou amendé par application stricte des peines prévues par le Code pénal* »⁵.

¹ Cette conception de la capacité pénale se justifie dans la mesure où l'on emploie parfois le terme de « responsabilité » dans un sens spécifique. Ainsi, la doctrine utilise parfois le mot responsabilité pour se référer non à l'aptitude abstraite d'un individu à répondre de ses fautes civiles ou pénales, mais aux conséquences juridiques de celles-ci. L'expression « responsabilité civile » désigne alors l'obligation de réparer le dommage découlant, soit de l'inexécution d'un contrat, soit d'un fait juridique imputable : v. en ce sens la définition de la responsabilité civile, entendue comme « *toute obligation de répondre civilement du dommage que l'on a causé à autrui, c'est-à-dire de le réparer en nature ou par équivalent* » (v^{is} « *Responsabilité civile* », *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. CORNU, Quadrige/PUF, 8^e éd., 2010). De la même façon, au sens strict, la responsabilité pénale peut désigner l'obligation de subir la ou les peines qui auraient été prononcées : v. ainsi J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 3^e éd., 2008, n° 84, p. 117 : « *Ne peuvent être considérés comme des délinquants que les individus qui ont participé plus ou moins aux faits délictueux et qui sont psychologiquement aptes à subir une peine, c'est-à-dire responsables* ».

² P. FAUCONNET, *op. cit.*, p. 250.

³ « *L'homme est responsable, en ce sens qu'il possède les aptitudes pour jouer, éventuellement, le rôle de patient de la peine* » et il poursuit, « *l'homme adulte et normal, en principe, est "habile" à être puni* », P. FAUCONNET, *op. cit.*, p. 26. On retrouve cette conception chez F. Von LIZST pour qui la responsabilité pénale désigne « *la capacité de recevoir cette motivation qui est la raison d'être de la peine* », cité par M. MICHELON, *Les demis-fous et la responsabilité dite « atténuée »*, th. Paris, 1906, p. 98.

⁴ « *En langage criminologique, la capacité pénale peut donc remplacer l'expression non française de punissabilité et signifie "que l'auteur de l'infraction n'est pas affranchi des conséquences de cette infraction, telles qu'elles sont définies par la loi pénale"* », M. LAIGNEL-LAVASTINE, A. DELMAS, A., BARBE, *La Pratique psychiatrique à l'usage des étudiants et des praticiens*, Baillière, 1^e éd., 1919, réédité en 1929, p. 547. Certains auteurs choisissent d'ailleurs de lui substituer le terme de « *punibilité* », v. par exemple : J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2005, p. 343 dans lequel est évoquée la « *punibilité de la complicité* ». Sur la distinction entre punissabilité et punibilité en droit pénal canadien, v. l'article du Centre de traduction et de terminologie juridiques (CTTJ) de l'Université de Moncton au Canada [en ligne] <http://termiumplus.gc.ca/site/termium.php?lang=fra&cont=044>.

⁵ M. LAIGNEL-LAVASTINE, A. DELMAS, et A., BARBE, *op. cit.*, p. 516.

14 - Condition du prononcé d'une sanction, la capacité pénale semble assez proche de son « équivalent » civil¹, dans la mesure où elles apparaissent toutes deux comme une condition indispensable à l'application d'un régime spécifique. On peut par conséquent s'étonner de la reconnaissance assez tardive de ce concept. Ce n'est en effet qu'à partir de la seconde moitié du XX^e siècle que la capacité pénale, entendue comme l'aptitude psychologique indispensable à la peine, a fini par s'imposer dans la doctrine, notamment grâce aux réflexions menées par le mouvement de Défense sociale nouvelle représenté par M. ANCEL². Mais ce sont probablement MM. MERLE et VITU qui ont le plus contribué au renouveau et surtout à la popularité du concept de capacité pénale en la définissant, non comme la simple aptitude à une sanction, mais comme l'aptitude « à profiter »³ de celle-ci. Si cette définition, reprise de manière presque systématique par la doctrine contemporaine⁴, doit beaucoup aux réflexions de LAIGNEL-LAVASTINE, elle reflète surtout un changement de perspective essentiel. Il ne s'agit plus en effet de remplacer, le concept de responsabilité pénale par celui de capacité pénale⁵, mais plutôt de les concilier⁶. En désignant l'aptitude du délinquant à bénéficier de la sanction, la capacité pénale devient moins le critère de la responsabilité ou de la peine, que celui de l'individualisation de la sanction. En effet, elle permet au juge pénal de choisir la ou les sanctions les plus opportunes en fonction des besoins du délinquant. S'il est indéniable que cette conception originale de la capacité pénale a profondément influencé le droit pénal de la seconde moitié du XX^e siècle⁷, elle reste, selon nous, trop restrictive. Elle conduit en effet à limiter le rôle de la capacité pénale à la seule question de la sanction de la responsabilité pénale, passant par conséquent sous silence la question, nécessairement préalable de

¹ Ce qu'admettait d'ailleurs M. LAIGNEL-LAVASTINE : « La responsabilité pénale dépend du Code pénal, comme la responsabilité civile dépend du Code civil. Au civil, on emploie le terme de capacité pour désigner l'ensemble des droits et devoirs civils des citoyens. [...] je propose par analogie avec les problèmes judiciaires civils, de le remplacer par le terme plus large de capacité pénale », M. LAIGNEL-LAVASTINE, A. DELMAS, et A., BARBE, *op. cit.*, p. 515.

² Sur ce mouvement, v. *infra* n° 413 et s.

³ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel - T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 1997, 7^e éd., 1997 n° 617, p. 774.

⁴ V. ainsi J. CASTAGNEDE, *La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 : un nouveau regard porté sur le droit pénal des mineurs*, D. 2003, chron. p. 779, spéc. p. 781.

⁵ Ce qui caractérisait la démarche de M. LAIGNEL-LAVASTINE.

⁶ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 617, p. 776.

⁷ L'adoption de la célèbre ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 réformant le droit pénal des mineurs ou la généralisation en 1960 de l'enquête de personnalité des délinquants, pour ne citer que deux exemples, apparaissent comme directement inspirées de cette acception originale de la capacité pénale.

l'engagement de la responsabilité. Cela explique que certains auteurs aient parfois choisi d'adopter une définition plus large de la capacité pénale.

15 - C'est dans ce sens que certains auteurs évoquent l'« *inaptitude pénale* » des animaux¹, des morts² ou des personnes morales³. Ils mettent ainsi l'accent sur l'impossibilité pour ces agents d'engager leur responsabilité pénale. L'incapacité pénale pourrait alors être comprise comme l'inaptitude d'un sujet à être responsable pénalement. Aussi séduisante soit-elle, cette conception large de la capacité semble, *a priori*, faire double emploi avec la notion même de responsabilité. Généralement définie comme l'aptitude d'un individu à répondre de ses actes⁴, la responsabilité apparaît par conséquent comme une hypothèse particulière de capacité⁵. Parler d'« aptitude à la responsabilité » semble donc incorrect car pléonastique⁶. Il n'est pourtant pas impossible de dépasser cette critique. Si la terminologie même d'« aptitude à la responsabilité », en tant que signifiant⁷, semble maladroite, le concept auquel renvoie cette expression, le signifié⁸, semble, lui, digne d'intérêt. La question de la capacité d'un sujet à engager sa responsabilité pénale se différencie ainsi de celle, plus large, de la responsabilité pénale de cet individu, entendue comme l'aptitude générale et abstraite à répondre de ses

¹ P. FAUCONNET, *La responsabilité, Étude de sociologie*, Félix Alcan, 1920, p. 30. L'auteur nuance toutefois cette position en citant quelques hypothèses empruntées à certains droits étrangers qui consacrent selon lui, « l'aptitude pénale de l'animal », P. FAUCONNET, *op. cit.*, p. 50 et s.

² M. LAINGUI évoque ainsi expressément la question de « l'aptitude pénale des morts », *Sur quelques sujets non-humains (sic) des anciens droits pénaux*, in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, sous la direction de J.-H. ROBERT et S. TZITZIS, éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 15. V. également P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, th. Paris II, 1982, n° 60 *in fine*, p. 70.

³ M. LAINGUI, *op. cit.*, p. 13. V. également, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – T.1 : Droit pénal général, T.1*, Cujas, 1967, 1^e éd., p. 469 et s.

⁴ Etymologiquement, la responsabilité désigne l'aptitude à répondre de ses actes, comme l'indique le suffixe – *abilité* complétant la racine du mot qui découle, rappelons-le, du terme latin « *respondere* » signifiant « *se porter garant* ».

⁵ V. ainsi ces quelques lignes de l'introduction de l'ouvrage de P. FAUCONNET : « Juridiquement, la responsabilité est un cas particulier de "capacité" », P. FAUCONNET, *op. cit.*, p. 26.

⁶ On trouve pourtant cette formule sous la plume de quelques auteurs. P. FAUCONNET évoque ainsi dans sa thèse les sujets « capables de responsabilité pénale », *op. cit.*, p. 28. Cette idée est également présente chez J.-H. ROBERT lorsqu'il évoque le sujet de droit « *capable de supporter la responsabilité pénale* », Préface de l'ouvrage collectif *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, *op. cit.*, p. 7. Enfin, E. DREYER y fait référence à plusieurs reprises dans son manuel de *Droit pénal général*, bien que pour cet auteur, l'aptitude à la responsabilité pénale désigne en réalité l'imputabilité : « *A ce titre, l'imputabilité est véritablement synonyme d'aptitude à la responsabilité pénale* », *Droit pénal général*, Litec, 2010, n° 722.

⁷ Pour reprendre la dichotomie classique entre signifiant et signifié élaborée par F. de SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, Payot, 1995, p. 97 et s.

⁸ *Ibidem*.

actes. On retrouve ici la distinction que l'on a évoquée¹ entre la personnalité juridique, nécessairement abstraite, et la capacité juridique, beaucoup plus concrète. Le concept de capacité semble en effet, du fait de son caractère concret et fonctionnel, beaucoup plus précis que celui de responsabilité. L'incapacité peut ainsi par exemple n'être que partielle et ne concerner qu'un type d'infraction ou de sanction. A l'image de la capacité civile qui résume l'aptitude d'un individu à exister et à intervenir sur la scène juridique, la capacité pénale peut donc s'envisager comme l'aptitude d'un individu à engager sa responsabilité et à être sanctionné, autrement dit, à être reconnu pénalement responsable. Plus qu'une simple aptitude à la sanction, il s'agirait donc d'une aptitude à la responsabilité pénale.

16 - Ainsi entendue, la capacité pénale participerait à la délimitation du domaine du droit pénal, dans la mesure où elle permettrait d'exclure les individus considérés comme inaptes à engager leur responsabilité ou à subir une sanction. Si cette fonction découle du concept même de capacité², il semble que l'effet de l'incapacité pénale soit plus profond que celui de l'incapacité civile dans la mesure où, à défaut d'incapacité de jouissance générale, l'incapacité civile ne fait que limiter l'activité d'un individu sans jamais pouvoir l'exclure totalement de la scène juridique. L'individu frappé d'une incapacité pénale est au contraire généralement exclu du droit pénal, à l'image de la célèbre phrase d'E. GARÇON concernant la situation du mineur de treize ans après la loi de 1912 : « *l'enfant est aujourd'hui sorti du droit répressif* »³. En distinguant les individus capables d'engager leur responsabilité pénale et par conséquent d'être sanctionnés, de ceux qui ne le sont pas, la capacité pénale apparaît ainsi comme un concept essentiel permettant de tracer les frontières du droit pénal⁴ mais également de le définir puisque « *connaître les frontières est nécessaire pour définir le territoire* »⁵.

¹ *Supra* n° 5.

² Qui conditionne, on l'a vu, l'accès ou l'exclusion d'un sujet à une situation ou un régime juridique particulier.

³ E. GARÇON, *Le droit pénal, origines, évolution, état actuel*, Payot, 1922, p. 154. Un autre auteur a récemment repris cette image en considérant que le mineur non discernant « *échappe au droit pénal* », E. DREYER, *op. cit.*, n° 728 *in fine*.

⁴ Sur cette question, v. l'ensemble des interventions présentées lors du colloque consacré aux *Frontières du droit pénal* qui s'est déroulé à Clermont-Ferrand le 18 novembre 2010 publiées à la *RPDP* 2011, n° 1, p. 70 et s. (1^{ère} partie) et n° 2, p. 325 et s. (2^{ème} partie).

⁵ B. PY, *Les frontières du droit pénal médical*, *RPDP* 2011, n° 2, p. 349. Un autre auteur souligne d'ailleurs les deux sens du mot frontière, puisqu'il désigne « *aussi bien la ligne ou la zone qui sépare, que le territoire qui se trouve au-delà de cette ligne de front* », X. PIN, *Politique criminelle et frontières du droit pénal : enjeux et perspectives*, *RPDP* 2011, n° 1, p. 83.

L'analyse historique des hypothèses d'incapacités pénales permet en effet de mettre en évidence le mouvement de subjectivisation qui caractérise le droit pénal depuis son apparition.

17 - S'il paraît en effet aujourd'hui naturel d'exclure du domaine répressif certains sujets tels que les animaux ou les choses par exemple, ces exclusions n'ont pas toujours été consacrées par le droit criminel. Le droit pénal primitif était en effet largement objectif, au sens où la simple commission d'un fait illicite entraînait¹ une sanction pénale. Comme le résume un auteur, « *la responsabilité [pénale] archaïque retient l'acteur, celui par le fait duquel le préjudice a été causé ; plutôt que l'auteur, celui par la faute duquel il y a eu dommage* »². Cette distinction entre l'acteur et l'auteur traduit assez nettement le fait que seul l'acte matériel était pris en considération, justifiant par conséquent l'admission de la responsabilité pénale des animaux³, voire des choses⁴. Ce n'est que très progressivement que sera reconnue la dimension subjective de l'infraction. On doit ainsi au droit romain d'avoir progressivement pris en compte l'état d'esprit de l'auteur d'une infraction en distinguant par exemple la faute intentionnelle de la faute non intentionnelle⁵. Si le droit romain n'est jamais parvenu à élaborer une véritable théorie générale de l'infraction, cette « subjectivisation » de

¹ De manière presque mécanique pourrait-on dire.

² J. POIRIER, *Les caractères de la responsabilité archaïque, La responsabilité pénale dans les sociétés primitives*, in *La Responsabilité pénale*, Travaux du Colloque de philosophie pénale (12 au 21 janvier 1959), Dalloz, 1961, p. 22.

³ « *L'animal est puni, car il est objectivement responsable de ses actes ; la recherche de la culpabilité subjective est un autre schéma idéologique qui ne peut se développer que dans des conditions écologiques toutes différentes* », J. POIRIER, *op. cit.*, p. 22. Sur la question des procès d'animaux en droit, L. LEVY-BRUHL, *Les rapports entre l'ethnologie et la criminologie*, in *La Responsabilité pénale*, *op. cit.*, p. 40 et 41 ; pour un exposé des hypothèses de responsabilité des animaux en droit comparé, v. également P. FAUCONNET, *La responsabilité, Étude de sociologie*, Félix Alcan, 1920, p. 50 et s.

⁴ Rappelons par exemple les condamnations de livres dans des conditions proches de celles qui auraient pu concerner des êtres humains : ainsi de la décision du Parlement de Paris de 1759 ordonnant que soit lacéré et brûlé l'ouvrage *De l'esprit* d'HELVETIUS, ou la destruction du *Dictionnaire philosophique portatif* de VOLTAIRE, jeté sur le bûcher du chevalier de la Barre en 1766. Sur cette question, v. M. LAINGUI, *Sur quelques sujets non-humains (sic) des anciens droits pénaux*, in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, sous la direction de J.-H. ROBERT et S. TZITZIS, éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 18 et 19.

Il en était de même lorsqu'un objet était « impliqué » dans la réalisation d'un dommage : « *Si une branche d'arbre blesse un enfant, il y aura affirmation d'une culpabilité au moins potentielle, qu'une enquête appropriée [...] viendra éventuellement préciser* », J. POIRIER, *op. cit.*, p. 20.

⁵ Sur ce mouvement, v. J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 2^e éd., 2006, p. 48 et s. et spéc. p. 49 : « *Pour être "parricide" (c'est-à-dire, au sens large initial de ce mot, meurtrier), il faut avoir tué dolo sciens, en pleine connaissance de cause. Ainsi donc dès l'époque royale seul l'homicide volontaire donne lieu à une peine proprement dite* ».

l'infraction a tout de même contribué à l'émergence de la conception moderne d'infraction pénale, entendue comme la réunion d'un élément objectif ou matériel et d'un élément subjectif¹. Les théologiens et les canonistes contribueront par la suite à donner à cet élément et par conséquent à l'infraction toute entière, une dimension morale en assimilant la faute pénale et le péché. La notion de faute va acquérir un sens moral et la volonté devenir un élément indispensable à la faute, comme le résume la formule latine : « *nemo trahitur ad culpam, nisi ductus propria voluntate* »². Sous l'influence de la morale chrétienne, l'élément subjectif de l'infraction que l'on qualifie aujourd'hui d'élément moral de l'infraction³ finit par être considéré comme une donnée essentielle⁴ contribuant à la dimension axiologique de l'infraction pénale. Le Conseil constitutionnel consacra d'ailleurs, dans une décision du 16 juin 1999⁵, le principe selon lequel toute incrimination, au moins en matière criminelle et correctionnelle, doit comporter un élément moral, c'est-à-dire une intention ou une imprudence de l'auteur⁶. Seul cet élément subjectif permet aux juridictions pénales de porter un jugement de valeur sur le comportement adopté par l'agent, justifiant le blâme social que représente la condamnation pénale⁷. Ce mouvement de subjectivisation qui a conduit à définir l'infraction comme un acte volontaire⁸, donc essentiellement humain⁹ ne se limite d'ailleurs pas au seul concept d'infraction.

¹ Au sens où il se rapporte au sujet, « [L'élément moral] ne concerne pas les faits, mais le délinquant qui les a commis », R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 1997, 7^e éd., n° 383, p. 504.

² « *Personne ne commet de faute s'il n'y est pas conduit par sa propre volonté* ».

³ Cet élément est généralement désigné par la doctrine anglo-saxonne sous l'expression de « *mens rea* » (littéralement « l'esprit criminel »), par opposition à l'« *actus reus* », l'acte matériel de culpabilité.

⁴ Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON évoquent ainsi la « *prééminence de l'élément moral de l'infraction* », *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, n° 71.

⁵ C.C. 16 juin 1999, *D.* 1999, 589, note Y. MAYAUD.

⁶ « Considérant, en deuxième lieu, qu'il résulte de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, s'agissant des crimes et délits, que la culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'actes pénalement sanctionnés » (§ 16 de la décision précitée).

⁷ « Parce que la responsabilité pénale doit être à la mesure de ce qui a psychologiquement animé et guidé l'action de l'accusé ou du prévenu, on ne saurait faire l'économie d'une réelle conviction sur sa culpabilité, ni tenir sa responsabilité pour acquise du fait même de la preuve matérielle des actes à lui reprochés », Y. MAYAUD, note sous C.C. 16 juin 1999, *D.* 1999, p. 595.

⁸ « Avec la nécessité d'une action humaine, c'est la condition d'un acte volontaire qui est posée », P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, th. Paris II, 1982, n° 63, p. 73.

⁹ « *La volonté est ce qui caractérise l'homme et le distingue des animaux et des choses qui n'ont pas la faculté de vouloir ; elle est une qualité proprement humaine* », P. JOURDAIN, *op. cit.*, *loc. cit.*

18 - A l'origine objective, la responsabilité pénale a, elle aussi, progressivement acquies une dimension subjective sous l'influence, notamment, du droit canonique. Cette mutation a ainsi conduit le droit pénal à ne retenir la responsabilité que des individus qui sont moralement responsables. Cette conception du droit pénal sera à l'origine du premier Code pénal français en 1791¹ puis de celui de 1810². Ces deux textes consacrent le choix d'un droit pénal rétributif fondé sur une acception morale de la responsabilité, qui présuppose par conséquent un individu libre³ ayant volontairement choisi de commettre une infraction⁴. En intégrant ces considérations morales, la responsabilité pénale a donc perdu son caractère objectif originel et par conséquent son automatisme, pour devenir une responsabilité plus subjective, nécessitant de caractériser chez l'auteur de l'infraction, certaines facultés intellectuelles. Cette spiritualisation de la responsabilité pénale est à l'origine de l'apparition de l'imputabilité, condition subjective de la responsabilité nécessitant de caractériser le discernement et le libre arbitre de l'auteur d'une infraction pour pouvoir la lui imputer. Seuls les individus dotés d'une conscience et d'un discernement suffisants pour évaluer la portée morale de leurs actes peuvent se voir imputer une infraction et en être responsable.

19 - Une fois opérée la subjectivisation de l'infraction, puis de la responsabilité, c'est la sanction, dernier concept clé du droit pénal qui a été touché par ce mouvement visant à exclure certains individus du domaine normal de la sanction. Longtemps considérée comme le corollaire de l'engagement de la responsabilité pénale d'un individu, la peine apparaissait

¹ Ce Code adopté entre le 25 septembre et le 6 octobre 1791 ne concernait à l'origine que les crimes. Il fut complété par la loi des 19 et 22 juillet 1791 relative à la police municipale et correctionnelle.

² Ce code promulgué le 3 juin 1810 est resté en vigueur jusqu'en 1994. Il peut être considéré comme « la première nomenclature officielle et complète du droit pénal français », A. LAINGUI, *La sanction pénale dans le droit français du XVIII^e et XIX^e siècle*, in *La peine (III^e Partie)*, Société Jean BODIN pour l'histoire comparative des institutions, 1991, p. 181.

³ Le concept de liberté apparaît donc fondamental dans la législation pénale classique bien que, comme le souligne très justement R. SALEILLES, ce concept ne soit jamais expressément mentionné par le Code : « *Notre Code pénal français [...] suppose le libre arbitre partout, mais il n'en parle nulle part [...]. Le mot liberté n'est jamais prononcé* », R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine, De Saleilles à aujourd'hui (réédition de la troisième édition de l'ouvrage de Raymond Saleilles et L'individualisation de la peine, Cent ans après Saleilles)*, Erès, 2001, p. 66.

⁴ Comme le résumait MM. MERLE et VITU, « *le délinquant du droit pénal classique n'était ni un monstre, ni un malade, mais le violeur lucide du pacte social : un bonus pater familias qui a volontairement mal tourné en choisissant délibérément de faire un mauvais usage de sa liberté* », R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 65, p. 115. En ce sens le Code pénal de 1810 se rapproche du Code civil de 1804 puisqu'ils partagent tous deux cette vision de l'homme pouvant choisir librement de conclure un contrat ou de commettre un délit : au libre arbitre en matière pénale correspondrait ainsi l'autonomie de la volonté en matière civile.

comme une réponse presque automatique dont l'existence et le quantum étaient en grande partie déterminés par des considérations objectives tenant à l'infraction¹. Elle apparaissait ainsi comme une mesure tournée vers le passé, destinée sinon à effacer, du moins à compenser le trouble social provoqué par le crime. Conscients des limites de ce modèle et influencés en cela par les réflexions des philosophes utilitaristes, des auteurs ont proposé une nouvelle approche de la peine qui prend en compte l'influence de celle-ci sur le délinquant. Selon ces auteurs, la peine n'est utile que si elle permet de dissuader les individus de commettre une nouvelle infraction². La peine n'apparaît alors plus comme une nécessité morale absolue³, mais comme un instrument fonctionnel visant à dissuader les délinquants de commettre une nouvelle infraction. Cette conception nouvelle de la peine qui conduira les auteurs à s'interroger sur l'inaptitude de certains types de délinquants à percevoir la signification de la peine, qu'il s'agisse des personnes atteintes de troubles mentaux, des jeunes enfants, voire des multirécidivistes, est à l'origine, comme nous l'avons vu, de l'acception moderne de la capacité pénale, conçue comme une aptitude à la sanction.

20 - Ce détour par l'histoire du droit pénal nous a permis de constater que le champ des responsables potentiels s'est progressivement rétréci à mesure que se sont développées certaines conditions tenant à la personne du responsable⁴ et plus précisément à sa psychologie. L'exigence d'une faute, d'un degré suffisant de lucidité et de liberté ainsi que

¹ L'époque classique était ainsi dominée par ce que J. BENTHAM qualifiait de principe de l'analogie. Ce principe qui apparaît comme une version moderne de la Loi du Talion, consistait à calquer la peine sur le crime afin d'aboutir à une sorte d'égalité, ou au moins d'analogie, entre le crime et la peine : « *L'idéal de la peine est d'être une sorte de clone ou de copie approximative du crime : la peine doit reproduire le crime* », C. DEBUYST, F. DIGNEFFE, J.-M. LABADIE et A. P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine - T.2 : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, éd. Larcier, 2008, p. 151.

² « *Mais de quoi dépend l'efficacité dissuasive de la peine ? Elle dépend, entre autre choses, de la capacité de réflexion, de raisonnement, de compréhension ou de calcul des individus [...]. Autrement dit : la sanction légale est considérée comme pouvant influencer sur l'esprit et la conduite des individus* », C. DEBUYST, F. DIGNEFFE, J.-M. LABADIE et A. P. PIRES, *op. cit.*, *loc. cit.*

³ Pour KANT, la punition n'a de seul but que la punition elle-même : « *[la peine] ne peut jamais être considérée simplement comme un moyen de réaliser un autre bien, soit pour le criminel lui-même, soit pour la société civile, mais doit uniquement être infligée, pour la seule raison qu'il a commis un crime* », E. KANT, *Métaphysique des mœurs, Première partie, Doctrine du Droit*, Vrin, 1979, p. 214. Notons que cette conception originale de la peine sera en quelque sorte modernisée par FAUCONNET qui analysera la peine comme la réponse naturelle au crime : v. ainsi P. FAUCONNET, *La responsabilité, Étude de sociologie*, Félix Alcan, 1920, p. 233.

⁴ Comme le résume P. FAUCONNET : « *Seuls sont capables de responsabilité pénale, dans le droit pénal des sociétés européennes contemporaines, les individus humains, vivants, satisfaisant à des conditions déterminées d'âge et de santé* », P. FAUCONNET, *op. cit.*, p. 28.

d'une certaine aptitude à comprendre la portée de la sanction apparaissent comme autant de facultés devenues indispensables à l'engagement ou à la sanction d'un individu. Or, en conditionnant la responsabilité pénale de l'auteur d'une infraction à l'existence de certaines facultés intellectuelles élémentaires intrinsèquement liées à sa qualité de personne, la capacité pénale se présente comme un concept subjectif, au sens premier du terme¹, c'est-à-dire se rapportant au sujet, et même davantage, à la personne².

21 - Le mouvement de subjectivation qui a touché le droit pénal n'est pas sans rappeler celui qu'a connu le concept de personne. Si l'on doit en effet aux philosophes antiques d'avoir mis en avant l'aspect individuel de la personne, ce sont les philosophes du XVII^e siècle, parmi lesquels DESCARTES ou LOCKE, qui poseront les bases de la conception moderne de la personne. Selon LOCKE, la personnalité supposerait la conscience de sa propre singularité. Cette approche qui s'intéresse moins à la personne qu'à la notion nouvelle d'« identité personnelle », marque une rupture avec les conceptions philosophiques précédentes qui réduisaient le concept de personne à son individualité ou bien aux seules manifestations de son activité³. En introduisant dans la définition même de la personne la question de la conscience, le philosophe anglais adopte ainsi une démarche réflexive ou « *cognitionniste* »⁴, le conduisant à réserver la qualification de personne à l'être capable de penser et de se penser comme soi-même⁵. En ne reconnaissant la qualité de personne qu'aux individus doués d'une certaine capacité de raisonnement et de réflexion, LOCKE a en effet contribué à redéfinir⁶ les

¹ V° « Subjectif » : « *Qui a rapport au sujet* », *Le nouveau Littré*, Garnier, 2007.

² « *La personne juridique est évidemment un sujet de droit. Mais elle est plus que cela, en ce sens qu'elle ajoute à l'idée de sujet de droit une notation complémentaire, un accent porté avec plus d'insistance, si on ose dire, sur sa subjectivité* », M. VIRALLY, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, réédité en 1998, p. 124-125.

³ Les réflexions de HOBBS, par exemple, faisaient ainsi état d'une conception existentialiste de la personne, comme le montre cette définition de la personne : « *Est une personne celui dont les paroles ou les actions sont considérées, soit comme appartenant, soit comme représentant les paroles ou actions d'un autre, ou de quelque autre réalité à laquelle on les attribue* », T. HOBBS, *Léviathan*, Paris, Sirey, 1971, p. 161. Sur cet auteur, v. le chapitre qui lui est consacré dans l'ouvrage S. TZITZIS, *Qu'est-ce que la personne ?*, Armand Colin, 1999, p. 70 à 76.

⁴ Selon le terme utilisé par S. CHAUVIER, *Qu'est-ce qu'une personne ?*, Vrin, 2003, p. 90.

⁵ « *Pour trouver en quoi consiste l'identité personnelle, il faut voir ce qu'emporte le mot de personne. C'est, à ce que je crois, un être pensant et intelligent, capable de raison et de réflexion, et qui peut se consulter soi-même, comme le même.* », J. LOCKE, *Essai sur l'entendement humain*, trad. de P. COSTE, Le livre de poche, Les classiques de la philosophie, 2009, Livre II, chap. 27, § 9, p. 522.

⁶ On retrouve aujourd'hui encore l'influence du philosophe anglais dans certaines définitions de la personne, notamment celles qui font référence à la conscience, v. ainsi : « *Individu qui a une conscience claire de lui-même*

contours de la notion même de personne¹ en mettant en avant le rôle essentiel joué par certaines aptitudes intellectuelles du sujet, au rang desquelles la conscience figure en première place.

22 - Cette analyse philosophique de la personne est essentielle pour bien saisir non seulement le rôle, mais aussi la portée de la capacité pénale. Au même titre que la personne suppose, pour LOCKE, une certaine conscience, la capacité pénale subordonne la qualité de sujet de droit pénal à certaines aptitudes intellectuelles². Ce parallèle illustre une nouvelle fois la proximité de la capacité et plus précisément de la capacité pénale, avec la personne, entendue comme l'« être pensant et intelligent, capable de raison et de réflexion »³. La capacité pénale témoigne ainsi de la dimension éthique, morale ou sociale du droit pénal, justifiant l'irresponsabilité pénale des animaux, des choses, mais surtout des personnes, incapables à comprendre le blâme que représente la responsabilité pénale.

23 - Cette dernière remarque permet d'exclure du domaine de la capacité pénale toutes les hypothèses d'irresponsabilité pénale qui découleraient de circonstances objectives, donc indépendantes des facultés de l'auteur de l'infraction. Il arrive en effet que la responsabilité pénale d'un individu ne puisse être retenue en raison de l'existence d'un fait justificatif, qu'il s'agisse des faits justificatifs généraux⁴ que sont l'autorisation de la loi ou le commandement de l'autorité légitime, la légitime défense ou bien de l'état de nécessité, ou de faits justificatifs spécifiques à une ou plusieurs infractions comme « l'exception de vérité » ou *exceptio*

et qui agit en conséquence », v° « Personne » (II, sens 4), *Le nouveau petit Robert de la langue française*, sous la direction de J. REY-DEBOVE et A. REY, Le Robert, 2010.

¹ Les travaux de LOCKE sont ainsi à l'origine des réflexions philosophiques modernes sur la personne et notamment du personnalisme d'E. MOUNIER qui se définit comme la doctrine philosophique qui considère la personne comme principe ontologique fondamental. Sur ce mouvement, v. l'*Encyclopédie de la philosophie*, La Pochothèque, 2002, v° « Personnalisme », ainsi que la définition qu'en donne son principal représentant : « Puisque la personne n'est pas un objet que l'on sépare et que l'on regarde, mais un centre de réorientation de l'univers objectif, il nous reste à faire tourner l'analyse autour de l'univers édifié par elle, afin d'en éclairer les structures sur divers plans dont il ne faudra jamais oublier qu'ils ne sont que des incidences différentes sur une même réalité. Chacun n'a sa vérité que relié à tous les autres », E. MOUNIER, *Le personnalisme*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2001, n° 395, p. 17.

² En ce sens, la capacité pénale est bien une capacité au sens psychologique du terme (v. *supra*, n° 2) puisqu'elle exprime une possibilité, – la possibilité d'être reconnu responsable pénalement –, conditionnée néanmoins par certaines aptitudes qui apparaissent comme le « substrat constitutionnel » de cette capacité.

³ J. LOCKE, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴ Les faits justificatifs sont rassemblés aux articles 122-4 à 122-7 du Code pénal.

veritatis, propre à la diffamation par exemple¹. Ces faits justificatifs ne renvoient pas réellement au sujet, mais plutôt aux circonstances de faits entourant l'infraction. C'est pourquoi ils sont généralement analysés en matière pénale comme des causes objectives d'irresponsabilité qui exonèrent l'individu qui s'en prévaut mais également son complice². Si la capacité pénale est donc une des conditions essentielles de la responsabilité pénale d'un individu, elle n'englobe pas toutes les conditions de la responsabilité pénale. Pour cette raison, nous n'évoquerons que les conditions subjectives de la responsabilité pénale propres au délinquant, laissant donc de côté les causes objectives d'irresponsabilité que sont les faits justificatifs ou dans une moindre mesure l'immunité³.

24 - Dans le même ordre d'idées, nous n'étudierons qu'indirectement l'aspect processuel de la capacité pénale que représente l'aptitude d'un délinquant à participer à son procès. En effet, si cette question est consacrée par certains droits étrangers, principalement les droits anglo-saxons de *common-law* – qu'il s'agisse du droit anglais avec l'institution de « *fitness to stand trial* »⁴ ou du droit américain avec celle de « *competency to stand trial* »⁵ –, elle est généralement clairement distinguée des causes d'incapacités pénales telles que la minorité ou l'absence de discernement due à un trouble mental par exemple. Ces hypothèses d'incapacité pénale sont en effet analysées comme des moyens de défense au fond permettant au prévenu ou à l'accusé de s'exonérer de sa responsabilité pénale. L'effet de l'aptitude au procès est

¹ Art. 29 et 35 de la loi du 29 juillet 1881.

² V. ainsi R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 1997, 7^e éd., n° 438 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 3^e éd., 2010, n° 383, p. 401 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2005, p. 356.

³ Bien que l'immunité se présente comme une cause d'irresponsabilité liée à la spécificité de l'individu qui en bénéficie, il semble qu'elle se fonde plus sur sa situation objective que sur sa psychologie. Ainsi, lorsque le droit pénal reconnaît l'immunité de certains individus, c'est surtout en fonction de critères objectifs tels que la profession (v. ainsi l'immunité de certains responsables politiques tels que les ministres ou le président de la République), l'existence d'un lien familial avec la victime (v. l'article 311-12 du Code pénal pour l'immunité familiale en matière de vol), etc. Bien que personnelle à celui qui s'en prévaut, l'immunité reste donc, semble-t-il, indépendante de son état d'esprit.

⁴ Littéralement, « aptitude à supporter le procès ». Selon la jurisprudence, l'accusé doit pouvoir comprendre les accusations, suivre le cours de la procédure, témoigner pour sa propre défense, etc. Sur cette question, v. *infra*, n° 303.

⁵ La capacité du défendeur à participer à son procès suppose par exemple de pouvoir consulter son avocat avec un degré suffisant de compréhension rationnelle, ainsi que d'avoir une compréhension factuelle et rationnelle de la procédure engagée contre lui.

moins radical, puisqu'elle permet seulement de suspendre la procédure¹, non d'empêcher l'engagement de la responsabilité pénale ou le prononcé d'une sanction². Autrement dit, si l'on peut analyser l'aptitude au procès comme le versant processuel de la capacité pénale, son absence d'effet direct sur la responsabilité pénale nous conduira à ne l'évoquer qu'indirectement, afin de mettre en avant la spécificité de la capacité pénale, prise dans sa dimension substantielle³.

25 - Au vu de ce qui précède, on saisit l'importance du concept de capacité pénale en matière répressive puisque ce concept permet, dans son aspect négatif, de délimiter le domaine du droit pénal et contribue, dans son aspect positif, à donner au droit pénal la dimension subjective dont il serait sinon dépourvu. On ne peut, par conséquent, que s'étonner du peu de références explicites à ce concept, aussi bien dans la doctrine qu'en droit positif, qu'il s'agisse du droit français ou du droit comparé.

26 - Le concept même de capacité pénale est curieusement assez peu étudié par la doctrine⁴. Ce relatif désintérêt s'explique probablement par le fait qu'à l'engouement qu'il a tout d'abord suscité, a succédé un certain désenchantement. Un auteur résume très bien

¹ Ainsi, dans l'affaire *State of Connecticut v. Kenneth Curtis*, l'auteur d'un homicide volontaire reconnu inapte à subir son procès en 1989 a pu, une dizaine d'années plus tard, être considéré comme de nouveau apte à subir son procès et a donc été condamné en 1999. Pour une analyse plus approfondie de cette jurisprudence, v. I. NEIGHBORS, A. CHAMBERS, E. LEVIN, G. NORDMAN et C. TUTRONE, *Social work and the law : Proceedings of the National Organization of Forensic Social Work, 2000*, Haworth Press Inc, 2002, p. 15 à 18.

² Pour une analyse similaire, v. E. BONIS-GARÇON, *Rép. pén.*, v^{is} « Troubles psychiques - Malades mentaux », n° 34 et s., spéc. n° 35 : « Si le trouble psychique ou neuropsychique n'existait pas au moment de la commission des faits, mais survient au cours de la procédure pénale, ce trouble ne sera pas une cause d'irresponsabilité de la personne. Toutefois, cela ne signifie pas que cet élément nouveau soit totalement dépourvu d'intérêt. En effet, d'un point de vue procédural, l'apparition d'un trouble psychique ou neuropsychique au cours de la procédure pénale est une cause de suspension du cours du procès, car celui-ci ne saurait satisfaire les exigences d'un procès équitable ». Il s'agit donc, on le voit, d'une incapacité essentiellement procédurale comme le prouve la référence aux exigences d'un procès équitable.

³ Sur les enjeux de la distinction entre le droit pénal substantiel et le droit pénal processuel en droit des mineurs, v. Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2008, n° 1323 : « Sans doute, le particularisme du droit pénal processuel des mineurs n'a-t-il pas la même force que celui du droit pénal substantiel, parce que les enjeux de la procédure sont certainement moins grands que ceux liés au droit de fond, et spécialement à la responsabilité ».

⁴ On ne trouve ainsi que quatre thèses explicitement consacrées à la capacité pénale : R. GAUBERT, *La capacité pénale des psychopathes*, th. Paris, 1924 ; O. EL FAROUK EL HOSSINI IBRAHIM, *Essai sur la place de la capacité pénale en droit français et en droit égyptien*, th. Lyon, 1981 ; A. BOULAICH, *Etude sur la capacité pénale dans la doctrine contemporaine*, th. Toulouse, 1985 ; A.-L. MOULLET, *La Capacité pénale de la femme de 1810 à nos jours*, th. Lausanne, 1994.

l'évolution de la capacité pénale dans la doctrine en la comparant à « *un roc de dur granit* » qui a fini par « *s'effriter comme un château de sable* »¹. Considérée comme « *la bouée de secours des pénalistes dans l'océan tumultueux de la responsabilité pénale* »², elle n'a pas été réellement intégrée par la doctrine, peut-être en raison de sa « *faiblesse* »³ ou de son « *immaturité conceptuelle* »⁴.

27 - C'est probablement pour cette raison que la capacité pénale n'a jamais non plus été consacrée en tant que telle par le Code pénal français ou par les Codes pénaux étrangers. Malgré cette absence de référence expresse à la capacité pénale, la plupart des droits étrangers conditionnent la responsabilité d'un individu à certaines aptitudes intellectuelles. Le Code criminel canadien prévoit ainsi l'irresponsabilité de celui qui est « incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais »⁵. De la même façon, le droit pénal italien prévoit que « nul ne peut être puni pour une action ou une omission prévue par la loi, s'il ne l'a pas commise avec conscience et volonté »⁶. En outre, la majorité des pays européens⁷ consacrent l'incapacité pénale des jeunes enfants, en établissant un âge légal au-dessous duquel le mineur est présumé incapable de commettre une infraction⁸. Cet âge varie selon les pays : sept ans à Chypre, en Grèce et en Suisse, dix ans au Royaume-Uni et en Australie, douze ans aux Pays Bas, au Portugal et au Canada, quatorze ans en Italie, en Espagne, en Allemagne et en Autriche, quinze ans en Suède, au Danemark et en Finlande, etc. Si le droit français n'établit pas d'âge minimum pour pouvoir engager la responsabilité pénale d'un mineur, la jurisprudence a tout de même

¹ G. LEVASSEUR, *L'imputabilité en droit pénal*, Rapport de synthèse présenté au IV^e Congrès de l'Association Française de droit pénal à Nantes du 21 au 23 octobre 1982, RSC 1983, p. 10.

² Selon la formule de G. LEVASSEUR, *op.cit.*, p. 5

³ A. BOULAICH, *op. cit.*, n° 7.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Art. 16, § 1 du Code criminel canadien. Notons que si le législateur n'utilise pas de terme spécifique pour qualifier cette aptitude, elle est en revanche fréquemment qualifiée de « *capacité pénale* » par la doctrine canadienne, v. ainsi J. FORTIN et L. VIAU, *Traité de Droit pénal général*, Montréal, Thémis, 1982, n° 145 et s.

⁶ Art. 42, al. 1 du Code pénal italien : « *Nessuno può essere punito per un'azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà* ».

⁷ « *Toutes les législations observées, sauf le Luxembourg, celle de la République Tchèque et la nôtre, semblent avoir prévu un âge minimum de prise en charge des mineurs auteurs d'une infraction* », R. CARIO, *Jeunes délinquants, A la recherche de la socialisation perdue*, L'Harmattan, 2^e éd., 2000, p. 278-279.

⁸ Notons d'ailleurs que l'article 40, 3^e de la Convention internationale des droits de l'enfant invite les Etats à « *établir un âge minimum au-dessous duquel les enfants seront présumés n'avoir pas la capacité d'enfreindre la loi pénale* ».

consacré, dans le célèbre arrêt *Laboube*, le principe selon lequel « toute infraction suppose [...] que son auteur ait agi avec intelligence et volonté »¹, empêchant ainsi d'engager la responsabilité pénale des mineurs avant un certain âge, souvent qualifié d'âge de raison. Il semble en effet impossible, en pratique, de caractériser une infraction ou de l'imputer à un mineur avant l'âge de six ou sept ans, faute du degré liminaire de conscience² indispensable à la responsabilité pénale.

28 - De la même façon, si peu de systèmes pénaux étrangers évoquent, de manière positive, la question des aptitudes nécessaires à l'engagement de la responsabilité pénale d'un individu, tous consacrent l'existence de causes de non-imputabilité ou de moyens de défense permettant d'exonérer de sa responsabilité pénale celui qui s'en prévaut. L'abolition du discernement qui résulterait d'une maladie ou de troubles mentaux est ainsi unanimement reconnue comme une cause subjective d'irresponsabilité pénale, que celle-ci soit consacrée par un texte³ ou par la jurisprudence⁴, tout comme la preuve pour la personne poursuivie d'une contrainte physique ou morale⁵.

29 - Enfin, la question de la capacité des personnes morales à engager leur responsabilité pénale est plus complexe dans la mesure où il n'existe pas, à l'heure actuelle, de réel

¹ Crim., 13 déc. 1956, *Laboube* : D. 1957, jurispr. p. 349, note M. PATIN ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, Cujas, 6^e éd., 2007, comm. n° 43 par A. VARINARD ; *A propos d'un arrêt récent en matière de minorité pénale*, RSC 1957, p. 363, note de J.-L. COSTA.

² Selon la formule de G. LEVASSEUR qui évoque le « degré liminaire, au-dessous duquel le comportement délictueux ne saurait relever du droit pénal », *Étude de l'élément moral de l'infraction*, in Travaux du colloque de science criminelles de Toulouse sur la confrontation de la théorie générale de la responsabilité pénale avec les données de la criminologie, Annales de la faculté de droit de Toulouse, Dalloz, 1969, p. 94. V. aussi du même auteur *L'imputabilité en droit pénal*, Rapport de synthèse présenté au IV^e Congrès de l'Association Française de droit pénal à Nantes du 21 au 23 octobre 1982, RSC 1983, p. 1 et s. et *L'imputabilité des infractions en droit français*, RDPC 1968-1969, p. 387 et s., spéc. p. 390.

³ V. par exemple l'article 20 §1 du Code pénal espagnol, l'article 88 du Code pénal italien, l'article 20 du Code pénal allemand, l'article 16 § 1 du Code criminel canadien, etc.

⁴ A ce titre, l'arrêt *Mc Naghten* rendu en 1873 en Angleterre par les juges de la Cour du Banc de la Reine est fondamental puisqu'il pose pour la première fois en *commom law* le principe selon lequel n'est pas responsable pénalement celui qui n'est pas en mesure de « connaître la nature et la qualité de l'acte » (« *to know the nature and quality of the act he was doing* ») ou qui « ne savait pas que ce qu'il faisait était mal » (« *he did not know he was doing what was wrong* ») : arrêt *Mc Naghten*, 1843, 8, E.R., 718. Cette solution sera d'ailleurs reprise par le droit américain, australien et canadien.

⁵ V. notamment l'article 35 du Code pénal allemand, l'article 20 § 6 du Code pénal espagnol ou l'article 17 du Code criminel canadien. Notons que si la contrainte physique est communément admise, la contrainte morale pose parfois plus de difficultés : J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 3^e éd., 2008, n° 114, p. 155 et s.

consensus. Si la France a en effet admis la responsabilité pénale des personnes morales en 1994, d'autres pays comme l'Allemagne¹ ou l'Italie² refusent encore de reconnaître la responsabilité pénale des personnes morales³. Notons toutefois, que certains pays auparavant hostiles à ce type de responsabilité, l'ont aujourd'hui admise : qu'il s'agisse du Luxembourg⁴ ou de l'Espagne⁵. La recommandation R (88) 18 du Comité des ministres aux états membres concernant la responsabilité des entreprises personnes morales pour les infractions commises dans l'exercice de leurs activités incite d'ailleurs les Etats membres à reconnaître la possibilité pour des personnes morales de commettre des infractions⁶.

30 - Au-delà des divergences tenant aux particularités de chaque pays, il semble que l'ensemble des systèmes pénaux actuels s'accorde autour de la nécessité d'exclure certains individus du champ pénal en raison de leur inaptitude à commettre une infraction ou à se la voir imputer. On ne peut donc qu'être surpris par la tendance récente visant à élargir le champ des responsables potentiels, autrement dit à élargir les frontières du droit pénal français.

31 - En reconnaissant la possibilité de prononcer à l'encontre des mineurs âgés de plus de dix ans des sanctions éducatives, la loi du 9 septembre 2002⁷ a ainsi contribué à abaisser le

¹ Pour rejeter la responsabilité des personnes morales, la Cour constitutionnelle allemande se fonde sur le principe constitutionnel de la culpabilité, incompatible, selon elle, avec le caractère immatériel des personnes morales, v. la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 25 octobre 1966, citée par J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 3^e éd., 2008, n° 84, p. 117. Notons que des sanctions administratives sont toutefois possibles à l'encontre des personnes morales.

² C'est, là encore, un obstacle constitutionnel – l'article 27 de la Constitution italienne selon lequel « la responsabilité pénale est personnelle » –, qui fonde l'irresponsabilité pénale des personnes morales.

³ Notons que certains pays auparavant hostiles à ce type de responsabilité l'ont aujourd'hui admise : qu'il s'agisse du Luxembourg (depuis la loi du 3 mars 2010 introduisant la responsabilité pénale des personnes morales dans le Code pénal et dans le Code d'instruction criminelle) ou de l'Espagne (art. 31 bis du Code pénal espagnol, modifié par la loi organique du 22 juin 2010, entrée en vigueur le 23 décembre 2010). La recommandation R (88) 18 du Comité des ministres aux états membres concernant la responsabilité des entreprises personnes morales pour les infractions commises dans l'exercice de leurs activités incite d'ailleurs les Etats membres à reconnaître la possibilité pour des personnes morales de commettre des infractions.

⁴ Depuis la loi du 3 mars 2010 introduisant la responsabilité pénale des personnes morales dans le Code pénal et dans le Code d'instruction criminelle.

⁵ Art. 31 bis du Code pénal espagnol, modifié par la loi organique du 22 juin 2010, entrée en vigueur le 23 décembre 2010.

⁶ « Les recommandations ci-après visent à encourager l'adoption de mesures propres à rendre les entreprises responsables des infractions commises dans l'exercice de leurs activités, par-delà les régimes existants de responsabilité civile des entreprises auxquelles les présentes recommandations ne s'appliquent pas », Annexe à la Recommandation R (88) 18 précitée.

⁷ Loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice.

seuil de la capacité pénale à la sanction des mineurs puisqu'ils encourent désormais, dès l'âge de dix ans, des sanctions qui, bien qu'« éducatives »¹, sont très proches de certaines peines existant en droit positif². De la même façon, l'intégration de la procédure de « déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental » instituée par la loi du 25 février 2008³ semble ainsi faire fi de la séparation classique entre les individus capables de se voir imputer une infraction et ceux qui n'en ont pas la capacité, faute de discernement⁴. Si seuls les premiers peuvent voir leur responsabilité pénale engagée et risquent à ce titre une peine, il est désormais possible de prononcer l'admission en soins psychiatriques⁵ ou des mesures⁶, qualifiées par le législateur de mesures de sûreté⁷, à l'encontre d'individus pourtant reconnus irresponsables pénalement du fait d'un trouble mental. L'article 706-136 du Code de procédure pénale permet ainsi à la chambre de l'instruction ou aux juridictions de jugement qui auraient conclu à l'irresponsabilité pénale d'un individu souffrant d'un trouble mental de le soumettre pendant une certaine durée à diverses interdictions : interdiction d'entrer en relation avec la victime de l'infraction ou certaines personnes, interdiction de paraître dans tout lieu spécialement désigné, interdiction de détenir ou de porter une arme, etc.

¹ Sur ces sanctions, v. *infra* n° 501 et s.

² Pour une analyse similaire, J. CASTAGNEDE, *La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 : un nouveau regard porté sur le droit pénal des mineurs*, D. 2003, chron. p. 782. La réécriture de l'article 122-8 du Code pénal par cette même loi semble d'ailleurs consacrer la responsabilité pénale du mineur comme le principe plutôt que comme l'exception : en témoigne ainsi l'introduction des termes « capables », « responsables » ou « responsabilité », absents de l'ancienne rédaction de l'article 122-8 du Code pénal.

³ 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.

⁴ « La loi du 25 février [...] a opéré une véritable "révolution" en rompant avec la tradition française d'une nette séparation entre responsabilité et irresponsabilité pénale », M. LACAZE, *La rétention de sûreté prononcée suite à la méconnaissance des obligations de la surveillance de sûreté et l'article 5 de la Convention européenne*, RPDP, à paraître.

⁵ Art. 706-135 du Code de procédure pénale.

⁶ Art. 706-136 à 706-139 du Code de procédure pénale.

⁷ La Chambre criminelle a toutefois choisi de requalifier dans un premier temps ces mesures en peines, refusant par conséquent leur application immédiate : Crim. 21 janv. 2009, pourvoi n° 08-83492 ; F. ROUSSEAU, *L'application dans le temps des nouvelles dispositions du 25 février 2008 relatives à l'irresponsabilité pénale pour cause de troubles mentaux*, Dr. Pén. 2009, études n° 9. Puis, elle a fini par admettre leur caractère de mesures de sûreté par un arrêt du 16 déc. 2009 : Crim. 16 déc. 2009, JCP 2010, 117, note P. MISTRETTA ; Dr. Pén. 2010, études n° 4 ; D. 2010, p. 144, obs. M. LENA ; *ibidem*, p. 471, note J. PRADEL ; RSC 2010, p. 129, obs. E. FORTIS.

32 - Mais c'est probablement le développement sans précédent des mesures de sûreté, applicables après la peine, qui témoigne le mieux du « franchissement des frontières »¹ du droit pénal. La loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005² a créé une nouvelle mesure de sûreté³, la « surveillance judiciaire des personnes dangereuses condamnées pour crime ou pour délit ». Cette mesure possède la double particularité d'être mise en application après l'exécution d'une peine privative de liberté et d'être fondée, non sur la culpabilité de celui à qui elle s'applique, mais sur « une récidive dont le risque paraît avéré »⁴. Ce dispositif sera complété quelques années plus tard par la loi du 25 février 2008 qui crée deux mesures de sûreté nouvelles, la rétention et la surveillance de sûreté⁵, toutes deux destinées à s'appliquer une fois la peine exécutée.

33 - La multiplication de telles mesures en droit pénal français traduit ainsi le développement d'un véritable « *contrôle social post-sentenciel* »⁶ difficilement conciliable avec le concept de capacité pénale. En effet, le caractère objectif de ces mesures destinées, non à sanctionner l'auteur, mais à prévenir ou à lutter contre la récidive, ainsi que leur fondement, la dangerosité, les distinguent des peines, rendant le concept de capacité pénale, sinon inutile, au moins inopérant. Si le prononcé d'une peine fondée sur la responsabilité pénale d'un individu nécessite une certaine aptitude de celui qui devra la subir afin de pouvoir la comprendre et, dans la mesure du possible, de pouvoir en profiter, aucune aptitude subjective ne semble indispensable au prononcé d'une mesure de sûreté destinées à protéger la société de la dangerosité potentielle d'un individu.

¹ Pour reprendre l'expression de X. PIN dans son intervention *Politique criminelle et frontières du droit pénal : enjeux et perspectives*, *RPDP*, 2011, n° 1, p. 83 et s., spéc. p. 96.

² Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales.

³ Cette loi crée également une institution nouvelle, la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, chargée de rendre un avis préalablement au prononcé d'un placement sous surveillance électronique mobile (art. 763-10, al. 2 du Code de procédure pénale). Les lois postérieures élargiront les attributions de cette commission qui est désormais compétente en matière de surveillance de sûreté et de rétention de sûreté mais également de libération conditionnelle des condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité.

⁴ Art. 723-29 du Code de procédure pénale.

⁵ Un chapitre III intitulé « De la rétention de sûreté et de la surveillance de sûreté » a ainsi été introduit dans le Code de procédure pénale (art. 706-53-13 à 706-53-22 du Code de procédure pénale). Sur un premier bilan de ces mesures, L. GREGOIRE, *Quel avenir pour les mesures de sûreté ? Analyse au regard de deux ans d'application de la loi du 25 février 2008*, *RPDP* 2011, n° 2, p. 311 et s.

⁶ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz Action, 3^e éd., 2007, p. 517.

34 - Toutes ces réformes récentes, qu'il s'agisse de la possibilité de prononcer des mesures répressives malgré l'irresponsabilité pénales de l'agent ou du développement d'un droit pénal « *post-sententiel* » ou « *post-carcéral* »¹ fondé sur la dangerosité², témoignent d'une tendance aboutissant à repousser les frontières classiques du droit pénal. Frontières physiques³ mais également conceptuelles puisque le droit pénal tend désormais à intervenir dans des domaines inédits. On ne compte plus le nombre de subdivisions du droit pénal : droit pénal des affaires, du travail, de la santé, de la concurrence, etc. A ce morcellement interne s'ajoute, et c'est probablement le phénomène le plus inquiétant, un élargissement des fonctions du droit pénal contemporain. Le droit pénal n'est plus uniquement punitif, il doit désormais réinsérer⁴, soigner⁵, éduquer⁶, responsabiliser⁷, prévenir la récidive⁸, et même réparer le préjudice de la victime⁹. Bref, pour reprendre la conclusion d'un auteur, « *les frontières du droit pénal n'ont plus grand-chose de commun avec ce qui existait en 1810* »¹⁰.

¹ Sur cette question, v. C. COURTIN, *La surveillance post-carcérale des personnes dangereuses et l'application de la loi pénale dans le temps*, *Dr. Pén.* 2008, études n° 11.

² On aurait également pu citer la systématisation préoccupante par la loi du 10 août 2007 de l'injonction de soins dès lors qu'un suivi socio-judiciaire est prononcé (voire encouru en cas de libération conditionnelle comme le prévoit l'art. 731-1 du Code de procédure pénale) dans la mesure où le traitement médico-psychologique d'un individu souffrant de troubles mentaux est alors systématiquement intégré par le droit pénal comme un élément du suivi socio-judiciaire, qui est, rappelons-le, une peine, renforçant par conséquent la confusion entre la peine et le soin, entre le droit pénal et le traitement médical. Pour une opinion similaire, v. B. PY, *Les frontières du droit pénal médical*, *RPDP* 2011, n° 2, p. 349 et s.

³ On assiste en effet à l'émergence d'un véritable droit pénal européen qui dépasse les frontières physiques de chacun des pays membres, suite à l'adoption du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009. On pourrait également citer l'influence croissante sur le droit pénal national de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme.

⁴ Art. 707, al. 2 du Code de procédure pénale : « L'exécution des peines favorise, dans le respect des intérêts de la société et des droits des victimes, l'insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive ».

⁵ V. l'extension récente de l'injonction de soins. L'article 131-36-4 du Code pénal modifié par la loi du 10 août 2007 précise en effet qu'à défaut d'une décision visant à écarter l'injonction de soins, « la personne condamnée à un suivi socio-judiciaire est soumise à une injonction de soins dans les conditions prévues aux articles L. 3711-1 et suivants du Code de la santé publique, s'il est établi qu'elle est susceptible de faire l'objet d'un traitement ».

⁶ Le système éducatif consacré par le droit pénal des mineurs en est le meilleur exemple. Sur cette question, v. *infra* n° 482 et s.

⁷ L'article 131-16, 9° du Code pénal prévoit à titre de peine complémentaire, l'obligation d'accomplir un stage de responsabilité parentale ».

⁸ V. l'art. 707, al. 2 du Code de procédure pénale précité.

⁹ La peine de sanction-réparation, introduite à l'article 131-8-1 du Code pénal par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, symbolise très bien cette nouvelle tendance.

¹⁰ J. PRADEL, Rapport de synthèse du colloque précité consacré aux *frontières du droit pénal*, *RPDP* 2011, n° 2, p. 370.

35 - Ce mouvement invite par conséquent à s'interroger sur le rôle et la pertinence de la capacité pénale à l'heure actuelle, puisqu'en tant que condition d'accès ou d'exclusion du domaine du droit pénal, elle contribue non seulement à la délimitation, mais également à la définition du droit pénal, autrement dit, elle permet d'établir « *la carte et le territoire* »¹ du droit pénal.

36 - Si l'intérêt de cette étude semble donc acquis, il reste toutefois à déterminer comment la capacité pénale parvient à délimiter le champ répressif. L'analyse des hypothèses d'incapacités pénales reconnues par le droit pénal français permet alors de constater qu'elles sont de deux ordres, à l'image des deux sens du mot capacité, évoqués précédemment². Si la capacité, au sens de mesure, désigne, en premier lieu, le volume ou la quantité qu'une chose peut contenir, elle qualifie également l'aptitude à un acte ou une opération³. Appliquée à la responsabilité pénale, cette dichotomie permettrait alors de distinguer la capacité pénale à l'engagement de la responsabilité qui apparaît comme une « capacité-condition » puisqu'elle limite l'engagement de la responsabilité pénale d'un individu, de la capacité pénale à la sanction⁴, qui se présente comme une « capacité-mesure », au service de l'individualisation de la sanction. Cette dualité de nature, et donc de fonctions, correspond d'ailleurs aux deux phases classiques de la responsabilité pénale que sont l'engagement de la responsabilité d'une part, et la sanction de celle-ci d'autre part⁵, nous permettant par conséquent de distinguer les deux facettes de la capacité pénale : l'aptitude à engager sa responsabilité pénale et l'aptitude à être sanctionné pénalement⁶.

¹ Pour reprendre le titre de l'ouvrage de M. HOUELLEBECQ, *La carte et le territoire*, Flammarion, 2010.

² V. *supra* n° 2.

³ C'est en ce sens qu'elle est généralement appréhendée en droit.

⁴ Spécialement dans son acception la plus moderne, la capacité à profiter d'une sanction.

⁵ MM. MERLE et VITU distinguaient ainsi au sein de la théorie générale de la responsabilité pénale, « *les conditions d'existence et [les] conséquences de la responsabilité* », R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel – T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 1997, 7^e éd., n° 379, p. 499.

⁶ Cette dichotomie est d'ailleurs présente chez un auteur qui oppose « *l'aptitude à la responsabilité pénale des mineurs* » à leur « *aptitude à la sanction* », E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, 2010, n° 725 et n° 728 *in fine*. V. l'analyse de J.-C. SAINT-PAU qui définit la capacité pénale comme « *l'aptitude morale du délinquant à répondre de ses actes* » et distingue d'une part « *la capacité à répondre de l'infraction* » et, d'autre part la « *capacité à répondre de la sanction* », *La capacité pénale de l'enfant*, in *Le droit et les droits de l'enfant*, Champs Libres, n° 6, 2008, p. 87.

37 - Aussi, bien que l'on évoque généralement *la* capacité pénale, elle apparaît comme un concept complexe¹ ou plutôt comme un concept hétérogène qui rassemble aussi bien les aptitudes subjectives indispensables à l'engagement de la responsabilité pénale d'un individu qu'à la sanction de celle-ci. C'est pourquoi, afin de respecter cette dualité essentielle qui découle autant de la physionomie du concept de capacité que de la spécificité de la responsabilité pénale, il semble naturel de distinguer l'aptitude à l'engagement de la responsabilité pénale du délinquant (Partie I) de l'aptitude à la sanction de celle-ci (Partie II).

¹ « *Capacité pénale, témibilité, etc., expriment des idées justes ; mais [...] ces différents mots font partie d'un langage technique ; ne sont compréhensibles que par des intelligences hautement évoluées, étant l'expression d'une formation scientifique qui ne sera jamais que l'apanage de quelques uns* », E. de GREEFF, *La notion de responsabilité en anthropologie criminelle*, *Revue de droit pénal et de sciences criminelles*, 1931, p. 446-447. Aussi contestable soit-elle au regard de son élitisme, cette opinion relative au concept de capacité pénale présente toutefois l'avantage de mettre en lumière l'extrême complexité de celle-ci.

PARTIE I :
LA CAPACITE PENALE A L'ENGAGEMENT DE LA
RESPONSABILITE PENALE

« Toute frontière est une ligne fictive de partage entre deux territoires. [...] Frontière entre le droit et le non-droit, entre le droit et la morale. »¹

38 - La capacité pénale peut s'envisager, on l'a vu, comme l'ensemble des aptitudes subjectives d'un individu indispensables à l'engagement et à la sanction de sa responsabilité pénale. La première application du concept de capacité pénale est donc assez naturellement l'aptitude à pouvoir engager sa responsabilité pénale. Si cette affirmation paraît simple à formuler, elle doit néanmoins être précisée.

39 - En effet, pour engager sa responsabilité pénale, l'individu doit tout d'abord avoir commis une infraction. On pourrait alors penser que l'aptitude à l'engagement de la responsabilité pénale correspond donc à la faculté pour cet agent de commettre une infraction. C'est d'ailleurs en ce sens que le terme de capacité pénale est parfois employé, notamment lorsque l'on évoque la capacité pénale des personnes morales². La commission d'une infraction suppose en effet certaines facultés psychiques et morales indispensables à l'élément subjectif de celle-ci. Faute de ces aptitudes, l'infraction n'est qu'un acte matériel à qui il « manque une dimension subjective pour relever du droit pénal »³. Toutefois, même lorsque l'infraction est caractérisée dans son élément matériel et moral, la responsabilité pénale de l'auteur de l'infraction n'est pas *ipso facto* engagée. Elle suppose en effet d'imputer cette infraction à son auteur, c'est-à-dire de relier l'infraction à celui qui l'a commise. Cette imputation nécessite, elle aussi, certaines aptitudes tenant à la psychologie du délinquant et à son état mental. Si la majorité de la doctrine choisit de traiter l'ensemble de ces facultés mentales essentielles à l'engagement de la responsabilité pénale sous le qualificatif d' « imputabilité », cette approche classique peut, semble-il, être dépassée.

¹ B. PY, *Les frontières du droit pénal médical*, RPDP 2011, n° 2, p. 349.

² R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel - T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 616.

³ E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, 2010, n° 769, p. 491.

40 - En effet, lorsque l'on observe le contenu et le rôle joués par ces aptitudes, on constate qu'il ne s'agit pas d'un ensemble totalement homogène. En tant que concept subjectif, l'infraction n'existe que lorsque l'on peut identifier derrière l'infraction, l'acte d'une personne, au sens juridique mais également philosophique, c'est-à-dire une entité « *maîtresse de ses actes internes, notamment de ses actes de connaissance et de volonté* »¹. Cette connaissance et cette volonté, indispensables à l'infraction, ne sont toutefois pas suffisantes pour permettre d'engager la responsabilité pénale de l'auteur de l'infraction. Sont également exigées une faculté de discernement et une faculté de libre arbitre, classiquement considérées comme conditionnant l'imputation de l'infraction. Ces facultés rendues nécessaires par la dimension axiologique de la responsabilité pénale renvoient aussi à la notion de conscience ou de volonté, mais dans leur acception morale. Ces aptitudes, que l'on peut désigner sous le terme de « conscience morale », complèteraient ainsi la « conscience psychologique »² évoquée plus haut, pour constituer la capacité pénale à l'engagement de la responsabilité pénale.

41 - C'est pourquoi, nous avons choisi de distinguer les facultés élémentaires exigées au titre de la caractérisation de l'infraction ou capacité pénale à l'infraction (Titre I), de celles qui conditionnent l'imputation de l'infraction et composent donc la capacité pénale à l'imputation de l'infraction (Titre II).

¹ G. RAGER, *Données biologiques et réflexions sur la personne*, in F.-X. PUTALLAZ et B.N.SCHUMACHER (dir.), *L'humain et la personne*, Les éditions du cerf, 2009, p. 111.

² Pour reprendre la dichotomie évoquée par un auteur, entre la conscience *psychologique*, définie comme la « *connaissance, [la] perception de soi et du monde extérieur* » et la conscience *morale*, « *qui donne l'approbation aux actions bonnes et qui fait reproche des mauvaises* », D. FENOUILLET, *La conscience*, LGDJ, 1993, n° 1, p. 1.

TITRE I :

LA CAPACITE PENALE A L'INFRACTION

42 - La première application de la capacité pénale entendue comme l'aptitude à être responsable pénalement est liée à une notion clé du droit pénal, l'infraction. Souvent réduit à n'être considéré que comme le droit de la peine, le droit pénal apparaît pourtant d'abord comme le droit de l'infraction puisqu'il est la branche du droit qui a pour objet l'infraction. Concept fondamental, l'infraction n'est cependant pas définie par le législateur, conduisant la doctrine à s'interroger sur la définition¹ et le contenu exact de celle-ci. Comme le souligne un auteur, l'infraction est d'abord une « rupture »², une violation de la loi. On s'accorde alors pour reconnaître à l'infraction une dimension matérielle, puisqu'il ne peut y avoir d'infraction sans un minimum de faits à même de constituer l'élément matériel de celle-ci et une dimension morale reflétant la psychologie, l'état d'esprit de l'auteur de l'infraction.

43 - Ayant choisi de définir la capacité pénale comme l'ensemble des aptitudes subjectives, c'est-à-dire des facultés tenant à l'auteur d'une infraction et plus exactement à sa psychologie, nous laisserons par conséquent de côté la question des aptitudes matérielles conditionnant la commission de l'infraction³. En effet, du fait de son caractère subjectif, l'aptitude à l'infraction semble se rattacher à l'élément moral de l'infraction. Il serait toutefois erroné de penser que la capacité pénale à l'infraction résume toutes les données psychologiques de l'infraction. La capacité pénale, dont l'aptitude à l'infraction est la première application, n'exprime en effet que la possibilité⁴ d'être reconnu responsable pénalement, et non l'engagement effectif de celle-ci. Elle ne rassemble donc que les dispositions du sujet qui

¹ Parmi les innombrables études consacrées à la question, v. notamment : A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982 ; N. STONESTREET, *La notion d'infraction pénale*, th. Bordeaux, 2009 ; A. DECOCQ, *L'infraction et la responsabilité dans l'avant-projet de Code pénal*, JCP 1979, I, 2926.

² Le terme d'infraction découle ainsi du latin *frangere*, signifiant « briser » : Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, 3^e éd., PUF, 2010, n° 161.

³ V. *supra* n° 23.

⁴ Au sens figuré, la capacité désigne, on l'a vu « la puissance de faire quelque chose », v° « Capacité » (sens n° 3), *Le nouveau petit Robert de la langue française*, sous la direction de J. REY-DEBOVE et A. REY, Le Robert, 2010. Sur les différentes définitions de ce terme, v. *supra* n° 2.

traduisent une telle possibilité. C'est pourquoi il est important de bien distinguer la capacité à l'infraction, et plus spécialement à son élément moral, de la faute elle-même. Si l'aptitude à la faute représente l'ensemble des aptitudes intellectuelles indispensables à la caractérisation d'une faute, elle n'est que le préalable de celle-ci et ne doit donc pas être confondue avec l'intention ou la faute d'imprudence.

44 - Cette distinction n'est pas aisée dans la mesure où la doctrine développe souvent les questions relatives à la faute sous le vocable de « *culpabilité* »¹. Si cette acception semble conforme à la définition même de ce terme qui désigne « *celui qui est coupable* »², autrement dit « *celui qui a commis une faute* »³, le suffixe « *-abilité* » pourrait néanmoins laisser penser que la culpabilité désigne non seulement la faute, mais également l'aptitude à la *culpa*, c'est-à-dire à la faute. Cependant, afin d'éviter toute confusion, nous avons choisi de qualifier cette aptitude à la faute de « *capacité délictuelle* »⁴, par analogie avec le droit civil qui emploie ce terme pour désigner l'aptitude d'un individu à commettre une faute civile, qu'elle soit délictuelle⁵ ou quasi-délictuelle⁶. On aperçoit dès lors le rattachement de la capacité délictuelle au concept plus large de capacité pénale dans la mesure où elle permet de délimiter les frontières du droit pénal en distinguant les individus capables de commettre une infraction et par conséquent de relever du droit pénal de ceux qui, inaptes à former une volonté suffisamment solide, seront exclus du droit pénal.

¹ V. par ex. Ph. CONTE & P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, n° 376 et s. ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général, Ellipses*, 2^e éd., 2006, n° 283 et s.

² V° « *Culpabilité* », *Le nouveau Littré*, Garnier, 2007.

³ V° « *Coupable* », *Le nouveau Littré*, Garnier, 2007.

⁴ On trouve parfois cette expression ou le plus souvent celle de « *capacité criminelle* » sous la plume de certains criminologues. Elle désigne cependant, non plus la capacité juridique à commettre un délit ou un crime, mais plutôt le « *potentiel de nocivité sociale* » d'un individu, v. ainsi : G. HEUYER, *Les troubles mentaux, étude criminologique*, PUF, 1968, p. 440. Il ne s'agit donc pas à proprement parler d'une capacité au sens juridique, mais plutôt d'un indicateur de l'état dangereux d'un individu, comme l'explique très bien le criminologue italien GAROFALO qui préfère dans ce cas employer le néologisme « *témibilité* » : « *J'avais forgé le mot "temibilità" qui n'a pas d'équivalent en français pour désigner la perversité constante et agissante du délinquant et la quantité de mal qu'on peut redouter de sa part, en d'autres termes sa capacité criminelle* » R. GAROFALO, *La criminologie, étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, Félix Alcan, 2^e éd., 1890, p. 332.

⁵ Art. 1382 du Code civil.

⁶ Art. 1383 du Code civil. Aucun auteur ne faisant référence à la « *capacité quasi-délictuelle* » qui pourrait être définie comme l'aptitude à la faute quasi-délictuelle ou faute d'imprudence, nous rassemblerons sous la qualification de capacité délictuelle l'aptitude à la faute extracontractuelle en général.

45 - Il s'agira donc de démontrer que la capacité délictuelle est le préalable indispensable de toute faute et qu'à l'inverse, l'absence de capacité délictuelle de l'auteur d'un fait objectivement illicite empêcherait de l'analyser comme une infraction, faute de l'élément moral conférant à ce fait la « *dimension subjective [lui permettant] de relever du droit pénal* »¹.

46 - Cela suppose par conséquent de s'intéresser en premier lieu à l'aspect théorique de la question, en cherchant à savoir si la notion de capacité délictuelle a sa place en droit pénal (Chapitre I), avant d'étudier, le cas échéant, le régime de celle-ci (Chapitre II).

¹ E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, 2010, n° 769, p. 491.

Chapitre I :

La notion de capacité délictuelle

47 - Bien que la notion de capacité délictuelle ne soit pas totalement inconnue en matière civile, peu d'auteurs lui consacrent de réels développements, rendant toute tentative de définition plus complexe. Néanmoins, dans la mesure où la capacité délictuelle peut se définir comme le préalable de la faute, il semble indispensable, si l'on veut cerner la première, de s'interroger sur les contours de la seconde. En effet, de par son contenu, c'est bien la faute elle-même qui détermine les aptitudes subjectives nécessaires à la caractérisation de l'infraction.

48 - Cette démarche nous conduira alors à confronter le droit civil et le droit pénal afin de définir la capacité délictuelle mais surtout d'apprécier sa pertinence en matière pénale. L'étude des différentes conceptions de faute civile nous permettra ainsi de démontrer qu'il est possible de reconnaître à la capacité délictuelle une place et un rôle à jouer en matière pénale. En tant qu'aptitude à la faute, la capacité délictuelle contribue en effet à donner à l'infraction et par conséquent au droit pénal tout entier, une dimension subjective, éthique fondamentale.

49 - C'est pourquoi, après avoir constaté l'absence regrettable de la notion de capacité délictuelle dans les conceptions classiques de la faute civile (Section 1), nous démontrerons qu'il est possible d'en admettre l'existence en matière pénale (Section 2).

Section 1 :

L'absence de la notion de capacité délictuelle dans les conceptions classiques de la faute civile

50 - Etymologiquement parlant, la faute représenterait le manquement à une règle¹. En effet, le mot « faute » remplaçant la forme plus ancienne « *faillie* », viendrait du latin populaire *fallita*, désignant l'action de faillir, participe passé de *fallere* signifiant « tromper » et aurait été introduit dans la langue française entre 1174 et 1178, sous le sens de « manquement, action de faillir »². Juridiquement, la question qui a opposé de nombreux auteurs fut de savoir si ce manquement suffisait pour constituer une faute ou s'il fallait en plus exiger un certain état d'esprit de la part du fautif, traduisant deux conceptions différentes de la faute : une conception objective et une conception subjective de celle-ci. Pour les tenants de la première conception, la simple illicéité du comportement suffit à caractériser une faute, on parle alors de « faute objective ». Au contraire, pour la majorité des auteurs, la faute comporterait deux éléments : à un élément « objectif », l'élément illicite caractérisé par la violation d'un devoir ou d'une obligation juridique, s'ajouterait un élément « subjectif » ou « moral », l'imputabilité, définie comme l'aptitude psychologique à comprendre la portée de ses actes et à en assumer les conséquences³.

51 - Examiner la notion de capacité pénale au stade de la caractérisation de la faute conduit alors à s'interroger sur la pertinence de ces deux visions de la faute et par conséquent sur les rapports que la capacité délictuelle entretiendrait avec ces deux éléments de la faute : est-elle

¹ V. ainsi les définitions de ce terme : « Manquement contre le devoir, contre la loi », *Dictionnaire de L'Académie française*, 4^e éd., 1762.

² *Trésor de la Langue Française Informatisé*, Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, [en ligne] <http://www.cnrtl.fr/etymologie/faute>).

³ Faculté qu'on résume souvent au discernement et au libre arbitre de l'individu. Sur cette question, v. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil - Les conditions de la responsabilité civile*, LGDJ, 3^e éd., 2006, n° 442 et s. ; Ph. BRUN, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2^e éd., 2009, n° 292 et s. ; D. FENOUILLET et Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, Litec, 11^e éd., 2010, n° 573 et s. ; F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations* : Dalloz, 10^e éd., 2009, n° 715 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations - Le fait juridique*, T.2, Sirey, 13^e éd., 2009, n° 99 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, responsabilité civile et quasi-contrats*, T.2, PUF, 2^e éd., 2010, p. 87 et s. ; Ph. CONTE, *Rép. Civ.*, v^{is} « Responsabilité du fait personnel », n° 15 et plus spécialement n° 23 ; M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, LGDJ, 1973, n° 40.

nécessaire pour caractériser l'élément objectif de la faute, son illicéité, ou bien pour caractériser son élément subjectif, l'imputabilité de cette faute à son auteur ? La réponse à ces deux questions suppose donc de présenter ces théories classiques (§1) qui révèlent, derrière leur classicisme apparent, une certaine inaptitude à expliquer de manière totalement satisfaisante les solutions du droit positif (§2).

§1- Les conceptions classiques de la faute

52 - Afin de comprendre les liens existants entre l'infraction et plus précisément son élément moral et la notion de capacité délictuelle, il semble indispensable, on l'a vu, de commencer par présenter les différentes conceptions juridiques de la faute. On oppose ainsi classiquement une conception dite objective (A) à une vision plus subjective de la faute (B).

A – La conception objective de la faute

53 - Une fois cette théorie exposée (1), nous verrons qu'elle occupe une place assez limitée en droit positif (2).

1 – Présentation de cette théorie

54 - Pour les tenants d'une conception objective de la faute, cette dernière ne serait que le manquement à une règle, qu'il s'agisse de la violation d'une obligation préexistante¹, d'un devoir² ou plus largement d'un écart de conduite³. Développées à partir des années 1930 et défendues notamment par H et L. MAZEAUD, ces idées aboutissent à considérer que tout fait

¹ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T.2, LGDJ, 3^e éd., 1949, n°863.

² V. R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, LGDJ, 2^e éd., 1951, n° 4, p. 5 ; R. RODIERE, *Cours de droit civil français*, T. IX bis, A. Rousseau, 2^e éd., 1952, n° 1397, p. 30 ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, T.1, A. ROUSSEAU, 1923, n° 225.

³ H. et L. MAZEAUD, et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, T.1, Montchretien, 6^e éd., 1965, n° 395 et s., spéc. n° 408 et s. pour la faute délictuelle et n° 439 et s. pour la faute quasi-délictuelle.

illicite oblige celui qui en est à l'origine à en répondre¹. Il n'est en revanche pas nécessaire pour cette théorie objective, de s'interroger, une fois ce manquement établi, sur l'état d'esprit de l'auteur : dès lors que son comportement s'est écarté de celui qu'aurait eu à sa place le bon père de famille, celui-ci est *ipso facto* considéré comme fautif².

55 - Il ne faut toutefois pas déduire du caractère objectif de cette théorie que l'état d'esprit de l'agent est totalement indifférent. En effet, la notion de faute, même entendue de manière objective, suppose tout de même un jugement sur la volonté de l'agent. Le droit, tant civil que pénal, distingue d'ailleurs la faute intentionnelle supposant la volonté du résultat³, de la faute d'imprudence ou de négligence traduisant le simple relâchement de la volonté, le résultat n'étant alors pas recherché par le fautif. Toutefois, cette gradation de la faute en fonction de l'état d'esprit de l'auteur est généralement plus étudiée en matière pénale qu'en matière civile, puisque toute faute civile oblige en principe son auteur à réparer la totalité du dommage et ce, quelle que soit la gravité de la faute⁴. Comme le rappelle très justement M. PUECH dans sa thèse⁵, c'est la notion de dommage plus que celle de faute qui est le véritable fondement de la responsabilité civile. Il arrive pourtant, même si ce n'est qu'à titre exceptionnel, que le droit civil attribue à la faute intentionnelle (et parfois aussi à la faute d'imprudence qualifiée, qu'elle soit lourde ou inexcusable) des conséquences plus importantes que la faute d'imprudence simple⁶.

¹ En réparant le cas échéant le dommage subi par la victime.

² « La faute consiste à ne pas se comporter comme on devrait le faire, il est naturel de rapprocher l'attitude de la personne que l'on juge, de celle qu'aurait adoptée, dans les mêmes circonstances, un prototype de référence : aussitôt qu'un écart sera constaté entre les deux conduites, une faute sera caractérisée », Ph. CONTE, *op. cit.*, n° 10. On remarque toutefois, comme l'explique un auteur, que cette définition générale de la faute convient surtout à la faute d'imprudence qu'on apprécie au regard d'un standard abstrait mais s'accorde mal avec la faute intentionnelle qui, elle, suppose une intention, c'est-à-dire une véritable volonté tendue vers un résultat. Il semble en réalité très difficile de définir la faute de manière générale sans nier la diversité des fautes, v. Ph. BRUN qui évoque même la « vanité » d'une définition unitaire de la faute, *op. cit.*, n° 291 !

³ Ou au moins la volonté tendue vers un résultat.

⁴ Certains auteurs soulignent d'ailleurs « l'inutilité » de la distinction entre délit et quasi-délict opérée par les articles 1382 et 1383 du Code civil : v. par ex. M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 94 et s.

⁵ M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, LGDJ, 1973, n° 61 et 62.

⁶ En matière contractuelle par exemple, l'auteur d'une faute intentionnelle ne peut se prévaloir d'une clause limitative de responsabilité, voire d'une clause de non-responsabilité ; la limitation traditionnelle de la réparation aux seuls dommages-intérêts prévisibles ne joue pas non plus en cas de faute dolosive, etc. En matière délictuelle, citons par exemple l'immunité traditionnellement reconnue au préposé depuis l'arrêt *Costedoat* (Ass. Plén., 25 fév. 2000, *Costedoat*, *Bull. Civ.* n° 2 ; *D.* 2000, 673, note Ph. BRUN ; *ibidem* somm. 467, note Ph. DELEBECQUE ; *JCP* 2000, II, 10295, concl. R. KESSOUS et note M. BILLIAU ; *ibidem* I, 241, n° 16, obs. G.

56 - L'avantage majeur de cette conception objective de la faute est d'élargir la liste des fautifs potentiels, donc des responsables possibles. En effet, en n'exigeant pas de caractériser chez l'auteur, un minimum de facultés mentales ou un état d'esprit particulier, cette conception permet de considérer tout individu comme étant capable de commettre une faute : qu'il s'agisse d'un enfant en bas âge¹, d'un dément ou d'une personne morale, assurant ainsi à la victime une réparation quasi automatique de son dommage. On retrouve cette conception objective dans les sociétés archaïques qui ne connaissaient pas encore le concept de responsabilité tel qu'on le conçoit aujourd'hui. Aussi, comme l'explique M. POIRIER, pour ces groupes sociaux : « *l'acte seul compte et sera pris en considération d'une manière parfaitement objective* » ce qui justifie ainsi le caractère quasi automatique de la répression² en postulant une véritable présomption générale de responsabilité pesant aussi bien sur les êtres humains que sur les choses ou les animaux, comme le prouvent d'ailleurs les multiples exemples de procès d'animaux³ ou de choses¹. Ainsi, la faute en droit primitif, comme le

VINEY ; *Gaz. Pal.* 2000, 2, 1462, note F. RINALDI ; *RCA* 2000, chron. 11, H. GROUDEL, et chron. 22, C. RADÉ ; *RTD Civ.* 2000, 582, P. JOURDAIN). Notons toutefois que la jurisprudence a par la suite limité cette immunité, notamment lorsque le préposé avait commis une faute pénale intentionnelle, voire une faute d'imprudance qualifiée au sens de l'article 121-3, alinéa 4 du Code pénal (Ass. Plén., 14 déc. 2001, *Cousin*, *Bull. Civ.* n° 17, D. 2002, 1230, note J. JULIEN, *ibidem*, somm. 1317, obs. D. MAZEAUD ; *ibidem*, somm. 2117, obs. THULLIER). La jurisprudence récente semble refuser le bénéfice de l'immunité lorsque le préjudice de la victime résulte de la commission de toute infraction pénale ou faute intentionnelle : Civ. 2^e, 21 févr. 2008, *JCP* 2008, I, 186, n° 5 note Ph. STOFFEL-MUNCK ; D. 2008, 2125, note LAYDU.

Dans le même ordre d'idées, la jurisprudence a d'ailleurs posé le principe selon lequel la responsabilité civile du salarié n'est engagée à l'égard de son employeur que lorsqu'il a commis une faute lourde. En droit des assurances, la faute intentionnelle de l'assuré empêche la garantie de l'assureur (art. L. 113-1, al. 2 C. Assur.). Enfin, en matière quasi-contractuelle, seule une faute simple de l'appauvri lui permet d'être indemnisé, une faute lourde voire une faute intentionnelle le privant de l'action de *in rem verso*. On peut conclure de toutes ces hypothèses que si l'intention n'est pas indispensable à la faute en général (pas plus d'ailleurs qu'à l'infraction, v. *infra*), elle se révèle parfois nécessaire, soit pour pouvoir engager la responsabilité d'un individu dont la faute simple n'aurait pas pu lui être reprochée, soit pour aggraver les conséquences de sa responsabilité, les juges pouvant prendre en compte la gravité de la faute d'un individu lorsqu'ils déterminent le montant des dommages-intérêts en matière civile.

¹ Voire d'un nouveau-né.

² J. POIRIER, *Les caractères de la responsabilité archaïque, La responsabilité pénale dans les sociétés primitives*, in *La Responsabilité pénale, Travaux du Colloque de philosophie pénale (12 au 21 janv. 1959)*, Dalloz, 1961, p. 22.

³ « *La mise en accusation d'animaux coupables de délit ou de crime est une conséquence directe des notions qui viennent d'être évoquées : l'animal est puni, car il est objectivement responsable de ses actes ; la recherche de la culpabilité subjective est un autre schéma idéologique qui ne peut se développer que dans des conditions écologiques toutes différentes* », J. POIRIER, *op. cit.*, p. 22. Sur la question des procès d'animaux en droit, L. LEVY-BRUHL, *Les rapports entre l'ethnologie et la criminologie*, in *La Responsabilité pénale, op. cit.*, p. 40 et 41 ; pour un exposé des hypothèses de responsabilité des animaux en droit comparé, v. également P. FAUCONNET, *La responsabilité, Étude de sociologie*, Félix Alcan, 1920, p. 50 et s.

conclut cet auteur, « *est avant tout un fait ayant entraîné un dommage [...] la responsabilité frapp[ant] celui par le fait duquel (et non : par la faute duquel) le dommage est arrivé* »².

2 – La consécration limitée de la conception objective de la faute en droit positif

57 - Il faut ici distinguer les régimes de responsabilité du fait personnel³ des régimes de responsabilité du fait d'autrui et du fait des choses car l'influence de la conception objective de la faute varie selon le régime étudié. Si, comme on l'étudiera ultérieurement, les régimes de responsabilité du fait personnel restent traditionnellement fondés sur une faute (même entendue plus objectivement qu'auparavant), les seconds ont progressivement abandonné toute référence à celle-ci. En effet, dans certains cas, un simple fait illicite ou anormal, qu'on peut alors rapprocher de la notion de « faute objective » telle qu'on l'a définie, permet d'engager la responsabilité d'un individu, mais c'est alors en sa qualité de garant de la personne ou de gardien de la chose ayant causé un dommage. A la responsabilité personnelle civile ou pénale fondée sur la faute, c'est-à-dire un comportement subjectivement fautif s'opposent alors les régimes de responsabilités du fait d'autrui ou du fait des choses, fondées quant à eux sur le risque voire la garantie, qui ne nécessitent donc pas de jugement sur la psychologie du responsable. Inadaptée aux hypothèses de responsabilité supposant une faute du responsable, le courant objectiviste semble donc avoir influencé les régimes de responsabilité civile du fait d'autrui ou du fait des choses.

58 - Ainsi, les régimes de responsabilité du fait d'autrui de l'article 1384 du Code civil, fondés à l'origine sur une présomption de faute du responsable — faute de surveillance ou d'éducation du garant — se sont peu à peu détachés de celle-ci et n'exigent plus aujourd'hui une faute du garant pour engager sa responsabilité, qu'il s'agisse de la responsabilité du fait d'autrui pesant sur certaines institutions ou comités sportifs dérogée à partir de l'alinéa 1^{er} de

¹ « *Si une branche d'arbre blesse un enfant, il y aura affirmation d'une culpabilité au moins potentielle, qu'une enquête appropriée [...] viendra éventuellement préciser* », J. POIRIER, *op. cit.*, p. 20.

² J. POIRIER, *Les caractères de la responsabilité archaïque*, *op. cit.*, p. 27.

³ Qu'il s'agisse de la responsabilité civile fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil ou de la responsabilité pénale.

l'article 1384 par l'arrêt *Blieck*¹, de la responsabilité des parents du fait de leurs enfants (article 1384, alinéa 4), de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés (article 1384, alinéa 5) ou bien de la responsabilité des artisans pour le dommage causé par leurs apprentis (article 1384, alinéa 6). En matière de responsabilité des parents du fait de leur enfant, régime ayant poussé au maximum cette objectivation, la jurisprudence a d'ailleurs fini par abandonner toute référence à une faute éventuelle des parents mais aussi de l'enfant. La responsabilité des parents peut donc aujourd'hui être engagée pour un simple fait causal de leur enfant et non une faute de celui-ci². Le caractère résolument objectif de ce régime de responsabilité apparaît d'ailleurs aussi au stade de l'exonération puisque la preuve de l'absence de faute des parents n'est jamais reconnue comme une cause d'exonération³ : la responsabilité de ces derniers peut ainsi être engagée même si leur enfant ne cohabite pas physiquement avec eux⁴, consacrant alors un véritable régime de responsabilité objective de plein droit. La responsabilité se détachant ici clairement de l'idée de reproche, donc de faute au sens classique, on peut y voir une certaine consécration de la faute objective, au sens le

¹ Civ. 2^e, 29 mars 1991, *Blieck* : *JCP* 1991, II, 21673, concl. DONTENWILLE, note J. GHESTIN ; *D.* 1991, p. 324, note C. LARROUMET ; *ibidem*, chron. 157, G. VINEY ; *ibidem*, somm. 324, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD Civ.* 1991, p. 541, obs. P. JOURDAIN ; *Gaz. Pal.* 1992, p. 513, note F. CHABAS ; *Resp. civ. et Ass.* 1991, chron. n° 9, par H. GROUDEL.

² V. l'arrêt *Fullenwarth* : Ass. Plén., 5 mai 1984 : *Bull. Civ.* n° 4 ; *D.* 1984, *jurispr.* p. 525, concl. J. CABANNES, note F. CHABAS ; *JCP* 1984, II, 20255, note N. DEJEAN DE LA BÂTIE ; *ibidem* 20256, note P. JOURDAIN ; *RTD Civ.* 1984, p. 508, obs. J. HUET. Cette solution a été consacrée plus explicitement par la Cour de cassation dans l'arrêt *Levert* du 10 mai 2001 : Civ. 2^e, *Levert* : *Bull. Civ.* II n° 96, *D.* 2001, 2851, rapp. GUERDER, note TOURNAFOND ; *D.* 2002, somm. 1315, obs. D. MAZEAUD ; *JCP* 2001, II, 10613, note J. MOULY ; *JCP* 2002, I, 124, n° 20 et s., obs. G. VINEY ; *Deffrénois* 2001, 1275, note E. SAVAUX ; *RCA* 2001, chron. 18, H. GROUDEL ; *RTD Civ.* 2001, 601, obs. P. JOURDAIN ; jurisprudence confirmée ensuite par deux arrêts de l'Assemblée plénière : Cass., Ass. Plén., 13 déc. 2002 : *Bull. Civ.* n° 4, *BICC* 1^{er} mars 2003, concl. DE GOUTTES, rapp. LE CORROLLER ; *D.* 2003, 231, note P. JOURDAIN ; *JCP* 2003, II, 10010, note HERVIOT-LELONG ; *ibidem*, I, 154, n° 46 et s., obs. G. VINEY ; *Gaz. Pal.* 2003, 1008, note F. CHABAS ; *ibidem*, 1035, note ICARD et PANSIER ; *RCA* 2003, chron. 4, H. GROUDEL et reprise plus récemment par Civ. 2^e, 20 oct. 2005, *Dr. Fam.* 2006, n° 78, note J. JULIEN.

³ v. par exemple en matière de responsabilité parentale, l'arrêt *Bertrand* du 19 févr. 1997, *Bull. Civ.* II, n° 56, *D.* 1997, 265, note P. JOURDAIN ; *ibidem*, somm. 290, obs. D. MAZEAUD ; *JCP* 1997, II, 22848, concl. R. KESSOUS, note G. VINEY ; *Gaz. Pal.* 1997, 2, 572, note F. CHABAS ; *RCA* 1997, chron. 9, F. LEDUC. Solution confirmée par l'Assemblée plénière dans deux arrêts du 13 déc. 2002 : *Bull. Civ.* n° 4, *D.* 2003, 231 not P. JOURDAIN ; *JCP* 2003, II, 10010 note HERVIOLELONG ; *ibidem*, I, 154, n° 46, obs. G. VINEY, *Gaz. Pal.* 2003, 1008, note F. CHABAS ; *ibidem* 1035, note ICARD et PANSIER ; *RCA* 2003, chron. 4, H. GROUDEL. Même solution pour la responsabilité « générale » du fait d'autrui, art. 1384 al. 1^{er}, *Crim.* 26 mars 1997 : *Bull. Crim.*, n° 124.

⁴ La cohabitation exigée étant une cohabitation juridique, c'est-à-dire abstraite et non matérielle. Sur cette question, v. par ex. Civ. 2^e, 20 janv. 2000, *Bull. Civ.* II n° 14 ; *D.* 2000, somm. 469, obs. D. MAZEAUD ; *JCP* 2000, II, 10374, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT ; *ibidem*, I, 241, n° 20, obs. G. VINEY ; *RCA* 2000, n° 146, note H. GROUDEL. Le fait que l'enfant réside habituellement avec l'un des deux parents ne décharge donc pas l'autre parent de sa responsabilité civile : *Crim.* 11 janv. 1996 : *Bull. Crim.* n° 20.

plus fort : une simple anormalité (le fait causal de l'enfant créant un dommage) est à même d'engager la responsabilité d'un individu dont l'état d'esprit est indifférent puisque la preuve de l'absence de faute de celui-ci n'a aucune conséquence juridique.

59 - Cette analyse rapide démontre que la conception objective de la faute trouve une certaine consécration au sein des régimes de responsabilité civile du fait d'autrui ou du fait des choses. Il est toutefois nécessaire de tempérer ce constat en soulignant que les régimes de responsabilité du fait personnel, quant à eux, exigent toujours du responsable présumé une faute¹, entendue comme un acte illicite imputable à un individu, témoignant de l'absolue nécessité de conserver dans la définition de la faute une part subjective, ce qui nous amène tout naturellement à évoquer la conception subjective de la faute en droit positif.

B – La conception subjective de la faute

60 - Après une présentation sommaire de cette théorie (1), nous verrons que son influence varie, elle aussi, selon la branche du droit étudiée (2).

1 – Présentation de cette théorie

61 - À l'inverse de la conception objective de la faute, cette théorie ne considère pas le simple comportement matériellement illicite comme une faute ou une infraction. Une condition supplémentaire doit ainsi s'ajouter à cet élément objectif qu'est l'illicéité du comportement. Il apparaît en effet indispensable pour cette théorie subjective de pouvoir attribuer le comportement illicite à son auteur, en fonction de certaines aptitudes nécessaires à l'engagement de sa responsabilité. Un jugement doit alors être porté sur l'état mental de l'auteur potentiel du fait illicite, ce jugement subjectif ayant pour finalité de conclure ou non à l'imputabilité du fait reproché à son auteur.

¹ Même dénuée de la question de son imputabilité en matière civile. Pour une démonstration plus approfondie de la nécessité de la faute dans les régimes de responsabilité civile du fait personnel, v. H. et L. MAZEAUD, et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle, T.1*, Montchretien, 6^e éd., 1965, n° 368 à 379.

62 - Historiquement, cette conception subjective de la faute s'explique par l'évolution qu'a connue le concept de responsabilité. En effet, comme l'ont démontré les historiens¹, les ethnologues², les sociologues³ ou les juristes⁴ qui se sont intéressés à la notion de responsabilité, celle-ci, à l'origine très étendue et pour une large part objective, s'est individualisée et s'est en quelque sorte « subjectivée » sous l'influence du christianisme⁵, mais aussi grâce au développement de l'individualisme et à l'acceptation de la notion de contingence et de hasard⁶. Or, c'est à partir de cette sélection opérée entre les différents responsables potentiels qu'est né et que s'est développé le concept d'imputabilité⁷. Certaines conditions subjectives, tenant à la psychologie de l'auteur sont ainsi devenues nécessaires à l'engagement de la responsabilité d'un individu puisqu'il n'était plus concevable pour la morale de considérer comme fautif celui qui n'avait pas la conscience ou la volonté de mal agir. Aussi, faute de pouvoir caractériser chez l'auteur un degré suffisant de liberté et une véritable faculté de discerner le bien du mal, un comportement, même objectivement illicite, ne pouvait plus être imputé à un individu et constituait donc un simple fait insusceptible d'engager la responsabilité personnelle de son auteur, à l'image de « la tuile tombée du toit », fait accidentel n'engageant en principe la responsabilité de personne⁸.

63 - Si, comme on a pu le voir, la conception objective de la faute ne trouvait qu'une application assez limitée en droit positif, la conception subjective de la faute domine en revanche le droit de la responsabilité du fait personnel qui consacre, au moins en partie, cette théorie.

¹ V. l'étude de J. POIRIER, *op. cit.*, pp. 19 à 34.

² L. LEVY-BRUHL, *op. cit.*, pp. 35 à 48.

³ V. l'étude de P. FAUCONNET, *op. cit.*, pour n'en citer qu'une.

⁴ V. l'analyse approfondie de P. JOURDAIN dans sa thèse *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, th. Paris II, 1982.

⁵ Grâce notamment à la pensée de ST THOMAS D'AQUIN.

⁶ Auparavant tout événement ayant une cause, un ou plusieurs responsables pouvaient toujours être identifiés : « *Tout geste, tout acte, a un sens, est susceptible d'une sanction [...] Il y a donc toujours une explication nécessaire et suffisante, qui est précisément à la source de la responsabilité.* », J. POIRIER, *op. cit.*, p. 33. Au contraire, avec l'abandon de la recherche de signification, la responsabilité est devenue moins mécanique, plus sélective.

⁷ V. P. JOURDAIN, *op. cit.*

⁸ Ce fait causal pourra tout de même permettre d'engager la responsabilité d'un individu dans certains cas mais il s'agira alors d'un régime de responsabilité civile objective fondée sur le risque, responsabilité du fait d'autrui ou du fait des choses par exemple.

2 – La consécration variable de la conception subjective de la faute en droit positif

64 - C'est au terme d'une longue évolution historique que le droit de la responsabilité, en exigeant de caractériser chez l'auteur certaines facultés mentales indispensables à l'imputation de cette faute, a permis d'aboutir à une subjectivisation de la responsabilité et par conséquent à une subjectivisation de la faute elle-même. Il faut toutefois distinguer le droit pénal qui conserve encore aujourd'hui cette conception subjective de la faute dotée d'une forte connotation morale et le droit civil qui, lui, a renoncé à une certaine part de subjectivisme de la faute.

65 - Prenant acte de l'inopportunité de certaines des solutions induites par le contenu subjectif traditionnellement reconnu à la faute civile¹, le législateur a finalement décidé d'abandonner la condition d'imputabilité en matière de responsabilité civile du fait personnel. Une loi du 3 janvier 1968² a ainsi introduit dans le Code civil un article 489-2 obligeant à réparer « *celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental* ». Au lendemain de cette réforme de 1968, la doctrine était partagée quant à l'accueil qu'il fallait réserver à ce changement et surtout quant à la portée qu'il fallait lui donner : si certains auteurs approuvaient cette initiative législative qui consacrait une évolution du droit positif déjà perceptible dans d'autres domaines³, d'autres, au contraire, soulignaient les dangers possibles de cette première brèche dans la conception classique de la faute en matière

¹ Il existait ainsi une inégalité juridique entre la victime d'un dommage causé par un dément ou un enfant très jeune, privée de réparation du fait de l'absence de discernement de l'auteur et la victime d'un dommage causé par un individu aux facultés intellectuelles intactes. Cette inégalité critiquée par certains auteurs, explique en partie la réforme de 1968.

² G. VINEY, *Réflexions sur l'article 489-2 du Code Civil*, *RTD Civ.* 1970, p. 252 ; J.-J. BURST, *La réforme du droit des incapables majeurs et ses conséquences sur le droit de la responsabilité civile extra-contractuelle*, *JCP* 1970, I, 2307 ; Ph. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental*, *JCP* 1971, I, 2401 ; N. GOMAA, *La réparation du préjudice causé par les malades mentaux*, *RTD Civ.* 1971, p. 29.

³ Citons ainsi le célèbre arrêt *Trichard* reconnaissant la possibilité pour un individu atteint de trouble mental d'être gardien d'une chose et par conséquent d'être responsable sur le fondement de l'article 1384 al. 1^{er} : *Civ.* 2^e, 18 déc. 1964 ; *D.* 1965, p. 191, concl. SCHMELCK, note D. ESMEIN ; *JCP* 1965, II, 14304, note N. DEJEAN DE LA BÂTIE ; *RTD Civ.* 1965, p. 35, obs. R. RODIÈRE. De la même façon, certaines décisions émanant principalement des juges du fond, se contentaient parfois d'un « *acte objectivement illicite* » pour engager la responsabilité des parents d'enfants très jeunes : v. Grenoble, 5 nov. 1952 ; *Gaz. Pal.* 1952, 2, p. 405 ; Trib. Civ. Nice, 13 nov. 1953 ; *D.* 1954, p.143 ; Paris, 21 juin 1962 : *JCP* 1962, II, 12890 ; *Civ.* 1^{ère}, 20 déc. 1960 : *JCP* 1960, II, n° 12031, note A. TUNC ; *D.* 1961, jurispr. p. 141, note P. ESMEIN ; *RTD Civ.* 1961, p.317, obs. A. TUNC.

de responsabilité civile personnelle¹. On pouvait en effet s'interroger sur le domaine possible de l'article 489-2 du Code civil : s'agissait-il d'un mécanisme autonome d'indemnisation, auquel cas l'imputabilité resterait nécessaire pour pouvoir appliquer les régimes de responsabilité traditionnellement fondés sur la faute (articles 1382 et 1383 du Code civil) ou fallait-il y voir une première tentative d'objectivisation de la faute civile pouvant être étendue par la suite à d'autres individus ? La jurisprudence a apporté à cette question une réponse dénuée de toute ambiguïté en décidant « *que l'article 489-2 ne prévoit aucune responsabilité particulière et s'applique à toutes les responsabilités prévues aux articles 1382 et suivants dudit Code* »². Par cette lecture « maximaliste » de l'article 489-2 du Code civil, le droit civil acceptait alors de rompre avec la conception subjective classique de la faute en considérant comme fautif le comportement d'un individu aux facultés mentales pourtant insuffisantes pour comprendre la portée de ses actes. Strictement limitée dans un premier temps au trouble mental, cette solution fut ensuite généralisée et appliquée à l'autre hypothèse classique d'irresponsabilité due à l'insuffisance des facultés mentales, *l'infans*.

66 - En effet, du fait de leur développement intellectuel insuffisant, les très jeunes enfants étaient eux aussi traditionnellement considérés comme incapables de commettre une faute civile. Toutefois après la réforme de 1968³, la question de leur irresponsabilité civile fut remise en cause. Il revenait donc à l'Assemblée plénière de se prononcer sur la place du jeune enfant en matière de responsabilité civile extracontractuelle. Dans deux des cinq célèbres arrêts du 9 mai 1984⁴, les arrêts *Lemaire* et *Derguini*, les juges ont affirmé la possibilité de relever une faute à l'encontre de mineurs parfois très jeunes⁵, confirmant par là même, la possibilité d'analyser comme une faute le comportement d'un jeune mineur, sans avoir besoin

¹ V. par ex. G. VINEY, *op. cit.*, spécialement p. 260 et s.

² Civ. 2^e, 4 mai 1977 : D. 1978, p. 393, note R. LEGAIS, obs. G. DURRY, *RTD Civ.* 1977, p. 772.

³ Les auteurs et la jurisprudence ont toujours, à juste titre, refusé de considérer l'enfance et le manque de discernement consécutif lors des premières années de la vie, comme une « trouble mental » permettant l'application de l'article 489-2.

⁴ Cass., Ass. Plén., 5 mai 1984, 5 arrêts : D. 1984, jurispr. p. 525, concl. J. CABANNES, note F. CHABAS ; *JCP* 1984, II, 20255, note N. DEJEAN DE LA BÂTIE ; *ibidem* 20256, note P. JOURDAIN ; *RTD Civ.* 1984, p. 508, obs. J. HUET. Les trois autres arrêts (*Fullenwarth*, *Gabillet* et *Djouab*) concernaient respectivement la responsabilité des parents pour le fait causal de leur enfant âgé en l'espèce de 7 ans, la responsabilité d'un enfant de trois ans en tant que gardien d'une chose et la responsabilité pénale d'un enfant de dix ans.

⁵ L'arrêt *Derguini* concernait un enfant de 5 ans ayant subi un dommage et l'arrêt *Lemaire* un mineur de 13 ans, lui aussi victime.

de s'interroger sur son discernement, c'est-à-dire son aptitude à distinguer le bien du mal. Pourtant, il paraît quelque peu excessif de voir dans ces décisions¹ une véritable « objectivation de la faute civile »², comme ont pu l'écrire certains auteurs³. En effet, si cet abandon de la condition d'imputabilité en matière civile, jamais démenti par la suite, permet de s'interroger sur une possible objectivation de la responsabilité civile, il n'en reste pas moins que cette évolution n'est peut-être pas aussi profonde qu'on a pu le penser de prime abord. Bien qu'une faute souvent qualifiée d'« objective » par la doctrine soit aujourd'hui suffisante pour engager la responsabilité civile d'un individu sur le fondement des articles 1382 ou 1383 du Code civil, on doit remarquer que seule *une faute* permet d'engager la responsabilité personnelle d'un individu, non *un simple fait causal* objectivement dommageable ou illicite. En d'autres termes, s'il faut analyser l'article 489-2 du Code civil ainsi que les arrêts *Lemaire* et *Derguini* de 1984 comme participant à une certaine « déculpabilisation » de la faute civile⁴, rompant ainsi avec la notion classique de faute et par conséquent avec les racines morales de la faute, il ne s'agit pas de lui substituer un fait générateur totalement objectif, comme c'est le cas pour certains autres régimes de responsabilité civile⁵.

67 - D'ailleurs, si le droit civil a progressivement abandonné la question de l'imputabilité de la faute en matière de responsabilité du fait personnel, le droit pénal continue, quant à lui, d'exiger l'imputabilité de l'infraction à son auteur. Un individu n'est en effet pénalement responsable que s'il est capable de discernement, c'est-à-dire reconnu apte à comprendre la portée de ses actes. De plus, la majorité des infractions nécessitent de caractériser chez

¹ La lecture de ces décisions est d'ailleurs assez intéressante car si l'Assemblée plénière rejette les différents pourvois, confirmant donc la position des juges du fond, la justification invoquée peut surprendre : selon la Cour, les juges du fond n'étaient « *pas tenus de vérifier si le mineur était capable de discerner les conséquences de son acte* ». Ce motif assez ambigu semble davantage évoquer un problème de preuve qu'une prise de position sur le fond, ce qui permet de relativiser l'interprétation qu'ont proposée certains auteurs, voyant dans ces arrêts la consécration de la faute objective en droit positif qu'ils appelaient de leurs vœux.

² Sur cette question, v. l'analyse approfondie de Raymond LEGEAIS, pour qui la Cour de cassation, dans ces arrêts, « *n'a pas encore pris de parti général, ni en faveur de la conception objective de la faute, ni sur l'indifférence totale du discernement* », *Le mineur et la responsabilité civile, À la recherche de la véritable portée des arrêts de l'Assemblée plénière du 9 mai 1984*, in Mélanges CORNU, 1994, p. 253 et s., spé. p. 263-264.

³ V. par ex. H. MAZEAUD, *La « faute objective » et la responsabilité sans faute*, D. 1985, chron. 13.

⁴ V. les conclusions de J. CABANNES, *op. cit.*, p. 527.

⁵ V. *supra* n° 57 et s.

l'auteur un certain état d'esprit souvent explicitement exigé par le texte d'incrimination et que le juge pénal doit donc caractériser au titre de l'élément moral de l'infraction. La tâche du juge pénal est donc plus complexe que celle du juge civil car elle implique une véritable investigation psychologique puisque le juge répressif doit prouver non seulement une faute de la part du délinquant mais aussi l'imputabilité de celle-ci¹, même s'il est courant de recourir dans ce domaine à des experts professionnels (psychologues ou psychiatres) qui établiront ou non le discernement d'un individu dont la santé mentale paraît douteuse. Le caractère indispensable de cet élément moral complétant l'élément matériel de celle-ci, explique d'ailleurs l'importance capitale que revêt le caractère intentionnel ou non du comportement², *summa divisio* de la faute pénale, reconnue et consacrée depuis des siècles³.

68 - On considère ainsi que c'est la loi des XII Tables qui a posé pour la première fois le principe d'une répression subjective en distinguant la faute volontaire de la faute involontaire et en prévoyant des sanctions différentes en fonction de l'état d'esprit du délinquant, voire en ne sanctionnant certains comportements que lorsqu'ils ont été commis avec une véritable volonté coupable, comme le vol, le faux témoignage, etc. Mais c'est au II^e siècle après Jésus-Christ, sous le règne d'Hadrien, que la nécessité d'un élément psychologique sera réellement affirmée par le droit romain puisque des rescrits impériaux spécifient qu'en matière criminelle on doit regarder la volonté de l'auteur, non le résultat de son acte (« *in maleficiis voluntas*

¹ Que l'on choisisse d'ailleurs de faire de l'imputabilité une donnée extérieure à la faute ou une composante de celle-ci, l'engagement de la responsabilité d'un individu nécessite pour le juge de statuer sur l'existence d'une faute et de vérifier, le cas échéant, qu'aucune cause de non-imputabilité n'exonère l'auteur de sa responsabilité. Pour une démonstration de l'extériorité de l'imputabilité, v. *supra* n° 239 et s.

² Cette distinction entre infraction intentionnelle et infraction d'imprudence emporte ainsi de nombreuses conséquences tant en matière de fond, qu'en matière de preuve. Aussi, les crimes sont toujours intentionnels, les délits aussi par principe, sauf lorsque la loi prévoit le contraire (art. 121-3, al. 1 et 3 du Code pénal). De plus, certains concepts du droit pénal ne sont pas compatibles avec tous les types d'infraction : la tentative est, par définition, incompatible avec les infractions non intentionnelles, faute de pouvoir caractériser l'intention de parvenir au résultat légal de l'infraction ; la complicité théoriquement possible en matière d'imprudence reste en pratique complexe à caractériser du fait de la difficulté de prouver la volonté du complice de s'associer à l'imprudence... Au contraire, si l'erreur de fait permet généralement de prouver l'imprudence de l'auteur d'une infraction non intentionnelle, elle peut en revanche faire disparaître l'infraction intentionnelle. Enfin, on doit signaler que la loi du 10 juillet 2000 a mis en place un système original en soumettant la responsabilité pénale de « l'auteur indirect » d'une infraction d'imprudence à la commission d'une faute qualifiée, créant en quelque sorte une immunité de l'auteur indirect en cas de faute d'imprudence simple.

³ A l'origine, le droit romain distinguait en effet le *dolus*, impliquant l'intention de nuire et la *culpa*, volonté de commettre un acte sans pour autant avoir voulu les conséquences dommageables de celui-ci.

spectatur, non exitus »¹), l'empereur précisant même qu'une infraction criminelle se définit d'abord par l'intention de son auteur (*voluntas*) non par son seul élément matériel (*exitus*). Aujourd'hui encore, on retrouve cette exigence, le Conseil constitutionnel ayant ainsi consacré le principe selon lequel toute incrimination doit comporter, en matière criminelle et correctionnelle, un élément moral, c'est-à-dire une intention ou une imprudence de l'auteur dans une décision du 16 juin 1999². Il donne ainsi valeur constitutionnelle au dispositif législatif mis en place dès 1992³ afin de faire disparaître ce qu'on appelait sous l'ancien Code pénal les infractions matérielles, réputées constituées par la simple commission de l'acte matériel sans référence à une quelconque culpabilité de l'auteur des faits ou imputabilité de l'infraction à celui-ci.

69 - Incompatible avec cette nécessité d'un élément psychologique, une définition objective de l'infraction semblerait par ailleurs incompatible avec la dimension morale du droit pénal. En effet, si la faute civile a pu être définie de manière objective par faveur pour la victime, la notion d'infraction, quant à elle, possède une forte connotation morale du fait notamment de la possibilité de prononcer à l'encontre du responsable une sanction pénale ayant une fonction punitive et rétributive que l'on ne retrouve pas en droit civil, ce dernier visant classiquement la réparation du dommage subi par la victime⁴. C'est précisément cette

¹ Rapporté par Callistrate, *Digeste* 48, 8, 14.

² C.C. 16 juin 1999 : D. 1999, 589, note Y. MAYAUD : « *Considérant, en deuxième lieu, qu'il résulte de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, s'agissant des crimes et délits, que la culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'actes pénalement sanctionnés ; qu'en conséquence, et conformément aux dispositions combinées de l'article 9 précité et du principe de légalité des délits et des peines affirmé par l'article 8 de la même Déclaration, la définition d'une incrimination, en matière délictuelle, doit inclure, outre l'élément matériel de l'infraction, l'élément moral, intentionnel ou non, de celle-ci* » (§ 16 de la décision précitée). Cette référence à la seule matière délictuelle dans la seconde partie de ce paragraphe s'explique par le fait que le Conseil statue en l'espèce sur la constitutionnalité du délit de grand excès de vitesse prévu à l'article L. 4-1 du Code de la route, non par la volonté de limiter ce principe aux seuls délits. Remarquons d'ailleurs que les crimes, par définition intentionnels, obligent par conséquent les juridictions pénales à caractériser une intention de la part de l'auteur, comme le précise expressément l'article 121-3, alinéa 1^{er} du Code pénal. Sur la spécificité des contraventions, v. la note précitée d'Y. MAYAUD, spéc. p. 592 et 593.

³ L'article 121-3 du Code pénal pour les délits prévus par celui-ci et l'article 339 de la loi d'adaptation du 16 déc. 1992 pour les délits réprimés par des textes extérieurs.

⁴ Même si certains éléments du droit civil se rapprochent des finalités répressives du droit pénal : v. par exemple la proposition récente du projet Catala visant à introduire en droit français la notion de dommages-intérêts punitifs (art. 1371 du Code civil). Sur la notion de peine en droit privé, v. la thèse de L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, th. Paris, 1904 et parmi les études récentes sur ce sujet, S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995 et A. JAU, *La notion de peine privée*, LGDJ, 2005.

dimension morale de l'infraction qui explique que l'on exige du délinquant une faculté de discernement et une véritable liberté de vouloir, seuls à même de pouvoir justifier l'imputation d'une infraction à son auteur permettant par la suite de pouvoir lui imposer une sanction pénale. La faute pénale est donc traditionnellement entendue comme une faute subjective à forte coloration morale, hostile à toute conception objective de la faute, difficilement compatible avec les exigences de culpabilité et d'imputabilité du droit pénal¹. On aperçoit ainsi les liens très forts qui unissent les notions de faute, d'imputabilité et de responsabilité pénale expliquant la difficulté de la doctrine à déterminer la place réelle de l'imputabilité².

70 - Les régimes de responsabilité civile et pénale s'opposent donc sur la nécessité de caractériser l'imputabilité de la faute en fonction du discernement et du libre arbitre du fautif : indispensable en matière pénale, l'imputabilité a pu être évincée en matière civile, permettant à certains auteurs de considérer que seule la responsabilité pénale consacre aujourd'hui une véritable conception subjective de la faute³. Toutefois, en opposant de manière trop caricaturale la faute pénale et la faute civile, ces deux théories apparaissent aujourd'hui quelque peu inadaptées au regard de l'évolution moderne du droit de la responsabilité, nous permettant de formuler quelques réserves à l'encontre de ces conceptions classiques de la faute.

§2- Les insuffisances des conceptions classiques de la faute

71 - Une analyse approfondie de ces conceptions classiques nous amène ainsi à rejeter tant la conception objective assimilant illicéité d'un comportement et caractère fautif de celui-ci (A), que la conception subjective qui, en faisant de l'imputabilité de la faute une condition de celle-ci, aboutit à confondre caractérisation et imputation de la faute (B).

¹ C'est d'ailleurs précisément parce qu'ils cherchaient à rompre avec les racines morales de la notion de faute que les partisans de la faute objective ont réclamé (et obtenu) l'abandon de la condition d'imputabilité en matière civile.

² V. *infra* n° 239 et s.

³ La responsabilité civile délictuelle du fait personnel apparaîtrait ainsi comme une responsabilité « subjective », car fondée sur une faute, mais une faute « objective », c'est-à-dire dénuée de la question de son imputabilité.

A – Les critiques de la conception objective de la faute

72 - Deux reproches peuvent être faits à la conception objective de la faute : elle déduit, à tort selon nous, le caractère objectif de la faute de son appréciation et semble d'autre part confondre l'illicéité d'un comportement et le caractère fautif de celui-ci.

73 - Ainsi, MM. H. et L. MAZEAUD justifient le bien-fondé de la conception objective de la faute par le caractère objectif de l'appréciation de la faute par la jurisprudence¹. En effet, pour caractériser une faute, les juges font référence à un modèle de comportement abstrait, celui du bon père de famille, on parle alors d'appréciation *in abstracto*². Il n'y a donc pour ces auteurs aucune raison de s'interroger sur la psychologie du fautif ou sur son état mental, dès lors que son comportement s'éloigne de celui qu'aurait eu dans la même situation le *bonus pater familias*³. Cependant, cette position est doublement contestable car si elle est envisageable dans le cas de la faute d'imprudence, elle est difficilement conciliable avec la faute intentionnelle⁴ qui ne nécessite pour sa part que de caractériser la volonté du résultat en matière pénale ou du dommage, voire la volonté de nuire en matière civile. De plus, elle fait dépendre la question de la définition de la faute de la question nécessairement postérieure de son appréciation. Aussi, si l'on ne peut qu'approuver l'appréciation objective de la faute par la jurisprudence⁵, cela ne préjuge en rien de la définition à donner au concept de faute et plus

¹ V. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, T.1, Montchrestien, 6^e éd., 1965, n° 423 et s.

² Sur le mode d'appréciation de la faute en droit faute civile et pénale, v. notamment : N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, LGDJ, 1965 et V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, th. Bordeaux, 1999.

³ H. et L. MAZEAUD, et A. TUNC, *op. cit.*, n° 423.

⁴ La plupart des auteurs considèrent d'ailleurs que l'appréciation de ce type de faute relèverait alors plutôt dans ce cas d'une appréciation *in concreto*. Cette position est toutefois injustifiée car si la preuve d'une faute intentionnelle impose de caractériser la volonté du résultat, elle ne s'apparente pas à une appréciation *in concreto* qui se définit, rappelons-le, comme une comparaison entre le comportement de l'agent et son comportement habituel. Sur ce point, v. V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, th. Bordeaux, 1999.

⁵ Aboutissant par exemple à rejeter l'irresponsabilité d'un individu pour des motifs qui lui seraient propres tels que son imprudence habituelle, son étourderie, etc.

spécialement de la question de savoir si l'imputabilité est nécessaire pour caractériser une faute¹.

74 - D'autre part et c'est, semble-t-il, le grief le plus important qu'on peut avancer contre la conception objective de la faute, cette théorie semble confondre deux éléments distincts : l'anormalité d'un comportement d'une part et son caractère fautif d'autre part. Assimiler la faute à la violation d'une règle aboutit ainsi à ne pas différencier l'illicite, c'est-à-dire la violation d'une règle, de la faute, entendue comme la violation d'une règle *imputable à un individu*². Il faut pourtant distinguer le comportement simplement illicite du comportement fautif, puisque seul le second est à même d'engager la responsabilité personnelle du fautif. Quel est alors ce contenu supplémentaire, cette « valeur ajoutée » de la faute si l'on peut dire, qui permet à la faute de produire des conséquences juridiques plus importantes que le simple comportement anormal ou illicite³ ? Il semble que la réponse à cette question réside dans le rattachement de la faute à un individu : un comportement abstraitement illicite ne peut en effet constituer une faute ou une infraction que lorsqu'il peut être rattaché à un sujet. Ce lien au sujet apparaît alors comme la première étape indispensable à la caractérisation d'une faute, faisant de celle-ci une notion par définition subjective, puisque nécessairement rattachée à un sujet⁴. Il semble par conséquent assez paradoxal de parler de faute « objective » sans nier le caractère subjectif de celle-ci qui découle de son rattachement indispensable à un individu⁵. Or, en voulant couper la faute de ses racines morales afin de supprimer l'imputabilité en matière civile, les partisans de la faute objective, « *ces syndics à la faillite de la faute* » comme l'écrivait RIPERT⁶, ont « sous-estimé » en quelque sorte l'aspect intrinsèquement

¹ V. ainsi pour la même objection, M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, LGDJ, 1973, n° 57.

² D. DELIYANNIS, *La notion d'acte illicite considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle*, th. Paris, 1952 ; J. DARBELLAY, *Théorie générale de l'illicéité*, th. Fribourg, 1955. Pour une critique de cette définition, H. et L. MAZEAUD, et A. TUNC, *op. cit.*, n° 390.

³ Puisque, comme on l'a vu plus haut, seule une faute permet d'engager la responsabilité du fait personnel fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil.

⁴ V° « Subjectif » : « *Qui a rapport au sujet* », *Le nouveau Littré*, Garnier, 2007.

⁵ Sauf à vouloir conserver le terme de « faute » à tout prix...

⁶ Cité par M. PUECH, *op. cit.*, n° 55, p. 67.

subjectif de celle-ci¹. Si l'on partage donc l'idée qu'une faute peut tout à fait être relevée à l'encontre d'un individu dépourvu de discernement, la faute en tant que manquement à une règle sociale² appelant un jugement de reproche, ne peut cependant pas être détachée de son auteur³, c'est-à-dire de l'individu qui l'a commise, et est donc par essence subjective, comme l'ont d'ailleurs bien compris certains auteurs.

75 - Ainsi, lorsque Mme FABRE-MAGNAN⁴ étudie la notion de faute et ses éléments objectif et subjectif, elle évoque la nécessité de ce qu'elle appelle « *un élément d'imputation* », unique élément subjectif de la faute en matière civile depuis l'abandon de l'imputabilité⁵, ou coexistant avec celle-ci en matière pénale. Il s'agit pour cet auteur de « *rattacher subjectivement [un] acte à [une] personne* » afin de pouvoir caractériser une faute et partant, de pouvoir engager la responsabilité tant civile que pénale du fautif. En d'autres termes, comme l'écrit un autre auteur « *c'est parce que le comportement hypothétiquement illicite est reconnu imputable qu'il devient inconditionnellement illicite* »⁶, distinguant ainsi l'illicéité « *apparente ou hypothétique* » résultant de la transgression d'une norme de conduite, de la « *véritable* » illicéité, c'est-à-dire une illicéité subjective qu'on nommera plutôt « *faute* » afin d'éviter toute confusion. On aperçoit alors l'importance du lien qui unit la faute à son auteur : une faute ne peut être considérée comme telle que lorsqu'elle peut être rattachée à un fautif.

76 - Pourtant, force est de constater le relatif embarras des auteurs lorsqu'il s'agit de différencier cette condition subjective traduisant le rattachement de la faute à son auteur, cette

¹ De la même façon, les partisans d'une définition subjective de la faute perdent de vue la question du rattachement subjectif de la faute à son auteur en limitant l'aspect subjectif de la faute à la seule question de son imputabilité morale à travers le discernement et la liberté de l'auteur.

² Qu'elle soit morale, juridique, etc.

³ Reprenant la définition de la faute proposée par certains auteurs pour qui la faute est un fait illicite imputable à son auteur, Mazeaud rappelle d'ailleurs que le terme « imputable » a étymologiquement deux sens et que « *pris dans son acception exacte, il est synonyme d'attribuable* ». Cependant, cet auteur poursuit en affirmant que ce premier sens ne précise en rien la notion de faute et qu'il n'a seulement pour but de rappeler que la force majeure ou le fait d'un tiers exonèrent le responsable en rompant le lien reliant le fautif et le dommage : H. et L. MAZEAUD, et A. TUNC, *op. cit.*, n° 390.

⁴ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, responsabilité civile et quasi-contrats*, T.2, PUF, 2^e éd., 2010, p. 94 et s.

⁵ Que cet auteur nomme, assez maladroitement, « *l'élément volontaire de la faute* ».

⁶ J. DARBELLAY, *op. cit.*, p. 184.

« *possibilité d'imputation* »¹, de la notion beaucoup plus connue d'imputabilité, généralement définie comme l'aptitude à comprendre la portée de ses actes² et à pouvoir agir librement³. Cette confusion, qu'on ne peut que regretter, est d'ailleurs prégnante chez les partisans de la conception subjective de la faute qui font de l'imputabilité une donnée interne à la faute.

B – Les critiques de la conception subjective de la faute

77 - L'intégration de l'imputabilité au sein de la faute que défendent certains auteurs s'expliquait par la rédaction initiale de l'article 64 du Code pénal qui précisait qu'il n'y avait « *ni crime, ni délit* »⁴ en cas de démence de l'auteur. Selon la doctrine classique, cet article obligeait ainsi le juge pénal à relaxer l'auteur d'un fait objectivement illicite lorsque celui-ci était dépourvu de discernement. Aussi classique soit-elle, cette solution présentait toutefois de sérieux inconvénients. Ainsi, le défaut d'imputabilité lorsqu'il était constaté apparaissait comme un obstacle à la responsabilité personnelle de l'individu⁵ mais aussi à la responsabilité d'un éventuel complice puisque faisait défaut le fait principal punissable indispensable à la répression de la complicité⁶. De plus, cette conception subjective empêchait la victime d'un dommage causé par un individu non discernant par exemple d'obtenir réparation faute de pouvoir prouver une faute⁷. En effet, conformément au principe classique d'unité des fautes

¹ « *On pourrait parler, pour ne pas confondre avec cette notion d'imputabilité, de l'exigence d'une possibilité d'imputation* », M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, *loc. cit.*

² Correspondant au discernement.

³ Correspondant au libre arbitre.

⁴ Règle étendue plus tard aux contraventions.

⁵ Ce qui est précisément le but de l'imputabilité, faire obstacle au jeu normal des règles de responsabilité en fonction d'aptitudes personnelles incompatibles avec la responsabilité et plus précisément ses conséquences.

⁶ Et ce même dans l'hypothèse où le complice, conscient du défaut de discernement de l'auteur principal, a en réalité profité de cette faiblesse pour lui faire commettre l'infraction, sauf infraction spéciale prévoyant l'incrimination d'un tel comportement : ex. de la provocation d'un mineur à commettre un crime ou un délit (art. 227-21 du Code pénal), applicable même si l'acte du mineur ne lui est pas imputable faute d'une faculté de discernement de celui-ci. Plus généralement en vertu de la théorie de l'auteur moral, la jurisprudence considère parfois le complice comme le véritable auteur de l'infraction, l'auteur principal n'apparaissant en réalité que comme un instrument passif aux mains du prétendu complice, véritable *auteur moral* de l'infraction. Sur cette notion, v. J. POUYANNE, *L'auteur moral de l'infraction*, th. Bordeaux, 2001.

⁷ Sauf à prévoir un régime spécifique d'indemnisation des victimes de ce type de dommage ou à abandonner la condition d'imputabilité pour engager la responsabilité d'un individu. Hésitant sur la portée à donner à la loi du 3 janvier 1968 concernant les dommages causés par des individus atteints de troubles mentaux, la jurisprudence civile a en 1984 clairement consacré l'abandon général de la condition d'imputabilité en matière de responsabilité civile personnelle pour faute : v. *supra* n° 65 et s.

civile et pénale consacré par l'arrêt *Brochet et Deschamps* du 18 décembre 1912¹, l'absence de faute pénale empêchait traditionnellement le juge civil de reconnaître une faute civile, liant donc de manière contestable irresponsabilité pénale et irresponsabilité civile². Pourtant avec l'abandon de l'imputabilité en matière civile, cette position ne paraît plus refléter les données du droit positif, expliquant ainsi que la majorité des auteurs³ considèrent aujourd'hui l'imputabilité comme une donnée extérieure à la faute.

78 - Si l'on ne peut ainsi qu'approuver le mouvement de « *spiritualisation* »⁴ qu'a connu la responsabilité car il a permis de faire naître le concept d'imputabilité, on peut toutefois regretter le fait qu'il ait, dans le même temps, contribué à brouiller la frontière existant entre la question de la définition de la faute et celle de son imputation. La conception subjective de la faute confond en effet, à notre sens, deux notions distinctes : la caractérisation de la faute qui présuppose un rattachement (abstrait) à un individu et l'imputation (concrète) de la faute à cet individu en fonction des dispositions psychologiques nécessaires à la mise en œuvre de la responsabilité d'un individu. Ainsi, la question de savoir si le comportement d'un individu est fautif relève de la définition de la faute, tandis que la question de savoir si l'on peut concrètement imputer cette faute à son auteur se rapporte à la notion d'imputabilité⁵. Or, en ne

¹ Civ. 18 déc. 1912, *Brochet et Deschamps* : D. 1915, 1, p. 17, note L. S., S. 1914, 1, p. 249, note R.L. MOREL.

² Les inconvénients de cette règle expliquent d'ailleurs que deux exceptions soient tout de même venues tempérer ce principe : une loi du 23 déc. 1980 a modifié l'article 10 du Code de procédure pénale, abandonnant la solidarité des prescriptions civile et pénale (sauf en cas d'action civile engagée devant une juridiction répressive), puis un article 470-1 du Code de procédure pénale a été introduit par la loi 8 juillet 1983, permettant au tribunal correctionnel qui prononce une relaxe, d'allouer, sous certaines conditions, des dommages-intérêts à la partie civile qui le demande. Cette possibilité a par la suite été étendue par la loi du 10 juillet 2000 qui a introduit dans le Code de procédure pénale, un article 4-1 consacrant la dualité des fautes pénales et civiles d'imprudence. Il semble donc que le principe classique dégagé par l'arrêt *Brochet et Deschamps* ne soit plus aujourd'hui applicable qu'à la faute intentionnelle.

³ V. en matière pénale, F. DESPORTES & F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, n° 502 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 22^e éd. 2011, n° 393 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 3^e éd., 2010, n° 220, 316 et 434 ; R. MERLE & A. VITU, *Traité de droit criminel - T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 379, *in fine* et 616 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général* : préc., p. 286. V. en matière civile, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil - Les conditions de la responsabilité civile*, LGDJ, 3^e éd., 2011, n° 444-1 et la démonstration approfondie de l'extériorité de l'imputabilité à la faute dans la thèse consacrée à l'imputabilité de P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, th. Paris II, 1982, n° 226 et s.

⁴ Pour reprendre l'expression de P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 62.

⁵ Question qui dépend des conséquences de la responsabilité puisque, comme on l'a vu plus haut, le concept d'imputabilité dépend de la fonction qu'on assigne à la responsabilité : indispensable en matière de responsabilité pénale, la sanction pénale obéissant à des impératifs sociaux divers comme la rétribution, la prévention de la criminalité, voire la resocialisation du condamné, l'imputabilité n'est en revanche plus exigée en

distinguant pas nettement la caractérisation d'une faute et l'imputation de celle-ci à son auteur, on confond les aptitudes conditionnant ces deux opérations : l'aptitude à commettre une faute ou capacité délictuelle d'une part et l'aptitude à se voir imputer cette faute ou imputabilité d'autre part¹. Il s'agit pourtant de deux aptitudes aux contenus et aux rôles bien distincts².

79 - Il semble par conséquent plus juste d'analyser l'imputabilité non comme un élément de la faute³, mais comme une donnée extérieure à celle-ci, en la reliant à un autre concept, celui de responsabilité. Le défaut d'imputabilité peut alors être analysé comme une cause d'irresponsabilité pénale qui n'empêche cependant pas de pouvoir caractériser une infraction. L'absence de discernement d'un *infans* ou d'un individu atteint de troubles mentaux par exemple, n'apparaît pas alors comme un obstacle à la caractérisation de l'élément moral d'une infraction⁴, ce dernier pouvant être apprécié *in abstracto* indépendamment de la question du discernement. Cette conception plus moderne et réaliste de l'imputabilité est d'ailleurs plus conforme à la rédaction des articles 122-1 et suivants du Code pénal qui se réfèrent tous explicitement à la responsabilité⁵ et permet surtout de justifier certaines solutions du droit positif, notamment le fait que l'on puisse engager la responsabilité civile d'un individu

matière de responsabilité civile, celle-ci ayant pour fonction principale la réparation du préjudice de la victime. Sur cette question, v. *infra* n° 215 et s.

¹ Cette analyse a d'ailleurs donné naissance à des solutions difficilement justifiables. On se souvient ainsi qu'il existait avant le célèbre revirement de jurisprudence de l'Assemblée plénière en 1984 une inégalité entre l'individu atteint de troubles mentaux, responsable civilement du fait de l'introduction en droit positif de l'article 489-2 en 1968 et l'*infans* considéré comme irresponsable du fait de son absence de discernement. Malgré une différence quant à l'origine de l'absence de discernement de l'auteur (trouble mental dans le premier cas et développement intellectuel inachevé dans le second), les auteurs expliquaient difficilement cette inégalité de traitement, *contra* F. WAREMBOURG-AUQUE pour qui la différence de traitement entre l'*infans* et le dément était justifiée par le fait qu'il s'agisse de « deux questions juridiquement distinctes », *Irresponsabilité ou responsabilité civile de l' « infans »*, *RTD Civ.*, 1982, p. 329 et plus spécialement n° 15.

² Comme le prouvera l'étude successive de leur régime, v. *infra* n° 111 et s., pour la capacité délictuelle et n° 280 et s., pour l'imputabilité.

³ Comme le pensent certains auteurs qui définissent alors la faute comme la réunion d'un élément matériel et d'un élément moral, incluant dans ce dernier l'imputabilité : v. notamment R. BERNARDINI, *Droit pénal général*, Gualino, 2003, n° 399 et 401, *in fine* ; Ph. CONTE & P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, n° 351 ; J.-C. SOYER, *Droit pénal et procédure pénale*, LGDJ, 20^e éd., 2008, n° 61 ; A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982, n° 28 et s. V. également J. LEAUTE, *Le rôle de la faute antérieure dans le fondement de la responsabilité pénale*, *D.* 1981, *chron.* p. 295.

⁴ Réduit alors à la seule culpabilité, c'est-à-dire à une faute intentionnelle ou d'imprudence de l'auteur.

⁵ Les articles 122-1, 122-2, 122-3, 122-4, 122-5 et 122-7 du Code pénal débutent tous par la même formule : « N'est pas pénalement responsable la personne qui... ».

pourtant jugé irresponsable pénalement car bénéficiant d'une cause de non-imputabilité¹, ou bien le fait que l'on retienne la responsabilité pénale du complice lorsque l'auteur principal bénéficie d'une relaxe pour défaut d'imputabilité². Indispensable en matière de responsabilité pénale, l'imputabilité n'est donc plus nécessaire en droit civil, permettant ainsi de dissocier les responsabilités pénale et civile d'un même individu. L'auteur d'une faute peut ainsi voir sa responsabilité civile engagée alors même que son irresponsabilité pénale aurait été reconnue pour défaut d'imputabilité.

80 - Si nous nous accordons donc sur la nécessité d'une faute dans les régimes de responsabilité du fait personnel ainsi que sur l'existence d'un élément subjectif coexistant au sein de la faute avec cet élément objectif qu'est l'illicéité, nous pensons toutefois que ce n'est pas de l'imputabilité qu'il s'agit. En effet, si cette dernière a bien un rôle à jouer, c'est lors de l'imputation de cette faute à son auteur supposé, étape nécessairement postérieure à la question de la caractérisation de la faute, justifiant donc l'analyse de l'imputabilité comme une donnée extérieure à la faute³. Cette insuffisance des théories classiques de la faute, qu'elles soient objectives ou subjectives, nous conduit à proposer une nouvelle conception de la faute en y intégrant une donnée subjective nouvelle, la capacité délictuelle.

¹ Du fait de l'abandon en matière civile de cette condition, v. *supra*.

² V. pour un rare exemple de condamnation du complice en dépit du défaut d'imputabilité de l'auteur principal : Trib. corr. Bobigny, 22 nov. 1972 : *Gaz. Pal.* 1972, 2, 890.

³ Pour une démonstration plus approfondie de l'extériorité de l'imputabilité à l'égard de la faute, v. *infra* n° 239 et s.

Section 2 :

L'admission possible de la notion de capacité délictuelle

81 - Dès lors que l'on admet, comme on vient de le voir, que la faute comporte une irréductible part subjective et qu'il ne s'agit pas de l'imputabilité, on doit alors s'interroger sur la véritable nature de cette dimension subjective. Plus que l'imputabilité, c'est la capacité délictuelle c'est-à-dire l'aptitude d'un individu à commettre une faute qui contribue à donner à la faute cette indispensable dimension subjective. Si l'existence d'un élément subjectif intrinsèque à la notion de faute semble admis par la majorité de la doctrine actuelle, aucun auteur n'a pourtant étudié cet élément subjectif en le reliant à la notion de capacité et *a fortiori* de capacité pénale. Notre analyse supposera donc de soigneusement définir la notion de capacité délictuelle afin non seulement de démontrer le bien-fondé de cette analyse mais aussi de distinguer la capacité délictuelle de l'imputabilité.

82 - Malgré ce rôle fondamental, la capacité délictuelle reste une notion négligée par la doctrine. Relativement peu étudiée en matière pénale¹, elle est généralement appréhendée en matière civile par le biais de son contraire — l'incapacité délictuelle — pour exprimer l'inaptitude de certains individus à commettre une faute, spécialement les très jeunes enfants². Comment justifier ce silence doctrinal ? Bien que le faible nombre d'hypothèses pratiques d'incapacité délictuelle soit à même d'expliquer le désintérêt des auteurs, ce dernier provient selon nous plutôt du fait que la capacité pénale, dont la capacité délictuelle est le premier élément, n'est finalement que la traduction en matière pénale de la notion juridique de

¹ On trouve toutefois l'idée d'une aptitude à l'infraction chez MM. MERLE et VITU au sujet des personnes morales : « *La personne morale est parfaitement capable de volonté [...] cette volonté collective est capable de commettre des fautes, tout autant que la volonté individuelle* », utilisant même expressément l'expression de « *capacité délictuelle* » lorsqu'ils s'interrogent sur le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales : « *Pourquoi, en effet, limiter la capacité délictuelle de la personne morale au domaine restreint des attributions fonctionnelles de l'organe qui a agi ?* », R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel - T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 638 et n° 647.

² V. J. CARBONNIER, *Droit civil - T.1 Les personnes: personnalité, incapacités, personnes morales*, PUF, 21^e éd., 2000, n° 224 et s., qui évoque la capacité délictuelle de l'enfant en droit civil et en droit pénal et la distingue de la notion d'imputabilité ; H. et L. MAZEAUD, et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle, T.1*, Montchrestien, 6^e éd., 1965, n° 410 et n° 459 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit Civil - Les personnes, les incapacités*, Defrénois, 3^e éd., 2007, n° 607 ; Ph. CONTE, *Rép. Civ.*, v^{is} « *Responsabilité du fait personnel* », n° 33.

capacité. Or, la règle fondamentale dominant tout le droit des incapacités reste que la capacité est le principe et l'incapacité l'exception¹, le droit n'intervenant donc que pour limiter de manière exceptionnelle la capacité de certains individus². Cette règle classique expliquerait donc que la doctrine ne s'intéresse à la notion de capacité délictuelle que de manière indirecte par le biais des hypothèses d'incapacité délictuelle.

83 - Par conséquent et conformément à cette règle, nous étudierons dans un premier temps les différentes hypothèses d'incapacité délictuelle (§ 1), avant de pouvoir proposer une définition positive de celle-ci (§ 2).

§1- La définition négative de la capacité délictuelle

84 - Si l'on ne trouve dans la doctrine française que quelques développements relatifs à la notion d'incapacité délictuelle (B), le droit comparé nous offre en revanche quelques exemples de systèmes juridiques consacrant l'incapacité délictuelle (A).

A – L'incapacité délictuelle en droit comparé

85 - Historiquement, c'est en droit romain qu'on trouve, semble-t-il, les premières hypothèses d'incapacité délictuelle, tranchant ainsi avec la majorité des systèmes juridiques primitifs qui reconnaissaient, du fait d'une définition très objective de la faute, la capacité délictuelle – et par suite la responsabilité – des êtres humains mais aussi des animaux, des cadavres ou des choses³. Le droit romain considérait ainsi que les enfants qui n'avaient pas atteint l'âge de la puberté étaient dépourvus de ce que les Romains nommaient la « *capacité de fait* »⁴, indispensable à un individu pour exercer les droits que la loi lui reconnaît et pour

¹ « Toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi », art. 1123 du Code civil.

² Comme l'écrit un auteur, « *la capacité, c'est en quelque sorte la situation de fait dont bénéficie celui qui a réussi à rester en dehors du champ d'application des règles restrictives de l'autonomie personnelle* », C. ATIAS, *Les personnes - Les incapacités*, PUF, 1985, n° 82.

³ V. *supra* n° 17.

⁴ *Institutes*, 1, 13-27 et *Digeste* 26-27. V. le chapitre consacré par P. F. GIRARD à la notion de « *capacité de fait* », dans son *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, 8^e édition, 2003, p. 216 et s. V. enfin la thèse de F. BETAILLOLE-GONTHIER, *La capacité naturelle*, th. Bordeaux, 1999.

s'obliger. Du fait de cette incapacité naturelle reflétant leur inaptitude à comprendre et à vouloir leurs actes¹, les mineurs impubères (ainsi d'ailleurs que les aliénés ou *furiosi*) étaient considérés comme irresponsables aussi bien civilement que pénalement. Derrière l'apparente simplicité de ce système, le droit romain classique distinguait en réalité plusieurs stades au sein de l'impuberté. L'*infans*² était considéré comme *doli incapax*, c'est-à-dire incapable de commettre de faute quelle qu'elle soit et bénéficiait par conséquent d'une totale irresponsabilité aussi bien en matière civile qu'en matière pénale. On assimilait à cette première catégorie d'impubères, les *infantiae proximi*, enfants sortis de l'*infantia* mais dont l'âge restait assez proche de celui des *infantes*, justifiant là encore leur incapacité délictuelle, au moins en matière pénale³. En revanche, les autres impubères, bien qu'incapables partiellement en matière contractuelle⁴ étaient considérés par le droit romain comme *doli capax*, même si depuis la loi des XII Tables, des atténuations de peines étaient prévues pour certains délits⁵. Seuls les mineurs ayant atteint l'âge de raison caractérisant la fin de l'enfance⁶ étaient donc considérés comme ayant une intelligence et une volonté suffisantes pour s'obliger par leur délit, jouissant ainsi d'une capacité délictuelle entière analogue à celle des majeurs. Remarquons tout de même que ces règles connaissaient quelques exceptions. Ainsi, la maxime « *malitia supplet aetatem* » permettait de contourner ces seuils traditionnels d'incapacités lorsque le comportement du mineur par exemple prouvait son intelligence, c'est-à-dire sa capacité de fait, donc son aptitude à s'obliger. A l'inverse, malgré la présomption de capacité délictuelle pesant sur le *pubertati proximi*, la preuve contraire restait

¹ « La capacité de fait suppose une personne ayant une volonté, susceptible de comprendre les conséquences et la portée de ses actes. Elle fait défaut totalement à ceux qui n'ont pas de volonté, à qui l'intelligence manque entièrement, partiellement à ceux qui, tout en ayant une intelligence et une volonté, ne sont pas susceptibles de se rendre compte des conséquences et de la portée de leurs actes. », P. F. GIRARD, *op.cit.*, p. 216.

² Ce terme renvoyait à celui « *qui fari non potest* », littéralement « celui qui ne sait pas parler », ou plus précisément selon J. CARBONNIER, celui qui peut parler sans toujours parler raisonnablement, J. CARBONNIER, *Droit civil - T.1 Les personnes: personnalité, incapacités, personnes morales*, PUF, 21^e éd., 2000, p. 201.

³ Il semblerait en effet qu'en matière civile, la catégorie des *infantiae proximi* ait assez vite suivi le régime des autres impubères, v. P. F. GIRARD citant Gaius, *op.cit.*, p. 218, note 3.

⁴ Puisque seuls les actes pouvant améliorer leur condition (acquisition d'un droit réel, d'un droit de créance) leur sont autorisés.

⁵ En cas de vol manifeste par exemple, l'impubère pouvait être condamné à une réparation pécuniaire et à une correction « *selon l'arbitrage du prêteur* », échappant ainsi à l'*addictio* ou à la projection du haut de la roche tarpéienne habituellement prévus pour ce délit.

⁶ Notamment les *pubertati proximi*, c'est-à-dire les mineurs proches de l'âge de la puberté, fixée à 14 ans par Justinien.

possible¹. Enfin, certaines infractions supposant un état d'esprit particulier ne pouvaient être commises par un impubère², consacrant en quelque sorte une incapacité délictuelle spéciale venant compléter l'incapacité générale de principe de l'impubère. Le droit romain connaissait donc la notion d'incapacité délictuelle et avait d'ailleurs mis en place un véritable régime d'irresponsabilité fondée sur celle-ci³.

86 - On trouve encore aujourd'hui quelques références à la notion d'incapacité délictuelle en droit comparé, certains droits étrangers se référant d'ailleurs explicitement à la notion d'incapacité délictuelle telle que la connaissait le droit romain. Citons par exemple le droit allemand⁴ ainsi que les droits de *common law*, ces derniers ayant pour la plupart conservé la terminologie latine *doli incapax* pour exprimer le fait que les enfants en dessous d'un certain âge sont mentalement incapables de former une intention criminelle et par conséquent de commettre une infraction⁵. Cette règle est souvent à l'origine d'une présomption d'incapacité délictuelle, irréfragable au-dessous d'un certain âge et réfragable au-delà. C'est le cas notamment du droit anglais⁶, du droit australien⁷ ou du droit canadien⁸. Il faut toutefois

¹ Contra J. M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 2^e éd., 2006, p. 52, pour qui l'impubère jouissait au contraire « d'une sorte de présomption d'innocence – au sens étymologique du mot : incapacité de nuire, nocere ». Mais comme le concède l'auteur, il ne s'agit que d'une présomption simple que le juge pouvait renverser en prouvant que l'impubère était *doli capax*, au moment des faits.

² Ainsi du faux qui exigeait une intention mauvaise supposée incompatible avec le jeune âge : *Digeste*, 48, 10, 22 pr.

³ On peut d'ailleurs rapprocher ce qui précède de la situation des personnes morales en droit français, en rappelant que pendant longtemps le droit français s'est montré assez hostile à la reconnaissance d'une quelconque capacité délictuelle des personnes morales et donc à l'admission de leur responsabilité pénale. Ainsi, se fondant sur l'adage romain selon lequel *societas delinquere non potest*, la doctrine enseignait classiquement que les personnes morales, bien que reconnues capables civilement (tant en matière contractuelle, que délictuelle) restaient irresponsables du fait d'une véritable incapacité délictuelle en matière pénale.

⁴ Le droit germanique distingue ainsi l'aptitude à commettre un délit : *deliktsfähigkeit* (de *delikt* : le délit et de *fähigkeit* : la capacité, équivalent en matière délictuelle de la capacité contractuelle ou *geschäftsfähigkeit*) et l'aptitude à se voir imputer un acte délictueux : *zurechnungsfähigkeit*.

⁵ Obéissant ainsi à la Convention internationale des droits de l'enfant qui invite les Etats à « établir un âge minimum au-dessous duquel les enfants seront présumés n'avoir pas la capacité d'enfreindre la loi pénale » (Article 40 3°).

⁶ « *The doli incapax rule conclusively presumes that a child less than ten years old cannot be held legally responsible for their actions, and so cannot be convicted for committing a criminal offence* », ce qui aboutit à reconnaître ce qu'on pourrait traduire par une « incapacité criminelle » du mineur de moins de dix ans.

⁷ L'âge limite étant, là aussi, fixé à 10 ans, au-delà, le mineur ne bénéficie plus que d'une présomption simple d'incapacité délictuelle.

⁸ « Nul ne doit être déclaré coupable d'une infraction à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part lorsqu'il était âgé de moins de douze ans », article 13 du Code criminel canadien. Notons que le droit pénal canadien retenait auparavant l'âge de sept ans et était rédigé de la sorte : « Nul ne doit être déclaré coupable d'une

remarquer que si la terminologie romaine de « *doli incapax* » a été conservée, le sens qu'il faut généralement lui donner est plus large qu'en droit romain, puisque cette notion rassemble en réalité toutes les facultés nécessaires à la responsabilité d'un individu, non plus simplement celles qui sont indispensables à l'infraction et plus précisément à son élément moral. En effet, lorsque la présomption d'incapacité délictuelle est réfragable, elle peut être renversée en prouvant que le mineur était capable au moment des faits « de comprendre la nature et les conséquences de sa conduite », preuve de son aptitude à l'infraction ou capacité délictuelle *stricto sensu*, mais également « de juger qu'il agissait mal », preuve de son discernement, c'est-à-dire de son aptitude à se voir imputer l'infraction donc à répondre de celle-ci. Être *doli capax* signifie donc pour ces droits étrangers être capable à l'infraction mais aussi à l'imputation de celle-ci, c'est-à-dire à être capable d'engager sa responsabilité pénale¹. On observe ainsi le glissement sémantique qui s'est progressivement opéré entre la notion de capacité délictuelle qui désignait à l'origine l'aptitude à la faute, aussi bien civile que pénale, et qui est aujourd'hui utilisée pour exprimer l'aptitude à engager sa responsabilité pénale.

87 - Une fois retracée l'évolution de cette notion d'incapacité délictuelle dont le contenu a varié au cours des siècles et après avoir vu que certaines législations continuent de s'y référer, il nous faut à présent étudier la place qu'elle occupe en droit français.

B – La notion d'incapacité délictuelle en droit français

88 - Si peu d'auteurs évoquent directement la notion de capacité délictuelle, permettant ainsi de mettre en doute la pertinence voire l'utilité d'une telle notion, on peut tout de même remarquer que certains l'évoquent indirectement lorsqu'ils étudient la notion de faute. En effet, la majorité de la doctrine s'accorde pour reconnaître que la faute, qu'elle soit

infraction à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part lorsqu'il était âgé de sept ans ou plus, mais de moins de quatorze ans, à moins qu'il ne fut en état de comprendre la nature et les conséquences de sa conduite et de juger qu'il agissait mal ».

¹ Certains auteurs désignent d'ailleurs cette aptitude à la responsabilité du mineur par l'expression de « *capacité pénale* », plus large que celle de capacité délictuelle : v. par exemple en droit pénal canadien, J. FORTIN et L. VIAU, *Traité de Droit pénal général*, Montréal, Thémis Inc., 1982, p. 169 à 173. Sur les différentes significations de ce terme, v. *supra* n° 14 et 15.

intentionnelle (1) ou non intentionnelle¹ (2), suppose chez le fautif certaines facultés intellectuelles indispensables qui, lorsqu'elles font défaut, empêchent la constitution d'une faute.

1 – Incapacité délictuelle et faute intentionnelle

89 - La plupart des auteurs admettent ainsi que le très jeune enfant est incapable de commettre ce type de faute du fait de l'impossibilité de caractériser chez lui le degré minimum de conscience et de volonté indispensables à ce type de faute. En effet, selon un auteur, l'enfant très jeune « *n'est pas en mesure d'agir avec la volonté de causer un dommage, ni même (si l'on prend le mot " intention " dans son acception la plus large) avec la connaissance claire et précise du danger qu'il fait courir aux tiers : il ne comprend pas la portée de ses actes et sa culpabilité ne peut, en aucune façon, être retenue sur le terrain délictuel* »².

90 - La même conclusion s'impose d'ailleurs pour les individus majeurs et sains d'esprit lorsqu'un événement ou une maladie les prive de cette même faculté de comprendre et de vouloir. En effet, « *les fautes dont la définition même implique un élément subjectif, notamment la faute inexcusable et la faute intentionnelle ou dolosive, seront toujours rebelles par nature [à l'aliéné]* »³. Même si les exemples sont assez rares en pratique¹, il s'agit bien ici

¹ On laissera de côté l'ancienne catégorie des fautes contraventionnelles aussi appelées fautes normatives qu'on a longtemps considérées comme dénuées d'élément moral puisqu'elles ont été supprimées par l'article 121-3 du Code pénal (pour les délits prévus par celui-ci) et 339 de la loi d'adaptation du 16 déc. 1992 (pour les délits réprimés par des textes extérieurs). Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs consacré par la suite le principe selon lequel toute incrimination doit comporter, en matière délictuelle, un élément moral, c'est-à-dire une intention ou une imprudence de l'auteur, D.C. 16 juin 1999 : *D.* 1999, 589, note Y. MAYAUD. Sur cette question et plus spécialement sur la nécessité de caractériser l'intelligence et la volonté de l'auteur d'une faute contraventionnelle, v. *infra* 146, note 1.

² X. BLANC-JOUVAN, *La responsabilité de l'infans*, *RTD Civ.* 1957, n°4, p. 33. Dans le même sens : « *un infans n'est pas susceptible de perpétrer une faute délictuelle* », F. WAREMBOURG-AUQUE, *Irresponsabilité ou responsabilité civile de l'« infans »*, *RTD Civ.* 1982, p. 329 ; « *l'enfant en bas âge ne peut à l'évidence se rendre coupable [d'une faute intentionnelle]* », J. MASSIP, note sous *Civ.* 2°, 28 fév. 1996, *D.* 1996, p. 602. V. enfin, H. et L. MAZEAUD, et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle, T.1*, Montchretien, 6^e éd., 1965, n° 410 et J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations - Le fait juridique, T.2*, Sirey, 13^e éd., 2009, n° 329, p. 309.

³ G. VINEY, *Réflexions sur l'article 489-2 du Code civil*, *RTD Civ.* 1970, p. 264. Cet auteur poursuit en écrivant que « *chaque fois en effet qu'une règle de responsabilité est subordonnée à la preuve d'une faute dans la*

d'hypothèses d'incapacité délictuelle traduisant l'impossibilité naturelle de certains individus de commettre une faute intentionnelle, du fait de l'absence ou de l'insuffisance des facultés mentales indispensables à la commission de ce type de faute. Ainsi, si le droit français n'évoque jamais explicitement la question de la capacité délictuelle², il n'en demeure pas moins qu'en exigeant parfois une faute intentionnelle pour engager la responsabilité personnelle d'un individu qu'elle soit civile ou pénale, il reconnaît par là même une certaine « incapacité de fait » touchant les individus inaptes à commettre une telle faute. On peut donc admettre qu'il existerait une incapacité générale à l'infraction intentionnelle touchant certains individus³, faute de pouvoir caractériser chez eux l'élément moral indispensable aux infractions intentionnelles, c'est-à-dire la volonté du résultat prévu par le texte d'incrimination.

91 - De la même façon, il faut reconnaître qu'existent, à côté de cette incapacité générale à l'infraction intentionnelle ne touchant que de rares individus, des incapacités spéciales qui ne concernent que certaines infractions en fonction de la complexité de l'élément moral exigé. On peut ainsi citer l'arrêt du 19 décembre 1993⁴ par lequel la Cour de cassation a rejeté la qualification de viol retenue par la Cour d'appel de Lyon à l'encontre de deux jeunes mineurs qui en avaient attiré un troisième dans un bois, l'avaient contraint à se dénuder, puis l'avaient frappé à plusieurs reprises et lui avaient introduit un bâton dans l'anus pour lui extorquer des fonds, préférant opter pour la qualification de tentative d'extorsion de fonds accompagnés de

définition de laquelle entre nécessairement un élément de "conscience" ou de "volonté", l'appliquer à l'aliéné comme s'il avait été sensé relèverait d'un pur sophisme ». V. également Ph. CONTE pour qui « une personne non imputable ne peut commettre une faute intentionnelle, n'ayant pu désirer un résultat qu'elle n'avait pas la possibilité de prévoir », *Rép. Civ.*, v^{is} « Responsabilité du fait personnel », n° 21.

¹ Le trouble mental ou le jeune âge étant souvent considéré comme privant l'individu non de sa faculté de comprendre ou de vouloir mais plutôt de sa faculté de distinguer le bien du mal, c'est-à-dire de son discernement : v. ainsi l'attendu de principe selon lequel « seul peut commettre une faute grave l'individu capable de discernement » confondant ainsi semble-t-il imputabilité et capacité délictuelle : *Civ. Soc.*, 9 mai 1953 : *Gaz. Pal.* 1953, 2, 118.

² Même l'article 1310 du Code civil, souvent interprété comme le fondement de la capacité délictuelle des mineurs n'évoque que « le délit » ou « quasi-délit » pouvant être commis par un mineur, ce qui est loin d'apparaître comme une véritable consécration de la notion de capacité délictuelle.

³ Très jeunes enfants, individus souffrant d'un trouble mental grave, etc.

⁴ *Crim.* 9 déc. 1993 : *Bull. Crim.*, n° 383 ; *D.* 1995, Somm. p. 138, obs. E. MALBRANCQ ; *D. P.* 1994, chron. n° 26, rapp. L.-M. NIVOSE et n° 31, concl. J. PERFETTI.

tortures et d'actes de barbarie¹ prévue et réprimée par l'article 303, al. 2 du Code pénal en vigueur à l'époque². Au-delà de la réponse de la Cour qui semble motivée par les seules « *circonstances de l'espèce* »³, on peut se demander si un viol peut être commis par des individus très jeunes ou par des personnes atteintes d'un trouble mental les privant de leurs facultés psychologiques. En effet, le viol et, plus largement, les infractions sexuelles supposent chez l'auteur une certaine maturité psychologique et sexuelle aboutissant donc à reconnaître à certains individus une incapacité délictuelle à ce type d'infractions⁴.

92 - On peut ainsi admettre l'existence d'une telle incapacité chaque fois qu'une infraction exige chez son auteur une intelligence suffisante pour comprendre et pouvoir réaliser l'élément moral de celle-ci⁵. Ainsi, si l'on reprend l'exemple de l'arrêt du 9 décembre 1993, la qualification de tentative d'extorsion de fonds accompagnés de tortures et d'actes de barbarie choisie par la Cour de cassation n'a finalement pas été retenue par la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Lyon qui a finalement renvoyé l'affaire devant le tribunal pour enfants sous la qualification de violences avec arme et tentative d'extorsion, rejetant donc la circonstance aggravante d'actes de tortures et de barbarie⁶. En effet, selon la Cour d'appel, l'élément moral de cette circonstance aggravante n'était pas en l'espèce suffisamment caractérisé, puisqu'il « *n'apparaît pas que Y. et X. aient eu la volonté [...] de causer à la victime des souffrances aiguës, ou de nier en elle la dignité de la personne humaine* ». L'élément psychologique de cette circonstance aggravante (ou de l'infraction autonome correspondante⁷) apparaît en effet très complexe puisqu'il traduit une véritable négation du droit au respect de son corps par autrui et semble donc assez difficile, voire

¹ Ce faisant, la Cour de cassation rejette la qualification délictuelle d'attentats à la pudeur avec violences proposée par les parents d'un des jeunes auteurs dans leur pourvoi.

² Aujourd'hui l'article 312-7 du Code pénal.

³ « *La qualification de viol ainsi retenue par la Cour d'appel n'est pas applicable aux circonstances de l'espèce* ».

⁴ Certaines législations étrangères consacrent d'ailleurs cette solution. Ainsi, le droit pénal britannique a considéré jusqu'en 1993, que les garçons de moins de 14 ans étaient incapables de commettre une infraction sexuelle supposant un rapport sexuel comme un viol par exemple, du fait d'une incapacité d'avoir des relations sexuelles, incapacité présumée de manière irréfragable. Cette présomption a toutefois été abolie par le Sexual Act de 1993 (Chapter 30), [en ligne], http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts1993/ukpga_19930030_en_1.

⁵ Comme l'admettait d'ailleurs déjà le droit romain au sujet du faux, cette infraction exigeant un certain état d'esprit supposé incompatible avec le jeune âge : *Digeste*, 48, 10, 22 pr., v. *supra* n° 85.

⁶ Ch. Acc., 19 janv. 1996 : *D.* 1996, p. 258, F.-L. COSTE.

⁷ Art. 222-1 du Code pénal.

impossible, à caractériser chez de jeunes enfants. Aussi, on peut se demander encore une fois si, au-delà des faits de l'espèce, la Cour n'entend pas limiter l'application de cette infraction ou de cette circonstance aggravante à des individus assez matures pour pouvoir comprendre la différence entre des violences « simples » et des actes de torture ou de barbarie, ces derniers supposant comprendre le concept abstrait de dignité humaine protégé par cette incrimination. Le même raisonnement peut ainsi être tenu pour de certaines infractions qui supposent un degré de conscience et d'intelligence minimum du fait notamment de leur gravité ou de la complexité de leur élément moral, ainsi des crimes contre l'humanité ou contre l'espèce humaine¹, ou bien de certaines infractions contre la Nation, l'État et la paix publique prévues au Livre Quatrième du Code pénal².

93 - Il semble donc que certaines infractions dont l'élément moral est assez complexe³, au rang desquelles on trouve principalement des infractions intentionnelles, exigent de pouvoir caractériser chez l'auteur un certain degré d'intelligence et de volonté, support indispensable à l'élément intentionnel de l'infraction. Pour autant, si la notion d'incapacité délictuelle se conçoit aisément en matière de faute intentionnelle, il ne faut pas conclure trop rapidement à l'absence de rôle de celle-ci en matière d'infractions non intentionnelles : en effet l'incapacité délictuelle aboutit parfois aussi à limiter le domaine de la faute d'imprudence.

2 – Incapacité délictuelle et faute non intentionnelle

94 - Ce qui vient d'être observé au sujet de la faute intentionnelle peut en effet être étendu à la faute non intentionnelle, puisque l'insuffisance voire l'absence totale de conscience ou de

¹ Art. 211-1 à 212-3 du Code pénal.

² On peut en effet douter de la capacité d'un très jeune enfant à commettre une des infraction portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation prévues aux articles 410-1 à 414-9 du Code pénal.

³ S'interrogeant sur les liens existants entre la faute et le discernement, un auteur conclut d'ailleurs que la faute civile intentionnelle mais aussi toutes les fautes caractérisées (faute lourde ou la faute inexcusable) nécessitent de caractériser chez l'auteur une certaine conscience, que l'auteur rattache, à tort selon nous, au discernement. Ainsi, selon lui « *le caractère intentionnel implique le discernement* » puisque « *l'inconscience détruit à coup sûr l'idée de malignité* » ; de la même façon pour les fautes caractérisées, parfois qualifiées d'imprudence consciente, « *l'exigence de discernement doit encore s'imposer, quoique la Cour de cassation ne l'entende pas toujours ainsi* » : Ph. JACQUES, note sous Civ. 2^e, 28 fév. 1996 : *Gaz. Pal.* 1997, 1, p. 89. On le voit, ces fautes d'une particulière gravité nécessitent de la part de leur auteur, sinon une véritable faculté de discernement, au moins une certaine conscience, une intelligence minimale pour pouvoir caractériser l'élément psychologique de la faute.

volonté d'un individu empêche, là encore, de pouvoir qualifier son comportement de fautif, la faute d'imprudence présupposant, comme la faute intentionnelle, un certain degré d'intelligence et de volonté de l'auteur¹. Comme le relève un auteur, « *si un infans n'est pas susceptible de perpétrer une faute délictuelle, il n'est guère plus capable de commettre une faute quasi délictuelle, une simple faute ordinaire, car aucune norme de comportement ne s'impose à [lui]* »². POTHIER arrive d'ailleurs à la même conclusion lorsqu'il affirme : « *qu'il n'y a que les personnes qui ont l'usage de la raison qui soient capables de délit et de quasi-délits* »³. Selon lui, les enfants et les aliénés sont donc dépourvus des qualités nécessaires à la caractérisation d'une faute qu'elle soit intentionnelle ou non⁴. Si l'on reconnaît l'inaptitude de l'*infans* ou de l'aliéné du fait de leur développement intellectuel insuffisant ou anormal, il faut semble-t-il retenir la même solution lorsqu'un individu « normal » n'est pas ou n'est plus en mesure de comprendre la portée de ses actes ou d'exercer sa volonté. Un autre auteur, dans une étude consacrée à la capacité pénale reconnaît enfin que « *ni le dément, ni l'enfant ne peuvent recevoir l'impératif ou l'interdiction de la loi, puisqu'ils ne sont pas capables de les comprendre* »⁵.

¹ En ce sens, C. LOMBOIS, *Droit pénal général*, Hachette, Les fondamentaux, 1994, p. 61 : « *Il ne peut y avoir d'infraction, si légère soit-elle, qui ne suppose chez celui qui la commet un minimum de volonté* ». MM. R. MERLE et A. VITU analysent d'ailleurs la faute d'imprudence comme découlant toujours d'une « *faute d'intelligence ou (d') une inertie de la volonté* », prouvant donc *a contrario* que l'intelligence et la volonté, même entendues de manière abstraite et sommaire, sont indispensables à la faute d'imprudence, *Traité de droit criminel - T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 603.

² F. WAREMBOURG-AUQUE, *Irresponsabilité ou responsabilité civile de l'« infans »*, *RTD Civ.* 1982, p. 329 ; *contra* Ph. CONTE, *Rép. Civ.*, v^{is} « *Responsabilité du fait personnel* », n° 21 : « *Lorsqu'un enfant craque une allumette et provoque un incendie, si son jeune âge ne lui a pas permis de vouloir ce résultat, il reste que son comportement est une imprudence fautive* », v. aussi H. et L. MAZEAUD, et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle, T.1*, Montchrestien, 6^e éd., 1965, n° 410 : « *Ceux qui sont privés de raison, l'infans et le fou en dehors d'un intervalle lucide, peuvent-ils commettre une faute délictuelle ? Certainement non [...]. Si faute de conscience de leur part, leur acte n'est pas un délit, il est au moins un quasi-délit dont on verra qu'ils doivent répondre* », v. ainsi, leur étude de la responsabilité des individus privés totalement de raison : *op. cit.*, n° 448 à 475.

³ R. J. POTHIER, *Obligations*, 1781, n° 118.

⁴ « *Si un enfant ou un fou fait quelque chose qui cause du tort à quelqu'un, il n'en résulte aucune obligation de la personne de cet enfant ou de ce fou ; car ce fait n'est ni un délit, ni un quasi délit, puisqu'il ne renferme ni imprudence, ni malignité dont ces sortes de personnes ne sont pas susceptibles* », R. J. POTHIER, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵ M. O. EL FAROUK EL HOSSINI IBRAHIM, *Essai sur la place de la capacité pénale en droit français et en droit égyptien*, th. Lyon, 1981, p. 5.

95 - Si une partie de la doctrine a d'ailleurs pu considérer que l'*infans* ou le fou était susceptible de commettre une faute d'imprudance¹, cette thèse se heurte selon nous à un obstacle pratique : comment apprécier le caractère fautif de l'acte d'un *infans* ou d'un individu dont la conscience ou la volonté est totalement altérée par un trouble mental, permanent ou temporaire ? Puisque l'appréciation de la faute doit se faire *in abstracto* et en raisonnant sur le cas de l'*infans*, deux solutions semblent envisageables. On peut tout d'abord comparer son comportement à celui d'un standard abstrait, le bon père de famille², mais cela aboutit à un non-sens puisque l'enfant, surtout lorsqu'il est très jeune, n'est précisément pas un individu normalement raisonnable³ ce qui conduira à retenir dans la majorité des cas une faute de l'enfant. On peut alors opter pour une seconde méthode et décider de comparer le comportement d'un enfant à celui d'un enfant du même âge, à l'intelligence normalement développée en le plaçant dans les mêmes circonstances⁴, solution que semble avoir choisi la

¹ Ph. CONTE, *op. cit., loc. cit.* ; H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit., loc. cit.*

² V. Y. LAMBERT-FAIVRE, L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance de réparation, *RTD Civ.* 1987, p. 3 : « *La faute civile de l'enfant, voire de l'infans, est appréciée par rapport au paradigme du bonus pater familias adulte* » ; Plus nuancé, Ph. CONTE, reconnaît que si la jurisprudence consacre classiquement une appréciation *in abstracto* qui ne laisse pas de place à l'âge, elle modifie volontiers le prototype de référence qui n'est plus alors le bon père de famille, mais le jeune du même âge convenablement éduqué, intégrant ainsi cette circonstance particulière qu'est l'âge : *op. cit.*, n° 41. V. en ce sens, Civ. 2^e, 30 mai 1956 : *JCP* 1956, II, 9445, note R. RODIERE ; Civ. 2^e, 27 fév. 1974 : *D.* 1974, IR, p. 124 ; Civ. 2^e, 2 juill. 1975 : *Bull. Civ.* II n° 205 ; Civ. 2^e, 31 mars 1978 : *Bull. Civ.* II n° 99 ; Civ. 2^e, 27 févr. 1991 : *Bull. Civ.* II n° 69. Sur ce point, v. aussi N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, LGDJ, 1965, n° 27 et V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, th. Bordeaux, 1999, n° 466.

³ Un auteur, bien que favorable à une conception objective de la faute reconnaît ainsi l'artificialité de cette appréciation abstraite de la faute : « *Etant pourtant convaincu des qualités de la faute objective, nous devons reconnaître qu'ici se manifeste toute la difficulté de transposer intellectuellement un modèle adulte dans une situation où il ne peut se trouver* » et d'ajouter « *c'est là que ce principe prend un tour artificiel [...] car un adulte n'aurait pas adopté pareil comportement [...] il est certain qu'un bon père de famille n'avale pas d'eau de javel !* », Ph. JACQUES, note sous Civ. 2^e, 28 fév. 1996 : *Gaz. Pal.* 1997, 1, p. 89. Opinion partagée par un autre auteur qui évoque l'hypothèse farfelue du bon père de famille jouant avec des allumettes ou avec un arc et des flèches, F. WAREMBOURG-AUQUE, *op. cit.*, n° 13.

⁴ *Contra* N. DEJEAN DE LA BÂTIE, pour qui, l'appréciation de l'illicéité doit se faire *in abstracto*, les particularités psychologiques (telles que l'immaturation due à l'âge par exemple) ne pouvant être prises en compte qu'au stade de l'imputation de l'infraction, l'imputabilité s'appréciant *in concreto* : « *La détermination des normes de prudence et de diligence, si elle s'opère en tenant compte des facultés humaines de raisonnement se fait pourtant sans que l'on ait égard aux aptitudes intellectuelles et morales du sujet dont on qualifie l'attitude* », « *il en résulte que, ordinairement la prise en considération de la personne de l'agent est préconisée, non pas à propos de la détermination des règles de conduite, mais sur le terrain de l'imputabilité, considérée comme un élément particulier de la faute* », N. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 22 et s., spéc. n° 24 et 27. Apparemment en contradiction totale avec notre position, cette thèse n'est pourtant pas aussi incompatible qu'il n'y paraît avec nos développements. Ainsi, si l'on admet aux côtés de M. DEJEAN DE LA BÂTIE que l'illicéité peut effectivement s'apprécier de manière abstraite et objective, sans référence à l'individu, il faut toutefois reconnaître que la faute reste une notion subjective qui nécessite par conséquent de prendre en compte certaines

jurisprudence plus récente¹. Or, si ce raisonnement paraît juridiquement fondé, il se heurte à une objection pratique.

96 - Il semble en effet difficile de justifier l'illicéité de la conduite d'un très jeune enfant dans la mesure où, comme l'ont démontrés les travaux de la psychologie infantile², les premières années de la vie sont dictées par des règles purement égocentriques et individuelles empêchant donc l'enfant d'intégrer les normes sociales de comportement avant l'âge de 6 ou 7 ans environ. Ce n'est en effet qu'à partir de cet âge, que l'enfant commence à acquérir un certain conformisme et devient alors capable d'apprécier la portée de ses actes et de régler sa conduite sur celle qu'on attend de lui³. Il semble donc que parler de « faute » avant cet âge, souvent dénommé âge de raison, soit scientifiquement et juridiquement incorrect. Un auteur considère d'ailleurs que la comparaison doit se faire avec des enfants raisonnables, c'est-à-dire dotés du « *degré minimum de ce que l'on peut tenir pour rationnel* ». Si l'on s'accorde avec cette position, il faut alors admettre que l'on ne peut juger que les individus ayant atteint ce degré minimum de raison puisque la solution contraire aboutirait à considérer comme fautif l'absence de raison due à l'immaturation naturelle du jeune enfant. De la même façon, il faut envisager que certaines pathologies mentales profondes soient à même de priver, même temporairement, un individu de sa faculté de comprendre ou de vouloir empêchant là encore de qualifier son comportement de fautif, consacrant par là même son incapacité délictuelle⁴.

aptitudes intellectuelles de l'auteur. Il suffit alors pour résoudre cette apparente contradiction de se référer à la distinction évoquée précédemment entre le fait simplement illicite et le fait fautif, distinction qui apparaît d'ailleurs expressément sous la plume de cet auteur lorsqu'il conclut au sujet de la faute de l'enfant que si « *l'irréflexion, l'étourderie ou l'ignorance d'un enfant est normale et naturelle compte tenu de son âge, elle n'en constitue pas moins une imprudence, par laquelle la faute se trouve réalisée au moins dans son élément matériel (c'est-à-dire, en d'autres termes, un acte illicite)* », ce qui semble confirmer que le raisonnement de cet auteur s'applique plus au jugement d'illicéité (qu'il identifie comme l'élément « matériel » de la faute) qu'à l'élément moral de celle-ci, la faute *stricto sensu*.

¹ Civ. 2^e, 6 févr. 1974 : *Bull. Civ.* II n° 54 ; Civ. 2^e, 29 avr. 1976 : *JCP* 1978, II, 18793, note N. DEJEAN DE LA BATIE ; *RTD Civ.* 1977, 130, obs. G. DURRY ; Civ. 1^e, 7 mars 1989 : *Bull. Civ.* n° 116, *JCP* 1990, II, 21403, note N. DEJEAN DE LA BATIE ; Civ. 2^e, 4 juill. 1990 : *Bull. Civ.* n° 167, *RTD Civ.* 1991, p. 123, note P. JOURDAIN.

² J. PIAGET, *Le jugement moral chez l'enfant*, PUF, 9^e éd., 2000.

³ J. PIAGET, *op. cit.*, pp. 154-155.

⁴ Il est nécessaire de bien comprendre qu'il s'agit alors d'incapacité délictuelle à l'infraction, non d'une simple irresponsabilité pénale due à une cause de non-imputabilité, cette dernière empêchant seulement l'imputation de l'infraction, non la caractérisation même de l'infraction, v. *infra* n° 137.

97 - En conséquence, il semble que l'âge ainsi que certaines pathologies mentales profondes ou certaines situations exceptionnelles puissent priver un individu, au moins temporairement, de son aptitude à commettre tant une faute intentionnelle qu'une faute d'imprudence¹. Aussi, une fois exposées ces différentes hypothèses d'incapacité délictuelle en droit français, il reste alors à se demander ce que recouvre exactement la notion de capacité délictuelle, celle-ci apparaissant comme une condition *sine qua non* de la faute, expliquant qu'en son absence on ne puisse pas parler de faute mais d'acte illicite, voire d'événement².

§2- La définition positive de la capacité délictuelle

98 - Si la notion de capacité délictuelle est connue des civilistes qui la rapprochent toutefois souvent de la condition d'imputabilité de la faute³, il règne en droit pénal un silence assez mystérieux sur cette notion. On peut regretter, aux côtés d'un auteur⁴, que la doctrine pénale ait quelque peu « *sous-estimé le rôle de la capacité pénale* », spécialement de sa première composante, la capacité délictuelle. Il faut toutefois nuancer ce constat assez pessimiste en notant que la jurisprudence, malgré le relatif silence de la doctrine, a donné à la notion de capacité délictuelle une définition précise et une assise juridique dans le fameux arrêt *Laboube*. Aussi, nous faudra-t-il étudier dans un premier temps la définition positive de la capacité délictuelle proposée par la jurisprudence (A), avant de tenter d'esquisser une définition doctrinale de cette dernière (B).

¹ Contra Ph. CONTE, *Rép. Civ.*, v^{is} « *Responsabilité du fait personnel* », 2002, n° 21 ; H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, *loc. cit.*

² Puisqu'« *à défaut de volonté, le fait de l'homme ne constitue pas un acte, mais un événement* », A. DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 201.

³ V. Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit Civil - Les personnes, les incapacités*, Defrèsnois, 3^e éd., 2007, n° 607. Ph. CONTE, *op. cit.*, n° 33 ; contra J. CARBONNIER, *Droit civil - T.1 Les personnes: personnalité, incapacités, personnes morales*, PUF, 21^e éd., 2000, n° 224 et s., qui semble distinguer l'imputabilité et la capacité délictuelle de l'enfant, puisqu'il relie cette dernière à la notion de capacité.

⁴ M. O. EL FAROUK EL HOSSINI IBRAHIM, *Essai sur la place de la capacité pénale en droit français et en droit égyptien*, th. Lyon, 1981, p. 26.

A – La définition jurisprudentielle de la capacité délictuelle

99 - C'est de manière assez étonnante¹ la jurisprudence qui, la première, a proposé une définition de la capacité délictuelle. Cela s'explique toutefois par le fait que les juges, une fois saisis, doivent statuer sur la responsabilité d'un individu et qu'en cas de doute sur la capacité délictuelle de celui-ci, il leur fallait proposer une définition positive de celle-ci². C'est ainsi que, saisis sur le fondement de poursuites pour coups et blessures involontaires impliquant un mineur très jeune, les juges répressifs ont eu à définir la capacité délictuelle dans un arrêt fondamental devenu classique, l'arrêt *Laboube*³. Cette décision, rappelons-le, concernait un jeune mineur de six ans qui avait crevé l'œil d'un de ses camarades. Les juges du fond avaient conclu à l'absence d'infraction mais avaient prononcé à l'encontre du jeune garçon une remise à parents comme le prévoyait l'article 15 de l'ordonnance du 2 février 1945. A la suite d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi, la Chambre criminelle a finalement censuré la décision des juges du fond, en décidant qu'il fallait « *conformément aux principes généraux du droit, que le mineur dont la participation à l'acte matériel à lui reproché est établie, ait compris et voulu cet acte ; que toute infraction, même non intentionnelle, suppose en effet que son auteur ait agi avec intelligence et volonté* ». L'apport de cet arrêt est fondamental car il démontre à la fois la nécessité de certaines facultés psychologiques pour pouvoir caractériser une infraction pénale et vient en préciser le contenu, à savoir « l'intelligence et la volonté ». Certains auteurs analysent pourtant cet arrêt différemment en considérant qu'il poserait — ou rétablirait plutôt —, l'exigence de l'imputabilité de l'infraction d'un mineur⁴.

¹ Au sein d'une matière dominée par le principe de la légalité, il paraît en effet surprenant que ce soit la jurisprudence qui ait eu à définir cette notion.

² Remarquons que cette hypothèse n'est pas la seule puisque la notion de commencement d'exécution caractérisant la tentative a été elle aussi élaborée par la jurisprudence qui y voit tout acte tendant directement et immédiatement à la consommation du délit, Crim. 25 oct. 1962 : *Bull. Crim.* n° 292 (arrêt *Lacour*) et 293 (arrêt *Benamar et Schieb*).

³ Cass. crim., 13 déc. 1956, *Laboube* : *D.* 1957, jurispr. p. 349, note M. PATIN ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 7^e éd., 2009, comm. n° 43 par A. VARINARD ; *A propos d'un arrêt récent en matière de minorité pénale*, *RSC* 1957, p. 363, note de J.-L. COSTA.

⁴ V. par ex. l'analyse de cette décision par A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982, n° 86 à 89. V. également J.-M. PLAZY, *La personne de l'incapable*, th. Bordeaux, 1998, n° 330 et s., qui analyse la faculté de comprendre et de vouloir comme « *une forme travestie de discernement* », *op. cit.*, n° 331.

100 - Selon l'un de ces auteurs, l'arrêt *Laboube* consacrerait une conception subjective de l'infraction, faisant de l'exigence d'imputabilité un élément de l'infraction¹. Une analyse plus attentive nous montre pourtant que loin de concerner la question de l'imputabilité d'une infraction à un mineur, cet arrêt consacre en réalité la capacité délictuelle du mineur, voire plus généralement, la notion de capacité délictuelle dans la mesure où les termes volontairement larges, ainsi que la référence aux « *principes généraux du droit* » permettent d'en généraliser la portée. La Cour évoque ainsi « *l'intelligence* » et « *la volonté* », non le discernement ou le libre arbitre constituant l'imputabilité². C'est donc bien à la capacité délictuelle, définie comme l'aptitude à commettre une faute³, que se réfère la Cour de cassation dans cet arrêt.

101 - Cette analyse est confirmée par M. PATIN, alors président de la Chambre criminelle, puisqu'il écrit dans le commentaire de cette décision, que l'enfant, dès sa naissance est « *un être doué de raison et de volonté, et capable, par conséquent, de commettre des infractions* »⁴. Cette capacité délictuelle doit, selon lui, se déduire des attributs humains fondamentaux que sont la raison et la volonté, ou pour citer l'arrêt, de « *l'intelligence* » et de « *la volonté* » de l'auteur⁵. La Cour signe donc avec cet arrêt, « *l'acte de naissance* » de la capacité délictuelle⁶, dépassant ainsi la simple question de la minorité pénale qui lui était posée pour « *touche[r]* à

¹ A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, op. cit., n° 86.

² Pour une opinion similaire, C. LAPOYADE-DESCHAMPS, *Les petits responsables (Responsabilité civile et responsabilité pénale de l'enfant)*, D. 1988, I, p. 299, spéc. p. 300 : « [L'arrêt *Laboube*] n'a pas vraiment réintroduit la condition d'imputabilité chez l'enfant, auteur d'un acte objectivement illicite. Cette "note" subjective doit être entendue d'une autre manière : le discernement n'est pas exigé comme condition de l'infraction mais seulement pour déterminer l'aptitude du jeune enfant à supporter ou plus exactement à bénéficier des mesures qu'on souhaite lui voir appliquer. Plutôt qu'une imputabilité, ou même une imputation, mieux vaudrait parler de "capacité" à être pris en charge par le juge ou le tribunal pour enfants ».

³ Aptitude qui se déduit de la faculté de comprendre et de vouloir d'un individu.

⁴ D. 1957, jurispr. p. 349, comm. M. PATIN. Le magistrat ajoutera d'ailleurs un peu plus loin que « *cette notion [de discernement] est à l'évidence étrangère au point qui nous occupe* », op. cit., p. 350.

⁵ Il est frappant de voir que la Cour consacre plus de deux siècles après la thèse de PUFENDORF qui faisait de l'entendement et de la volonté les deux caractéristiques de l'action humaine : S. PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, T.1, Lyon, 1771, (trad. de J. BARBEYRAC), Livre I, Chap. III, p. 41 et s. (consacré à l'entendement humain) et Chap. IV, p. 58 et s. (consacré à la volonté humaine). Sur l'analyse de ces facultés par cet auteur, v. *infra* n° 237.

⁶ G. LEVASSEUR note d'ailleurs l'importance de cet arrêt « *qui a donné droit de cité en France à l'expression "capacité de comprendre et de vouloir"* », G. LEVASSEUR, *Étude de l'élément moral de l'infraction*, in Travaux du colloque de science criminelles de Toulouse sur la confrontation de la théorie générale de la responsabilité pénale avec les données de la criminologie, Annales de la faculté de droit de Toulouse, Dalloz, 1969, p. 94.

la notion même d'infraction pénale »¹. Il s'agit à travers cet arrêt de définir les notions de faute et d'infraction², mais surtout de poser, voire d'imposer, la capacité de comprendre et de vouloir comme une donnée psychologique indispensable à toute infraction, lui conférant ainsi une assise juridique. Pourtant, malgré la clarté de cet arrêt, la doctrine se révèle assez embarrassée quant à la portée qu'il faut lui donner, expliquant par conséquent non seulement la difficulté à distinguer la capacité délictuelle de l'imputabilité, mais surtout l'absence d'une véritable définition doctrinale de celle-ci.

B – L'esquisse d'une définition doctrinale de la capacité délictuelle

102 - Tout comportement humain répondant à la définition matérielle d'une infraction ne peut être considéré *ipso facto* comme une infraction : il faut en plus, on l'a vu, caractériser l'élément moral de cette infraction, c'est-à-dire une faute de l'auteur de l'acte. Or, c'est précisément lors de cette recherche de la faute qu'intervient le concept de capacité délictuelle, véritable « *aptitude pénale qui conditionne l'existence même de l'infraction* »³. Cette définition de la capacité délictuelle, comme support indispensable à l'élément moral de l'infraction implique deux conséquences sur lesquels la doctrine ne semble pourtant pas s'accorder : la capacité pénale apparaît d'une part comme une condition préalable de la faute (1) et d'autre part comme un élément interne à l'infraction et plus précisément à son élément moral (2).

1 – Une condition préalable de la faute

103 - Cette exigence de conscience et de volonté tenant à l'auteur de l'infraction doit en effet être analysée comme le support indispensable de la faute, comme l'affirme l'arrêt *Laboube*⁴. Pour G. LEVASSEUR, cette capacité de comprendre et de vouloir à laquelle la

¹ A.-C. DANA, *op. cit.*, n° 87, *in fine*.

² Question nécessairement préalable de celle, postérieure, de l'imputation d'une faute à son auteur.

³ A.-C. DANA, *op. cit.*, n° 45, qui nomme toutefois cette aptitude, à tort à notre avis, « *imputabilité* ».

⁴ « *Toute infraction, même non intentionnelle, suppose en effet que son auteur ait agi avec intelligence et volonté* ».

Cour de cassation fait référence dans cet arrêt¹ renverrait « *au degré liminaire, au-dessous duquel le comportement délictueux ne saurait relever du droit pénal* »², apparaissant alors comme un « élément irréductible », un préalable indispensable à la caractérisation de toute infraction. Aussi, l'auteur conclut qu'en l'absence de cette faculté « *que certains nomment la "capacité pénale" [...], il ne peut y avoir de faute d'aucune sorte* », puisque cette capacité de comprendre et de vouloir constitue « *le support indispensable de toute culpabilité* »³.

104 - Certains auteurs admettent d'ailleurs que la faute suppose chez l'auteur une capacité préalable de conscience et de volonté⁴, cependant cette capacité est souvent assimilée à l'imputabilité, non à la capacité délictuelle. Il s'agit alors simplement de rattacher l'exigence de conscience et de volonté à la question de l'imputabilité de la faute et d'en faire une condition préalable de cette dernière. Il faut tout de même remarquer que ces auteurs n'assimilent pas totalement capacité délictuelle et imputabilité puisque, lorsqu'ils définissent cette capacité préalable et précisent son contenu, ils évoquent souvent le discernement et la liberté de la volonté, conditions classiques de l'imputabilité, non la simple conscience et la faculté de vouloir, véritables composantes de la capacité délictuelle. Il semble donc que, suivant la conception subjective classique de la faute, ces auteurs aient seulement choisi de faire de l'imputabilité une condition préalable de la faute, intégrant par conséquent de manière indirecte⁵ la capacité délictuelle à l'infraction. Si cette théorie peut être approuvée dans la mesure où elle reconnaît le caractère préalable de la conscience et de la volonté, elle doit néanmoins être repoussée car elle présente le double inconvénient d'occulter la réelle

¹ Formule peut-être empruntée au Code pénal italien qui définit dans son article 85 l'imputabilité comme la « capacité de comprendre et de vouloir ».

² G. LEVASSEUR, *Étude de l'élément moral de l'infraction*, in Travaux du colloque de science criminelles de Toulouse sur la confrontation de la théorie générale de la responsabilité pénale avec les données de la criminologie, Annales de la faculté de droit de Toulouse, Dalloz, 1969, p. 94. V. aussi du même auteur *L'imputabilité en droit pénal*, Rapport de synthèse présenté au IV^e Congrès de l'Association Française de droit pénal à Nantes du 21 au 23 octobre 1982, RSC 1983, p. 1 et s. et *L'imputabilité des infractions en droit français*, RDPC 1968-1969, p. 387 et s., spéc. p. 390.

³ G. LEVASSEUR, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴ V. de manière explicite « *la conscience étant un préalable à toute infraction, y compris non intentionnelle* », Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 3^e éd., 2010, n° 220 et de manière implicite, certains auteurs choisissant d'étudier cette question avant celle de la faute ou de la culpabilité, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, n° 350 et s., J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2005, p.288 et s.

⁵ Et presque involontairement, si l'on peut dire.

condition préalable de la faute qu'est la capacité délictuelle et d'autre part de faire de l'imputabilité une composante de l'infraction alors qu'il semble plus pertinent, comme on l'a vu et comme on le reverra, d'en faire une condition de la responsabilité de l'individu, extérieure à l'infraction. Conscients de ces inconvénients, certains auteurs choisissent de donner à la conscience et à la volonté un rôle et une place spécifique au sein de l'infraction permettant ainsi de les distinguer de l'imputabilité.

2 – Une condition de l'élément moral de l'infraction

105 - Prenant appui sur la définition classique de l'intention proposée par GARÇON¹, à savoir « *la volonté de l'agent de commettre le délit tel qu'il est déterminé par la loi* » ou « *la conscience chez le coupable d'enfreindre les prohibitions légales* », certains auteurs choisissent d'intégrer au concept de faute les concepts de conscience et de volonté². Cette intégration de la conscience et de la volonté au sein de l'élément moral se réalise selon eux par le biais de la notion de dol général qu'ils assimilent à l'intention, limitant de manière injustifiée cette question à l'infraction intentionnelle³. En rattachant la conscience et la volonté au dol général donc à l'intention, ces auteurs négligent le caractère « universel » de la capacité délictuelle qui conditionne aussi bien l'infraction intentionnelle que l'infraction non intentionnelle.

106 - Cherchant à éviter cette critique, d'autres auteurs choisissent au contraire de faire du dol général un élément « *commun à toutes les infractions* »⁴ ou au moins « à la plupart des

¹ E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Sirey, 1901-1906, Art. 1^{er}, n° 77.

² V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 22^e éd., 2011, n° 266, dans un paragraphe introductif sur la nécessité de l'élément moral de l'infraction : « *C'est dire que l'infraction, qu'il s'agisse d'un crime ou d'un délit ou d'une contravention, n'est constituée et donc punissable que si un auteur a eu la volonté ou la conscience de violer la loi pénale. Cette volonté ou conscience constitue l'élément commun à toutes les infractions* ».

³ B. BOULOC, *op. cit.*, n° 271 et 280 ; Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, n° 382 ; A. DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 208 ; W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, Montchrestien, 2^e éd., 1991, n° 322 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 18^e éd., 2010, n° 502 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2005, p. 352.

⁴ M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, 2^e éd., 2006, n° 285 spéc. le paragraphe consacré à « *la faute minimale commune à toutes les infractions* ». V. aussi A. DECOCQ, *op. cit.*, pp. 153-154.

infractions »¹. Il semble ainsi plus juste de penser, comme l'écrit M.-L. RASSAT, que « *la conscience, l'intelligence ou la volonté d'accomplir un acte illicite* » est indispensable à toute infraction. Cet élément « *purement intellectuel et abstrait* » apparaît alors « *lié à la notion d'infraction, en ce sens qu'il ne peut y avoir d'infraction si ce dol général n'existe pas* ». L'auteur justifie d'ailleurs cette position par les termes mêmes du motif décisif de l'arrêt *Laboube*. Si l'on partage sur le fond cette manière d'analyser l'élément moral de l'infraction, il semble pourtant qu'utiliser l'expression « *dol général* » pour désigner la capacité de comprendre et de vouloir, c'est-à-dire la capacité délictuelle, est assez maladroit au regard du consensus doctrinal assimilant *dol général* et *intention*².

107 - Un élément de réponse nous est pourtant fourni par l'analyse d'un autre pénaliste célèbre, A. DECOCQ³, qui affirme que l'infraction implique nécessairement une certaine aptitude psychologique de la part du délinquant. En effet, la faute se traduisant, soit comme une hostilité⁴, soit comme une indifférence⁵ envers la valeur sociale protégée par l'infraction, elle présuppose chez le délinquant certaines aptitudes psychologiques minimales. Il semble en effet indispensable pour pouvoir caractériser l'élément moral de l'infraction que l'individu soit capable de cette hostilité ou de cette indifférence. Il existerait donc, selon cet auteur, une condition préalable à la faute correspondant au « *minimum de volonté cohérente* »⁶ que l'on observe chez la majorité des individus, apparaissant alors comme la condition *sine qua non* de toute faute qu'elle soit intentionnelle ou non intentionnelle⁷. En définitive, cette aptitude

¹ V. ainsi le chapitre intitulé « *L'élément moral commun à la plupart des infractions* » (R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 727 et s.), dont l'imprécision, ajoutée au fait que ces auteurs y étudient le *dol général* synonyme chez eux de faute intentionnelle (R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 579) permet à première vue de limiter cette question à la faute intentionnelle. Cependant, leur définition du *dol général*, conçu comme la « *conscience et [la] volonté infractionnelle* », permet de considérer que le *dol général* est pour ces auteurs bien plus qu'un élément commun à la plupart des infractions. En effet, ces auteurs évoque dans ce chapitre, l'imputabilité qu'il qualifie de *volonté infractionnelle*, ainsi que l'erreur de fait ou de droit, toutes ces questions étant communes à la faute intentionnelle et à la faute d'imprudence.

² Assimilation justifiée par GARÇON lui-même, puisqu'il entendait proposer une définition de l'intention, non de la faute en général.

³ A. DECOCQ, *op. cit.*, p. 153 et 154.

⁴ Pour la faute intentionnelle.

⁵ Pour la faute d'imprudence.

⁶ A. DECOCQ, *op. cit.*, p. 154.

⁷ Cette analyse est d'ailleurs partagée par certains auteurs étrangers, notamment canadiens, comme le rappelle H. PARENT : « *Fidèle aux enseignements de la doctrine classique élaborés par HALE et BLACKSTONE, l'élément moral se rattachant à l'individu exige de l'accusé un minimum d'intelligence et de liberté au moment de la*

minimale appartiendrait donc à l'infraction et plus précisément à son élément moral qui peut alors être décomposé en deux éléments, la capacité délictuelle et la faute *stricto sensu*, ou comme l'écrit A. DECOCQ : « *un minimum de volonté cohérente, et une intention ou une faute* »¹.

108 - Ce rattachement de la capacité délictuelle à l'élément moral de l'infraction nous paraît devoir s'imposer car il synthétise la jurisprudence *Laboube* et permet de distinguer la capacité délictuelle de l'imputabilité et du dol général. En effet, si la capacité délictuelle se définit comme le « degré minimal d'intelligence et de volonté » pour commettre une infraction, elle ne désigne ni le discernement, c'est-à-dire l'aptitude à comprendre la portée de ses actes, ni la liberté de la volonté, ces deux éléments caractérisant en réalité l'imputabilité. De plus, elle ne coïncide pas totalement avec la notion de dol général même s'il s'agit de notions assez proches. La capacité délictuelle suppose l'existence d'une volonté, le dol général traduisant plutôt l'exercice de cette volonté ; de la même façon, si la capacité délictuelle suppose une faculté de compréhension sommaire, le dol général représente l'application de cette intelligence à l'illicite, c'est-à-dire la connaissance de la loi, qui est d'ailleurs toujours présumée. Il faut donc se résoudre, comme le remarquait déjà un auteur², à l'inutilité de la notion de dol général qui ne permet pas, comme on a pu le croire, de réellement différencier la faute intentionnelle de la faute non intentionnelle³. Aussi pédagogique soit-elle⁴, cette présentation n'en est pas pour autant satisfaisante et doit être rejetée puisqu'elle contribue à éclipser le rôle de la capacité délictuelle dont le dol général n'est finalement qu'une application spécifique.

109 - Au terme de cette tentative de définition de la notion de capacité pénale, il appert que malgré le silence apparent de la doctrine pénale qui n'utilise presque jamais l'expression de

commission du crime », H. PARENT, *La connaissance de la loi en droit pénal : vers l'émergence d'un nouvel équilibre entre l'efficacité juridique et la faute morale*, *Les cahiers de Droit*, vol. 42, n° 1, mars 2001, p. 77.

¹ A. DECOCQ, *op. cit.*, *loc. cit.*

² A.- C. DANA, *op. cit.*, n° 456 et s.

³ La différence entre ces deux types de fautes tient en réalité au lien qui existe entre la volonté et le résultat : lorsque le résultat est voulu, il s'agit d'une faute intentionnelle et lorsque le résultat n'est pas désiré ou est simplement prévu, la faute est non intentionnelle.

⁴ Puisqu'elle permet de rapprocher l'erreur de fait neutralisant l'élément du dol général tenant à la volonté de l'erreur de droit neutralisant l'élément tenant à la conscience de l'illicite.

« capacité délictuelle », la plupart des auteurs n'envisagent pourtant pas la notion d'infraction et plus précisément de faute en l'absence chez l'auteur d'une faculté sommaire de compréhension ou de volonté. C'est précisément cette exigence de conscience et de volonté de l'auteur d'une infraction qu'exprime la capacité délictuelle. Il est donc regrettable que cette aptitude soit généralement confondue avec l'imputabilité, voire avec la culpabilité par le biais du concept de *dol* général. Cette confusion entre capacité délictuelle et imputabilité ou culpabilité est regrettable mais n'est toutefois pas inévitable. Les motifs de l'arrêt *Laboube* ainsi que les réflexions de certains auteurs nous permettent ainsi d'approcher et de définir la notion de capacité délictuelle comme l'exigence d'une « capacité de comprendre et de vouloir » indispensable à l'infraction. On aperçoit alors la singularité et la pertinence de cette première application du concept de capacité pénale qui apparaît ainsi comme une condition indispensable à la faute.

110 - En conclusion, le rôle de la capacité délictuelle est de fixer au stade de la caractérisation de l'infraction, le seuil d'intervention du droit pénal. L'infraction cesse alors d'être une notion proprement juridique et adopte un contenu et une dimension philosophiques essentiels. En effet, en limitant l'infraction à l'homme, seul auteur juridique possible, et en reconnaissant l'importance de la conscience comme un élément indispensable de l'infraction, la capacité délictuelle réaffirme l'importance de la question du sujet en droit pénal¹. Une fois bien comprise cette notion de capacité délictuelle, il faut désormais s'intéresser à la traduction d'un tel concept en matière pénale, en étudiant le régime juridique de l'aptitude à l'infraction.

¹ L'imputabilité, seconde facette de la capacité pénale au stade de l'engagement de la responsabilité pénale d'un individu, joue d'ailleurs un rôle similaire puisqu'elle donne au concept de responsabilité la dimension subjective, morale dont elle est dépourvue.

Chapitre II :

Le régime de la capacité délictuelle

111 - La question du régime de la capacité délictuelle suppose d'identifier le contenu exact de cette aptitude à l'infraction. Si cette tâche semble *a priori* aisée dans la mesure où l'on vient de voir que la capacité délictuelle se définissait comme l'exigence d'une conscience et d'une volonté suffisante pour pouvoir caractériser l'élément moral de l'infraction, plusieurs difficultés se présentent. En effet, le contenu de la capacité délictuelle peut varier selon le type de faute exigée par l'infraction, rendant plus complexe l'analyse du régime de la capacité délictuelle. Il ne faut toutefois pas exagérer la portée de cet obstacle. En effet, malgré leur diversité, la distinction classique entre les infractions intentionnelles et non intentionnelles semble, on l'a vu, suffisante pour traduire l'hétérogénéité de l'élément moral des différentes infractions.

112 - C'est surtout la diversité tenant à l'auteur de l'infraction qui rend difficile l'élaboration d'un régime juridique unique. En effet, depuis 1994, le droit pénal reconnaît deux types d'auteurs : la personne physique, auteur « classique » d'une infraction d'une part, et la personne morale, auteur « nouveau » en matière pénale d'autre part. La consécration tardive de la responsabilité pénale des personnes morales démontre l'embarras du législateur face à la spécificité de la personne morale. Si le principe même de leur responsabilité pénale pouvait sembler opportun, encore fallait-il concilier les principes généraux du droit pénal avec la spécificité des personnes morales. L'admission de la responsabilité pénale des personnes morales a ainsi soulevé de nombreuses questions, au rang desquelles figure en premier lieu celle de savoir elles sont capables de commettre une infraction, tant matériellement que moralement. Loin de relancer le débat sur l'opportunité de la responsabilité pénale des personnes morales, l'étude du régime de la capacité délictuelle invite toutefois à s'interroger sur la compatibilité de cette dernière avec le caractère abstrait des personnes morales. En effet, si la capacité délictuelle apparaît comme une condition indispensable à l'élément moral de l'infraction commise par une personne physique, l'existence d'une capacité délictuelle des personnes physiques semble plus complexe à admettre du fait de leur immatérialité.

113 - L'admission de ces deux types de responsabilités pénales nous oblige donc à scinder l'étude du régime de la capacité délictuelle en deux, nous conduisant à évoquer en premier lieu la capacité délictuelle des personnes physiques (Section 1) et en second lieu la capacité délictuelle des personnes morales (Section 2).

Section 1 :

La capacité délictuelle des personnes physiques

114 - Amenée à s'interroger sur la capacité délictuelle du mineur proche du seuil de l'*infantia* romaine¹, la Cour de cassation, dans l'arrêt *Laboube*, précise que « toute infraction, même non intentionnelle, suppose en effet que son auteur ait agi avec intelligence et volonté », dépassant, dans ce motif devenu célèbre, le cadre de la minorité pénale. En effet, loin de viser, comme l'interprète trop souvent la doctrine, le discernement ou l'absence de contrainte, cet arrêt précise en réalité le contenu de la capacité délictuelle en identifiant les deux composantes indispensables de la capacité pénale de tout individu quel que soit son âge : l'intelligence² et la volonté.

115 - Cependant, malgré l'apparente simplicité de cette formule, l'arrêt ne dit pas ce qu'il faut réellement entendre par « intelligence et volonté ». C'est pourquoi nous étudierons successivement le contenu de ces deux composantes de l'aptitude à l'infraction des personnes physiques, à savoir l'intelligence ou faculté de comprendre (§1) et la volonté ou plus précisément la faculté d'exercer sa volonté (§2).

§1- L'intelligence ou la faculté de comprendre

116 - Afin d'étudier l'intelligence, première composante de la capacité délictuelle, il nous semble nécessaire d'évoquer en premier lieu son aspect positif, ce qui implique l'étude de son contenu (A) puis son aspect négatif, c'est-à-dire les hypothèses dans lesquelles celle-ci fait défaut (B).

¹ Le jeune Jean Laboube était en effet âgé de six ans et huit mois au moment des faits ; Crim. 13 déc. 1956, *Laboube* : D. 1957, jurispr. p. 349, note M. PATIN ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 7^e éd., 2009, comm. n° 43 par A. VARINARD ; *A propos d'un arrêt récent en matière de minorité pénale*, RSC 1957, p. 363, note de J.-L. COSTA.

² PUFENDORF qui s'accordait sur la nécessité d'un élément intellectuel et d'un élément volontaire pour caractériser un acte humain, qualifiait la première d' « entendement », S. PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, T.1, Lyon, 1771, (trad. de J. BARBEYRAC), Livre I, Chap. III, p. 41 et s.

A – Le contenu de l’intelligence nécessaire à la caractérisation de l’infraction

117 - L’intelligence qui peut être définie comme « *la faculté de connaître et de comprendre* »¹ serait ainsi le premier élément de la capacité délictuelle. Il ne s’agit pas, comme on a déjà eu l’occasion de le préciser, d’exiger de la part du délinquant une pleine conscience de la portée morale de ses actes, conscience qui renvoie à la notion de discernement, donc à la question de l’imputabilité de la faute, mais plutôt de vérifier que le délinquant s’est correctement représenté les faits et est conscient d’agir comme il le fait malgré les prohibitions légales. Cette remarque nous permet d’ores et déjà de distinguer, au sein de l’intelligence, la conscience des faits ou « *conscience matérielle* »², représentant la projection de l’élément matériel de l’infraction dans l’esprit de l’auteur (1) et une « *conscience de l’illicéité* »³, c’est-à-dire la connaissance de la loi et la volonté de passer outre (2).

1 – La conscience matérielle

118 - Il nous faut étudier comment cette conscience matérielle est appréhendée par le droit français (a) puis la distinguer du discernement (b).

a) La définition de la conscience matérielle et sa traduction en droit français

119 - Si l’on cherche à cerner cette notion de conscience matérielle, il semble intéressant de quitter la matière strictement juridique puisque les notions de conscience, d’intelligence ou de

¹ V° « *Intelligence* », *Le nouveau Littré*, Garnier, 2007. Le terme intelligence vient d’ailleurs du latin *intelligere* signifiant comprendre. Dans le vocabulaire de la psychologie du début du XIX^e siècle, la notion d’intelligence désigne « *l’ensemble des fonctions psychiques et psycho-physiologiques concourant à la connaissance, à la compréhension de la nature des choses et de la signification des faits* », *Trésor de la Langue Française Informatisé*, Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, v° « *Intelligence* », [en ligne] <http://www.cnrtl.fr/definition/intelligence>.

² F. ROUSSEAU définit ainsi la conscience matérielle comme « *la perception de la réalité des faits par son auteur* », *L’imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, 2009, n° 17.

³ R. BERNARDINI, distingue ainsi la « *connaissance de la matérialité* » de la « *conscience de l’illicéité* », *Droit pénal général*, Gualino, 2003, n° 399 et 401 ; v. aussi R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel - T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 579.

connaissance¹ sont au cœur des interrogations d'autres disciplines, qu'il s'agisse de la psychologie ou de la philosophie. Les travaux de la philosophie relatifs aux notions de conscience ou de connaissance permettent selon nous d'éclairer et d'enrichir notre réflexion.

120 - La conscience² apparaît en effet comme une notion clé de la philosophie et de ses différentes branches telles que l'éthique, la phénoménologie ou l'ontologie. A l'origine, la conscience est une notion métaphysique qui renvoie à l'évaluation d'un individu par lui-même. Les premières réflexions philosophiques sur cette notion porteront donc sur le caractère fondamental de la réflexivité de la conscience, jugement rétrospectif de l'homme sur l'homme. La question de la conscience sera ensuite reposée en s'intéressant aux rapports que celle-ci entretient avec d'autres objets : de la perception de l'homme par l'homme, on glissera à une perception par l'homme de son propre corps, de ses actes et enfin du monde qui l'entoure. La notion de conscience se rapproche ainsi chez certains philosophes d'autres concepts tels que l'intelligence ou la connaissance. Cette proximité entre conscience et connaissance est assez manifeste chez Platon pour qui le verbe *suneidenai* (avoir conscience) désignait l'acte de savoir, de comprendre. Comme le note un auteur : « *l'idée d'avoir conscience est en effet chez Platon inséparable de celle d'une compréhension en acte* »³, permettant ainsi de passer de la perception d'une chose à sa représentation puis à sa véritable compréhension, c'est-à-dire à l'intégration d'une information, d'un savoir⁴.

121 - Dans une étude consacrée à la place de la connaissance en matière pénale, un auteur canadien⁵ démontre ainsi l'importance fondamentale de la connaissance dans la prise de décision et le passage à l'acte. Selon l'auteur, « *en imprégnant l'acte humain de sa substance éthique et spirituelle, la connaissance occupe, depuis des siècles, une place de premier plan*

¹ La notion de connaissance est d'ailleurs considérée par un auteur comme « *la clé du comportement humain et le « nœud » de toutes les difficultés entourant l'appréciation du jugement moral* », H. PARENT, *La connaissance de la loi en droit pénal : vers l'émergence d'un nouvel équilibre entre l'efficacité juridique et la faute morale*, *Les cahiers de Droit*, vol. 42, n° 1, mars 2001, pp. 59-60.

² Le terme « *conscience* » provient du latin « *conscientia* », formé du préfixe *cum* et du nom *scientia*, la science. Etymologiquement, la conscience désignait donc le savoir en commun.

³ A. SIMHA, *La conscience, du corps au sujet*, Armand Colin, 2004, p. 27.

⁴ « *Une telle compréhension exprime dans la partie intelligente, noétique, de l'âme un ordre qui est ontologiquement fondé, celui qui va du nom à la définition, puis de l'image représentée à la connaissance (intellection vraie)* », A. SIMHA, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵ H. PARENT, *op. cit.*, *loc. cit.*

dans la genèse de l'acte volontaire ». Se fondant notamment sur les travaux d'ARISTOTE¹ ou de THOMAS D'AQUIN², il démontre alors qu'il ne peut y avoir réellement de volonté sans connaissance comme le constatait déjà l'auteur de la *Somme théologique* pour qui « le bien connu par l'intelligence met en mouvement la volonté »³. Fort de cette analyse, H. PARENT propose un schéma anatomochronologique du passage à l'acte, décomposant ainsi le processus décisionnel en plusieurs étapes : la connaissance, la délibération, le choix et enfin l'exécution⁴. Même si cette division séquentielle du processus décisionnel peut paraître quelque peu artificielle tant le processus intellectuel semble instantané⁵, il n'en reste pas moins que cette réflexion démontre que la connaissance est bien le préalable indispensable à tout acte humain.

122 - L'étude du droit comparé, spécialement du droit anglo-saxon nous permet d'ailleurs d'affiner cette notion de connaissance matérielle. En effet, le célèbre arrêt anglais *McNaghten*⁶ de 1843 qui a posé les bases du traitement pénal des individus atteints de troubles mentaux évoque ce degré de connaissance indispensable à l'infraction, inspirant d'ailleurs le législateur canadien qui reprendra les termes mêmes de l'arrêt de 1843 dans l'article 16 du Code criminel consacré à l'aliénation mentale⁷. Conformément à cet arrêt, le droit anglo-saxon distingue deux types de discernements : le discernement intellectuel d'une part, représentant la faculté de juger la nature et la qualité d'un acte et le discernement moral

¹ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Garnier-Flammarion, 1965, p. 76.

² THOMAS D'AQUIN, *Somme Théologique*, Les éditions du cerf, 1984, spécialement les questions 82 et 83, p. 715 et s. (ouvrage consultable en ligne).

³ THOMAS D'AQUIN, *op. cit.*, question 82, art. 3, *in fine*.

⁴ H. PARENT, *op. cit.*, pp. 59-63.

⁵ Ce que l'auteur concède d'ailleurs au terme de sa démonstration : « *Même si nous avons séparé les différentes étapes de l'acte volontaire aux fins de la démonstration, il reste que le schéma anatomochronologique de l'acte volontaire n'est pas un dispositif qui opère en séquence, mais plutôt un ordre dynamique qui s'appuie sur une synchronisation temporelle de ses principales composantes* », *op. cit.*, p. 63.

⁶ *Mc Naghten*, 1843, 8, E.R., 718. L'essentiel de cet arrêt est d'admettre qu'un individu atteint de troubles mentaux profonds peut être exonéré de sa responsabilité pénale : « *Pour établir un moyen de défense basé sur l'aliénation mentale, il faut qu'il soit clairement prouvé qu'au moment de la commission de l'acte, l'accusé était affecté par une telle absence de discernement causé par une maladie mentale qu'il ne connaissait pas la nature et la qualité de l'acte qu'il posait ou qu'il ne savait pas que ce qu'il faisait était mal.* »

⁷ Art. 16 du Code criminel canadien : « La responsabilité criminelle d'une personne n'est pas engagée à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part survenue alors qu'elle était atteinte de troubles mentaux qui la rendaient incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais ».

qui résume quant à lui la capacité de comprendre la signification morale d'un comportement¹. La connaissance à laquelle nous faisons référence ici procèderait alors de la notion de discernement intellectuel connue du droit anglo-saxon. En effet, contrairement au discernement moral, le discernement intellectuel ne désigne que la faculté d'un individu à apprécier le caractère « physique » d'un acte, non sa signification morale.

123 - On peut alors distinguer deux aptitudes intellectuelles distinctes au sein de cette connaissance matérielle ou discernement intellectuel : l'auteur doit, d'une part, percevoir la nature physique de son acte et d'autre part, il doit être capable d'appréhender les conséquences matérielles qui résultent de son comportement². Si l'on raisonne ainsi sur l'hypothèse d'un individu qui aurait poignardé une femme, il faudrait alors vérifier dans un premier temps s'il savait qu'il frappait sa victime avec un couteau, puis s'il avait bien conscience qu'il infligeait une blessure pouvant causer la mort³. Il s'agit donc bien de vérifier la concordance entre la réalité des faits et la perception de ceux-ci par l'auteur afin, dans le cas contraire, d'exclure du champ pénal celui qui n'était pas capable de comprendre les conséquences matérielles de son comportement.

124 - Cette première approche de la connaissance matérielle semble d'ailleurs confortée par l'analyse de la doctrine pénaliste française qui la rattache, on l'a vu⁴, au concept de dol général. Ainsi MM. MERLE et VITU constatent la nécessité d'une « *concordance entre les faits compris par l'agent et les faits décrits par la loi* »⁵, c'est pourquoi dans le cas contraire,

¹ J. FORTIN et L. VIAU, *Traité de Droit pénal général*, Montréal, Thémis Inc., 1982, n° 156.

² L'arrêt McNaghten évoque à ce titre la capacité de « connaître la nature et la qualité de l'acte » (« *to know the nature and quality of the act he was doing* »), tandis que l'article 16 du Code criminel parle de capacité de « juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission ». Sur cette distinction entre la faculté de connaître et celle de juger de la nature et la qualité d'un acte, v. G. COTE-HARPER et A. MANGANAS, *Droit pénal canadien*, éd. Yvon Blais Inc., 1984, p. 392 et s.

³ Comme le note un auteur, « *il suffit de poser deux questions pour déterminer si l'accusé savait la nature et la qualité de l'acte qu'il commettait. La première a pour prémisse la simple connaissance du caractère physique du crime (1. Did he know that he was for instance sticking a knife into someone ?). La seconde tend à vérifier quant à elle la capacité ou l'aptitude de l'accusé de prévoir les conséquences matérielles qu'entraînera éventuellement sa conduite (2. Did he know that he was killing someone ?). Envisagées sous cet angle, on constate que les deux approches partagent, aux fins de la détermination de la capacité intellectuelle de l'individu, de nombreux points en commun* », H. PARENT, *Responsabilité pénale et troubles mentaux, Histoire de la folie en droit pénal français, anglais et canadien*, éd. Yvon Blais Inc., 1999, note 30, p. 323.

⁴ V. *supra* n°105.

⁵ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 580.

la représentation inexacte de la réalité permet à l'agent de bénéficier de l'erreur de fait. De la même façon, pour Y. MAYAUD, l'intention¹ se compose d'une connaissance, c'est-à-dire d'une approche éclairée de la réalité et d'une volonté, cette connaissance pouvant d'ailleurs s'appliquer tant aux faits qu'au droit. Il est donc indispensable, selon cet auteur, que les faits et les circonstances de l'infraction aient été parfaitement connus de l'auteur, car dans le cas contraire aucune infraction ne pourrait lui être reprochée². Un autre auteur, enfin, parle de « *volonté de réaliser l'élément matériel* » supposant, selon lui, la conscience de l'existence des conditions préalables de l'infraction, mais aussi la conscience que la conduite matérielle de l'auteur est identique à celle visée par la qualification pénale³. Tous ces auteurs s'accordent donc pour considérer qu'il est indispensable de caractériser chez le délinquant une certaine connaissance de la matérialité de l'infraction, c'est-à-dire un degré minimal d'intelligence appliquée à la matérialité de l'infraction⁴. Cette position semble d'ailleurs confirmée par la jurisprudence. En effet, même si la position de la jurisprudence française sur cette question n'est pas aussi explicite que la jurisprudence anglo-saxonne, la définition de cette faculté de comprendre la matérialité de l'infraction apparaît assez nettement dans la décision de la Cour d'appel qui a donné lieu à l'arrêt *Laboube*. La Cour d'appel de Colmar⁵ a ainsi infirmé, le 1^{er} décembre 1953, la décision du tribunal pour enfants de Strasbourg ayant déclaré le jeune Jean Laboube coupable du délit de blessures involontaires et ayant prononcé une remise à parents⁶. En effet, pour les juges d'appel, si l'ordonnance du 2 février 1945 a supprimé la question du discernement, l'imputation d'une infraction à un mineur n'est concevable « *que si la question*

¹ Mais nous étendrons son raisonnement à toute faute qu'elle soit intentionnelle ou non intentionnelle.

² Y. MAYAUD cite ainsi l'hypothèse où la minorité de la victime serait inconnue de l'auteur, si cette minorité est une donnée de l'infraction (ainsi en est-il des infractions protégeant les mineurs, prévues aux articles 227-15 et s. du Code pénal), alors l'infraction n'est pas constituée, Y. MAYAUD, *op. cit.*, n° 235-237.

³ A. DECOCQ cite alors l'exemple du vol qui suppose chez l'auteur la conscience de soustraire la chose : ne commet donc pas un vol l'individu qui s'approprie, par erreur, un objet ne lui appartenant pas, A. DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, pp. 208-209 ; v. également pour la même conclusion : Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, n° 394.

⁴ Comme le résume très bien un arrêt canadien, « *les actes matériels interdits doivent être accomplis sous le contrôle conscient de son auteur* », arrêt Cour Suprême du Canada, 11 oct. 1984, *Perka c. La Reine*, [1984], 2 R.C.S. 232, cité par H. PARENT, *La connaissance de la loi en droit pénal : vers l'émergence d'un nouvel équilibre entre l'efficacité juridique et la faute morale*, *Les cahiers de Droit*, vol. 42, n° 1, mars 2001, p. 78.

⁵ CA Colmar, 2 févr. 1954 : *D.* 1955, Somm., p.3 ; *Gaz. Pal.* 1954, 2, p. 147 ; *Gaz. Pal.* 1955, 1, p. 26 et s. ; *S.* 1954, II, p. 65 et s.

⁶ Loin d'être en totale opposition avec la position de la Cour de cassation, l'arrêt d'appel est en réalité assez proche de celle-ci, la seule différence résidant dans la mesure prononcée à l'encontre du jeune mineur : une remise à parents prononcée par les juges du fond et censurée par les juges du droit.

préalable de raison suffisante et d'éveil de la conscience a été posée — implicitement tout au moins — et si elle a reçu une réponse affirmative »¹, fondant ainsi sa décision sur les « principes fondamentaux du droit pénal, qui exigent chez le délinquant la conscience du délit qu'on lui impute »². Or, pour la Cour d'appel dans cette espèce, l'enfant âgé de seulement six ans et huit mois « n'avait pas, au moment des faits la conscience assez éveillée pour qu'on puisse donner à ses faits une qualification pénale »³, évoquant à ce titre, « le minimum de raison nécessaire pour comprendre la nature et la portée de l'acte qu'on lui reproche »⁴. Il nous semble qu'à travers ces formules, c'est bien au concept de connaissance matérielle tel qu'on l'a défini, que se réfère la Cour d'appel, cette dernière reprenant d'ailleurs les termes utilisés par l'arrêt *Mc Naghten* et la législation canadienne en évoquant ainsi la faculté de « comprendre la nature et la portée d'un acte ». Toutefois, comme l'illustre une décision de la même juridiction trois mois plus tard⁵, la distinction entre cette faculté de comprendre, premier élément de la capacité délictuelle, et le discernement n'est pas aisée.

b) La distinction de la connaissance matérielle et du discernement

125 - Dans une décision rendue le 2 février 1954, soit quelques mois seulement après celle du 1^{er} décembre 1953, concernant également un enfant d'environ sept ans poursuivi pour des faits de blessures par imprudence, la Cour d'appel de Colmar se place sans aucune équivoque sur le plan de l'imputation de l'infraction en assimilant de manière contestable l'intelligence au discernement. En effet, selon les mots mêmes de la Cour, « cette imputation n'est concevable que si la question préalable de raison suffisante et d'éveil de la conscience a été posée, implicitement tout au moins, et si elle a reçu une réponse affirmative ; qu'on ne peut,

¹ 6^e motif de l'arrêt.

² 7^e motif de l'arrêt.

³ Ni même civile puisque comme le reconnaît la Cour d'appel, « c'est un fait de maladresse ou d'impéritie qui trouve dans l'âge de l'enfant son explication suffisante », permettant à la Cour de conclure à l'absence de faute, aussi bien civile que pénale. La seule voie possible était donc une action civile dirigée contre les parents pour faute personnelle dans la surveillance de l'enfant, mais il aurait fallu saisir le tribunal de grande instance puisque le tribunal pour enfant, juridiction pénale, était alors incompétent.

⁴ 8^e motif de l'arrêt.

⁵ C.A. Colmar, 2 févr. 1954 : *D.* 1955, somm., p.3 ; *Gaz. Pal.* 1954, 2, p. 147 ; *Gaz. Pal.* 1955, 1, p. 26 et s. ; *S.* 1954, II, p. 65 et s.

en effet, imputer un crime ou un délit à un tout jeune enfant privé de discernement »¹. Il paraît pourtant assez paradoxal de définir le discernement comme le degré de raison suffisante et d'éveil de la conscience, alors même que la majorité de la doctrine s'accorde à le définir comme « l'aptitude à distinguer le bien du mal »², lui conférant par là même un certain contenu moral³ que ne possède pas la capacité délictuelle.

126 - Comme l'explique de manière assez juste un auteur, la capacité de comprendre exigée au titre de la capacité délictuelle désigne le « degré minimal d'intelligence et de volonté, mais non une pleine capacité de comprendre et une volonté entièrement libre qui pourraient seules constituer le discernement »⁴. En d'autres termes, la faculté de comprendre désignerait un premier stade de réflexion : le degré minimal de cohérence intellectuelle indispensable à l'individu pour se représenter son comportement ainsi que la portée « matérielle » de celui-ci ; tandis que le discernement tel qu'on l'entend habituellement exigerait un degré supplémentaire de réflexion puisqu'il s'agit alors de se demander si l'individu a conscience qu'en agissant de la sorte, il commet une infraction et encourt à ce titre la réprobation de la société. Si une certaine confusion au sujet de cette question règne tant en doctrine qu'en jurisprudence, c'est qu'il existe en réalité entre l'intelligence – faculté de comprendre la nature et la portée physique de ses actes – et le discernement – faculté de comprendre la portée morale de ses actes –, une différence de degré, non de nature.

¹ 1^{er} motif de l'arrêt.

² Discernement vient d'ailleurs du latin *discernere* signifiant distinguer. V. ainsi Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 352 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel - T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 616 ; A. DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 305 et s. ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 18^e éd., 2010, n° 463 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 3^e éd., 2010, n° 435. *Contra* F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, n° 635, pour qui le discernement englobe la capacité de comprendre, entendue comme « la capacité d'interpréter ses actes dans la réalité » et la capacité de vouloir ou capacité de contrôler ses actes ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, 2^e éd., 2006, n° 310 et s. qui semble assimiler le discernement et les concepts d'intelligence et de volonté mais considère toutefois que l'absence de volonté et d'intelligence a pour conséquence de faire disparaître l'élément moral de l'infraction.

³ MM. MERLE et VITU envisagent d'ailleurs le discernement et plus généralement l'imputabilité comme une aptitude à mériter la sanction, justifiant donc le blâme social que constitue la sanction, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, *loc cit.*

⁴ A. DECOCQ, *op. cit.*, p. 203.

127 - Cette proximité entre intelligence et discernement¹ apparaît d'ailleurs sous la plume d'un auteur² qui définit le discernement comme « *l'aptitude à percevoir exactement le monde qui l'environne et les conséquences de ses actes* », considérant donc l'absence de discernement comme pouvant priver un individu de sa capacité de se représenter le monde environnant ou d'apprécier la portée de ses actes. Or, cette faculté n'exprime rien d'autre, selon nous, que la connaissance matérielle. Aussi, si nous partageons l'opinion de cet auteur quant à l'effet variable des troubles mentaux qui peuvent, soit priver un individu de l'ensemble de ses facultés psychiques cognitives, soit le priver seulement de la conscience de la portée morale de ses actes³, on peut toutefois lui reprocher de ne pas suffisamment insister sur la distinction entre les causes pouvant justifier l'irresponsabilité de l'individu. Il semble ainsi juridiquement plus juste de distinguer l'incapacité délictuelle de percevoir la réalité des faits qui empêche la constitution même de l'infraction, de l'absence de discernement qui prive le délinquant de la conscience morale de ses actes et empêche alors de lui imputer une infraction dont il est pourtant l'auteur.

128 - Cette confusion entre intelligence et discernement apparaît également lorsque l'on s'intéresse à la seconde composante de l'intelligence, à savoir la conscience du caractère illicite de l'infraction.

2 – La conscience de l'illicite

129 - Il nous faut, là encore, étudier cette conscience de l'illicéité des faits (a) puis la distinguer du discernement (b).

a) L'exigence d'une conscience de l'illicéité des faits

130 - Le second élément de l'intelligence a trait au caractère illicite de l'infraction et apparaît comme une conséquence du principe de légalité. En effet, conformément à ce

¹ Donc entre la capacité délictuelle et l'imputabilité.

² J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2005, p. 288 et 290.

³ Ou discernement au sens strict.

principe, un individu ne peut être condamné pénalement qu'en vertu d'un texte pénal (légalité formelle), ce texte devant être clair et précis (légalité matérielle). A l'inverse, on doit admettre que lorsqu'un individu ignore l'existence d'un texte interdisant le comportement qu'il a adopté, son attitude ne peut être constitutive d'une infraction pénale, faute de cette conscience de l'illicite, indispensable à l'infraction. Qu'entend-on alors par conscience de l'illicéité des faits ?

131 - Pour caractériser cette conscience, l'auteur doit en effet connaître l'existence du texte légal ou réglementaire réprimant le comportement qu'il a décidé d'adopter. Cette connaissance de la loi n'est toutefois qu'une « *connaissance objective de la loi* », « *une saisie artificielle des prescriptions légales* »¹, résumant par ces formules le caractère très sommaire de cette conscience de l'illicéité². En outre, si cette exigence se conçoit sur le plan théorique, elle est tout de même tempérée en pratique par l'existence d'une présomption presque irréfragable de connaissance de la loi. En effet, afin de ne pas permettre à chaque délinquant de se prévaloir d'une erreur ou de son ignorance de la loi, le droit pénal a longtemps présumé et ce de manière irréfragable chez tous les individus, la connaissance de la loi pénale. Pourtant, cette présomption de connaissance de la loi, bien que justifiée par l'intérêt général et la finalité répressive du droit pénal, rendait quelque peu artificielle la conscience de l'illicéité. En effet, du fait de son caractère irréfragable, cette présomption ne reflétait en rien la réalité de l'état d'esprit du délinquant³, c'est pourquoi le législateur a admis en 1994, à l'article 122-3 du Code pénal, l'irresponsabilité pénale de la personne qui « *justifie avoir cru, par erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte* ». Admise par le droit positif, l'erreur de droit reste cependant très rarement retenue en pratique, conduisant la connaissance réelle par l'auteur de l'illicéité de son comportement à ne jouer qu'un rôle très limité en matière pénale. C'est d'ailleurs peut-être ce qui explique que la question de l'illicéité du comportement ait parfois été confondue avec la question plus large de l'immoralité de celui-ci.

¹ H. PARENT, *La connaissance de la loi en droit pénal : vers l'émergence d'un nouvel équilibre entre l'efficacité juridique et la faute morale*, *Les cahiers de Droit*, vol. 42, n° 1, mars 2001, pp. 74-75.

² On peut d'ailleurs reconnaître ce caractère assez sommaire à l'intelligence en général puisque tant la connaissance matérielle que la conscience juridique sont des exigences plus formelles que réelles.

³ Pour une opinion analogue, v. ainsi MM. R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 586, *in fine*.

b) La distinction de la conscience de l'illicite et du discernement

132 - On a vu que le droit anglo-saxon avait établi dès l'arrêt *Mc Naghten* la distinction entre un discernement « intellectuel » représentant la faculté de juger la nature et la qualité d'un acte et un discernement « moral » résumant la capacité d'un individu à savoir que ce qu'il fait est « mal ». Cependant, l'interprétation qu'il faut donner à cette dernière formule reste assez difficile, tant le terme « mal » est imprécis. Doit-on ainsi se contenter de la simple connaissance du caractère illicite des faits ou s'agit-il au contraire de la faculté de comprendre la signification morale d'un acte¹ ? Il semble préférable, selon nous, d'opter pour la première interprétation ce que semblent confirmer la jurisprudence anglaise² et, dans une certaine mesure³, le droit pénal canadien⁴. Un arrêt canadien⁵ a ainsi jugé qu'on ne devait réserver la qualification d'aliénation mentale qu'à celui qui ne savait pas ce qu'il faisait (défaut de connaissance matérielle) ou qui n'avait pas conscience de commettre un crime (défaut de conscience de l'illicite), rejetant donc toute interprétation littérale de l'article 16 du Code criminel⁶. Cette position semble devoir être approuvée puisqu'elle permet de donner à la

¹ Dans le premier cas, le discernement moral correspondrait alors à la conscience de l'illicite évoquée plus haut tandis que dans le second cas, le discernement moral correspondrait à la notion de discernement tel qu'on l'entend habituellement en droit français.

² V. ainsi J. FORTIN et L. VIAU, *Traité de Droit pénal général*, Montréal, Thémis Inc., 1982, n° 158 : « L'interprétation du mot « mauvais » ou wrong, selon les règles McNaghten, a posé un problème aux tribunaux. L'accusé doit-il savoir qu'il agit contrairement à la morale ou doit-il savoir qu'il agit contrairement à la loi ? En Angleterre, les tribunaux ont opté en faveur de la connotation légale du mot wrong ».

³ La situation au Canada est, selon un auteur, plus nuancée qu'en Angleterre : « il existe au Canada deux approches soutenues historiquement par les tribunaux. La première, qui était jusqu'à récemment très populaire, limitait l'examen du processus mental de l'accusé au simple aspect cognitif de l'acte [...]. La seconde approche qui est celle retenue à l'heure actuelle, a pour effet d'envisager la capacité de l'accusé au regard de son aptitude à discerner le bien du mal. », H. PARENT, *Responsabilité pénale et troubles mentaux, Histoire de la folie en droit pénal français, anglais et canadien*, éd. Yvon Blais Inc., 1999, note 30, p. 324. La jurisprudence américaine tend d'ailleurs à faire prévaloir la conscience du caractère immoral de l'acte sur son simple caractère illicite, v. ainsi *People v. Skinner*, 1985, 39 Cal.3d 765, 183.

⁴ G. COTE-HARPER, A. MANGANAS, *Droit pénal canadien*, éd. Yvon Blais Inc., 1984, p. 394 et s. : « La Cour suprême a finalement tranché cette question en statuant que la connaissance du caractère « mauvais » d'un acte signifie la connaissance de la part de l'accusé que son acte est un acte criminel ». Ces auteurs poursuivent en estimant que « cette interprétation claire et objective [...] apporte plus de certitude dans l'application de l'article 16 du Code ».

⁵ Cour Suprême du Canada, 5 mai 1976, *Schwartz c. La Reine*, [1977] 1, R.C.S. 673 : « Même s'il a commis un crime en comprenant ce qu'il faisait, l'accusé ne peut être déclaré coupable si, en raison d'une maladie mentale, il ne savait pas que, par cet acte, il commettait un crime. », v. également les arrêts C.A. Ont., *R. c. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337 ; C.A. Ont., *R. c. Stanford*, (1976), 27 C.C.C. (2d) 520.

⁶ « Le critère prévu au paragraphe 16 (2) n'est pas de savoir si l'accusé, en raison d'une maladie mentale, pouvait ou ne pouvait pas réfléchir calmement sur la question de savoir si le crime qu'il commettait était ou non

notion de connaissance de la loi une véritable place au sein de l'infraction tout en la différenciant du concept de discernement qu'il paraît plus pertinent, au regard de son contenu moral¹, d'extraire de l'infraction². On pourrait alors distinguer la simple conscience chez le délinquant du caractère illicite de son comportement, élément de la capacité délictuelle indispensable à l'infraction, de la conscience de la portée morale de ce comportement ou discernement qui est une donnée extérieure à l'infraction. En effet, comme le résume un auteur, la connaissance de la loi, et *a contrario* l'ignorance de celle-ci, « *intervient à la source même de l'infraction en éradiquant la capacité criminelle antérieure à la constatation de la culpabilité* »³. D'ailleurs, même avant l'intégration de l'erreur de droit dans le Code pénal français, un arrêt avait admis l'irresponsabilité pénale d'un employeur qui avait préalablement consulté le ministère du travail afin de savoir s'il était nécessaire de convoquer un délégué syndical au conseil d'entreprise et qui, induit en erreur par l'autorité administrative, avait été poursuivi pour non-convocation d'un délégué syndical au conseil d'entreprise⁴. Selon la Cour de cassation, « *en présence, d'une part, de textes "prêtant à discussion" et, d'autre part, de l'interprétation qu'en avait donnée l'autorité administrative qualifiée, les prévenus avaient pu croire en toute bonne foi que leur refus était légitime et qu'en le formulant, ils n'avaient pas eu conscience de commettre un acte fautif* », ajoutant qu' « *en s'adressant à l'Administration, [les prévenus] avaient manifesté leur souci de se mettre en règle avec la loi* ». Cet arrêt montre bien le rattachement de la connaissance de la règle de droit à l'intention, donc à l'élément moral de l'infraction puisque la Cour précise que « *les faits de la cause ne présentaient pas le caractère intentionnel nécessaire* ». Ainsi, comme le souligne un commentateur, « *l'arrêt ne retient pas l'erreur de droit commise par le prévenu – et par le ministre –, mais la volonté de se conformer aux dispositions de la loi en s'adressant à la personne qui était, a priori, la mieux qualifiée pour l'interpréter [...] ce qui prouve leur*

moralement mauvais. On ne doit pas le considérer comme aliéné au sens du paragraphe 16 (2), s'il savait ce qu'il faisait et savait aussi qu'il commettait un acte criminel », même arrêt.

¹ V. *infra* n° 289.

² L'expression « discernement moral » utilisée en droit anglo-saxon pour exprimer cette conscience du caractère illicite de l'infraction apparaît donc assez maladroite et pourrait être remplacée par celle de « discernement légal » ou par celle plus précise de « connaissance de la loi », réservant ainsi le terme de « discernement » à la faculté de distinguer le bien du mal et par conséquent d'apprécier la portée morale de ses actes.

³ H. PARENT, *Discours sur les origines et les fondements de la responsabilité morale en droit pénal*, Les Editions Thémis, 2001, p. 211.

⁴ Crim. 9 octobre 1958 : *Bull. Crim.* n° 615, *Gaz. Pal.* 1958, 2, p. 319 et 320. Sur cet arrêt, v. *infra* n° 142.

volonté de se mettre en règle avec la loi et est évidemment exclusif de toute intention délictuelle »¹.

133 - L'intelligence à travers ses deux composantes, la conscience de la matérialité et la conscience de l'illicéité de son comportement, apparaît donc comme la première composante de la capacité délictuelle. Elle représente ainsi la traduction intellectuelle de l'élément matériel et de l'élément légal² de l'infraction et témoigne donc du subjectivisme inhérent à la notion d'infraction. Une fois le contenu de l'intelligence précisé, il est nécessaire de s'attarder sur la mise en œuvre pratique de cette exigence par le droit pénal en étudiant le régime de l'incapacité délictuelle fondée sur le défaut d'intelligence.

B – Le défaut d'intelligence : obstacle à la caractérisation de l'élément moral de l'infraction

134 - En tant que faculté intellectuelle sommaire représentant le degré minimal d'intelligence nécessaire à l'élément moral de l'infraction, l'intelligence apparaît comme une condition fondamentale de la caractérisation de l'infraction. Pourtant, malgré son importance et afin de ne pas rendre ineffectif tout le droit pénal en obligeant le Ministère Public à prouver pour chaque infraction l'existence de cette faculté intellectuelle, elle est présumée exister chez tous les délinquants. Cette présomption s'explique d'une part, par le fait que chaque acte humain traduit, en principe, la faculté d'appréhender et de comprendre le monde qui l'entoure, et d'autre part, par le fait que conformément à l'adage classique, « *nul n'est censé ignorer la loi* ». Ces deux raisons justifient l'existence de cette double présomption mais également son caractère quasi irréfragable, cette présomption d'intelligence ne pouvant en effet être renversée que dans de très rares hypothèses.

¹ *Gaz. Pal.* 1958, 2, p. 320, *in fine*.

² Si l'on s'accorde toutefois à considérer que la connaissance de la loi appartient à l'infraction et en constitue l'élément légal. Dans le cas contraire, la conscience de l'illicite peut tout de même être considérée comme le reflet de la présomption de connaissance de la loi.

135 - S'il est donc *a priori* très difficile de concevoir qu'un individu puisse être privé, même temporairement, de cette faculté humaine fondamentale qu'est l'intelligence, le droit pénal admet tout de même quelques hypothèses dans lesquelles la conscience matérielle fait défaut (1) ou dans lesquelles c'est la conscience de l'illicéité du comportement qui fait défaut (2).

1 – L'incapacité délictuelle pour défaut de conscience matérielle

136 - Citons tout d'abord l'exemple du très jeune enfant. En effet, l'enfant très jeune peut être considéré comme incapable de commettre une infraction, spécialement lorsque celle-ci nécessite un élément moral complexe, qu'il s'agisse d'une faute intentionnelle ou d'une faute d'imprudence qualifiée¹. Cette incapacité délictuelle peut alors s'expliquer par l'absence ou l'insuffisance de conscience matérielle des faits. N'ayant pas encore pu intégrer les normes sociales de comportement, l'enfant doit être considéré comme dépourvu de cette « *approche éclairée de la réalité* »² qui constitue le support de l'élément moral de toute infraction. Cela explique d'ailleurs que la majorité des droits étrangers³ consacrent, on l'a vu, cette incapacité délictuelle en établissant un âge légal au dessous duquel le mineur est présumé incapable de commettre une infraction⁴, souvent de manière irréfragable au-dessous d'un certain âge puis au-delà, de manière réfragable. A l'inverse, le droit français privilégie une démarche pragmatique en ne fixant pas, *ab initio*, d'âge légal de capacité délictuelle, laissant par conséquent au juge le soin de déterminer au cas par cas si le mineur ayant commis les faits possédait le degré minimum d'intelligence indispensable pour comprendre la matérialité de son acte.

¹ V. *supra* n° 89 et s..

² Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 3^e éd., 2010, n° 223-225.

³ Comme le souligne R. CARIO dans son paragraphe consacré aux seuils d'âges en matière de responsabilité pénale, « *toutes les législations observées, sauf le Luxembourg, celle de la République Tchèque et la nôtre, semblent avoir prévu un âge minimum de prise en charge des mineurs auteurs d'une infraction* », cet âge étant généralement fixé, selon cet auteur, à quatorze ans, R. CARIO, *Jeunes délinquants, A la recherche de la socialisation perdue*, L'Harmattan, 2^e éd., 2000, pp. 278-279.

⁴ Respectant ainsi l'article 40, 3^e de la Convention internationale des droits de l'enfant qui invite les Etats à « établir un âge minimum au-dessous duquel les enfants seront présumés n'avoir pas la *capacité d'enfreindre la loi pénale* ». Cet âge varie selon les pays : sept ans à Chypre, en Grèce et en Suisse, dix ans au Royaume-Uni et en Australie, douze ans aux Pays Bas, au Portugal et au Canada, quatorze ans en Italie, en Espagne, en Allemagne et en Autriche, quinze ans en Suède, au Danemark et en Finlande, etc.

137 - En second lieu, on peut également citer l'hypothèse d'un trouble mental qui ferait disparaître ou limiterait la faculté de comprendre d'un individu, l'incapacité délictuelle reposant alors sur l'impossibilité pour l'individu atteint d'un trouble mental profond de former au moment du crime une intention, voire plus généralement une faute. Dans ce cas, la maladie mentale empêche la caractérisation de l'élément moral de l'infraction¹. Il faut bien comprendre qu'il ne s'agit pas ici de l'hypothèse prévue à l'article 122-1 du Code pénal concernant le trouble mental ayant aboli le discernement², c'est-à-dire la faculté de distinguer le bien du mal, mais plutôt de l'hypothèse d'un trouble mental plus profond, privant un individu de ses facultés psychiques cognitives, notamment lorsque le trouble mental ne permet plus à l'auteur de percevoir de manière exacte le monde qui l'entoure, en cas de bouffée délirante aiguë par exemple³. Il semble en effet difficile dans ce cas de considérer que l'individu atteint d'un tel trouble psychique ou neuropsychique puisse être capable de former une intention ou même une imprudence permettant de caractériser l'élément moral de l'infraction, ce qui aboutit juridiquement à lui reconnaître une incapacité délictuelle. La jurisprudence canadienne nous fournit d'ailleurs une illustration assez intéressante de défaut de conscience matérielle pour cause de trouble mental. L'arrêt *R. c. O* reconnaît ainsi l'incapacité de comprendre la nature et la portée de ses actes d'une femme accusée du meurtre de ses enfants, puisqu'au lendemain du meurtre, celle-ci demanda au médecin chargé de l'examiner de mettre fin à ce dernier pour lui permettre de retourner à la maison pour s'occuper de son mari et de ses enfants. Comme le souligne un commentateur de cette décision, « *l'accusée était bien consciente du fait qu'elle avait pendu ses enfants [...]* ».

¹ V. ainsi les motifs du juge LAMER dans l'arrêt de la Cour Suprême du Canada, 20 déc. 1990, *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, rapportés par H. PARENT : « *Les dispositions relatives à l'aliénation mentale agissent, au niveau le plus fondamental, comme une exemption de responsabilité pénale fondée sur l'incapacité de former une intention criminelle* », *Discours sur les origines et les fondements de la responsabilité morale en droit pénal*, Thémis, 2001, p. 11, note 218.

² Sur la distinction de la connaissance matérielle et du discernement, v. *supra* n° 125 et s. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2005, p. 288 et 290. Un juge canadien exprime d'ailleurs cette proximité en admettant qu'un trouble mental puisse selon sa gravité, soit empêcher de caractériser une infraction du fait d'une « *négarion de l'actus reus ou de la mens rea* », soit agir comme « *une excuse ou une justification fondée sur le fait que la condition mentale de l'accusé l'avait rendu incapable de savoir que son acte était mauvais* », arrêt *R. c. Chaulk* (1990), 3 R.C.S. 1303, 1321, cité par H. PARENT, *op. cit.*, *loc. cit.*

³ Affection psychiatrique de la famille des psychoses caractérisée par un délire à thèmes polymorphes survenant brusquement chez un sujet généralement indemne de troubles psychiques. Le caractère soudain et l'importance du délire, souvent accompagné de troubles hallucinatoires multiples, peuvent ainsi priver temporairement un individu de la faculté de se représenter la réalité.

Cependant, son désir de retourner à la maison pour s'occuper d'eux pouvait laisser croire que, nonobstant sa mémoire de l'évènement, elle ne pouvait en apprécier la signification physique », et de conclure, « *il semblait bien que, quant à l'accusée, la pendaison ne signifiait pas la mort de ses enfants* »¹. Cet exemple assez significatif nous montre donc qu'un individu peut dans de très rares circonstances, perdre la faculté de comprendre le monde qui l'entoure ou d'apprécier la portée physique de son comportement, le privant alors de sa capacité délictuelle.

138 - Enfin, il existe une troisième hypothèse dans laquelle un individu peut perdre la faculté d'apprécier correctement la réalité, il s'agit de l'erreur de fait². En effet, dans cette hypothèse, un individu de bonne foi adopte, du fait d'une mauvaise interprétation de la réalité, un comportement qui, s'il avait été commis en connaissance de cause, aurait constitué une infraction. C'est par exemple le cas de celui qui s'empare d'un objet en pensant qu'il s'agit du sien. Du fait de l'absence de volonté de soustraire la chose d'autrui, la majorité des auteurs justifient l'irresponsabilité pénale de l'individu qui a commis une erreur par l'absence de faute. Cependant, on pourrait également soutenir que lorsqu'un individu se méprend sur la réalité des faits, cette erreur « *en détruisant l'adhésion morale de l'agent vis-à-vis de la commission de l'acte illégal, [...] éteint le crime dans son principe essentiel* »³ et agirait donc comme une cause d'incapacité, plus précisément comme une cause d'incapacité affectant l'intelligence ou la connaissance de l'accusé au moment de l'infraction. Si l'on peut saluer l'originalité de cette analyse qui possède au moins le mérite de présenter l'erreur de fait sous un jour nouveau, en la reliant à la notion d'intelligence, on peut tout de même la contester car il ne s'agit pas à proprement parler d'une hypothèse d'incapacité. En effet, l'*errans* n'est pas réellement privé de la capacité d'apprécier les faits, il a simplement commis une erreur dans l'exercice de cette faculté. Cette erreur d'appréciation pourra alors être invoquée afin de démontrer que l'individu n'avait pas la volonté de commettre une infraction. Autrement dit, bien que capable, en théorie, d'apprécier la réalité, l'individu qui se méprend malgré tout,

¹ J. FORTIN, L. VIAU, *Traité de Droit pénal général*, Montréal, Thémis Inc., 1982, n° 156.

² V. ainsi l'ouvrage d'H. PARENT, *op. cit.* qui évoque successivement l'aliénation mentale, la minorité et l'erreur de fait au titre des causes qui affectent l'intelligence ou la connaissance de l'accusé au moment du crime.

³ H. PARENT, *op. cit.*, p. 247.

commet une erreur empêchant de caractériser une intention en cas d'infraction intentionnelle¹, ou permettant au contraire de caractériser la négligence nécessaire à une infraction non intentionnelle². Il semble donc juridiquement plus pertinent d'analyser l'erreur de fait comme une cause de non-culpabilité, plutôt que comme une cause d'incapacité délictuelle. Cette solution présente en outre le mérite de justifier que son effet varie selon le type d'infraction.

139 - Si l'on met donc de côté l'hypothèse de l'erreur de fait, le jeune enfant et l'individu atteint d'un trouble mental profond peuvent donc exceptionnellement être privés de ce degré minimal d'intelligence nécessaire à l'infraction et plus précisément à son élément moral. A côté de ces hypothèses d'absence d'une véritable conscience des faits, on trouve également le défaut de conscience de l'illicéité de son comportement, c'est-à-dire l'erreur de droit.

2 – L'incapacité délictuelle pour défaut de conscience de l'illicéité

140 - En principe, l'existence d'une présomption de connaissance de la loi empêche l'auteur d'une infraction d'invoquer une prétendue ignorance de l'interdit pénal. Toutefois comme on a déjà eu l'occasion de le voir, le Code pénal français, contrairement au droit canadien par exemple³, a admis dans des conditions très strictes, l'irresponsabilité pénale de celui qui « *justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte* ». Lorsque l'on étudie les très rares hypothèses dans lesquelles la jurisprudence a admis l'erreur de droit, on remarque qu'il s'agit d'une cause d'irresponsabilité pénale exceptionnelle et très difficile à établir. Cela a conduit la majorité des auteurs à analyser l'erreur de droit comme une cause de non-imputabilité⁴ et à la

¹ C'est le cas, dans l'exemple cité précédemment, de l'individu qui s'empare d'un objet dont il se croit à tort propriétaire : faute de l'absence de volonté de soustraire la chose d'autrui, un vol ne peut être caractérisé.

² Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, n° 395 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, n° 681 et 682 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 18^e éd., 2010, n° 494 ; X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, 4^e éd. 2010 n° 195. M J.-H. ROBERT est plus nuancé sur cette question puisqu'il considère que dans ce cas le recours à la contrainte physique permet parfois au prévenu d'échapper à sa responsabilité pénale, *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2005, p. 315.

³ Art. 19 du Code criminel canadien : « L'ignorance de la loi chez une personne qui commet une infraction n'excuse pas la perpétration de l'infraction ».

⁴ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op. cit.*, n° 673 et s. ; J. LEROY, *Droit pénal général*, LGDJ, 3^e éd., 2010, n° 534 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 3^e éd., 2010, n° 460 et s. ; J. PRADEL, *op. cit.*, n° 495

rapprocher de la contrainte, puisque, selon ces auteurs, il y aurait dans les deux cas une véritable impossibilité de se conformer au droit¹. En réalité, cette analyse peut être contestée en considérant que dans le cas d'une erreur invincible, seule erreur à même de justifier l'irresponsabilité pénale de l'auteur, l'*errans* qui a tout mis en œuvre pour respecter le droit, a agi conformément au bon père de famille et n'a donc pas commis de faute. L'erreur de droit semble donc plutôt relever de la question de la capacité à l'infraction, que de l'imputabilité.

141 - Ce rattachement de la connaissance de la loi à la notion de capacité délictuelle, donc à l'infraction, nous permet alors de remettre en cause l'analyse traditionnelle de l'erreur de droit. En effet, contrairement à la majorité des auteurs qui intègrent l'erreur de droit aux autres causes d'irresponsabilité subjectives que sont le discernement et le libre arbitre, nous pensons au contraire qu'il est plus juste de rattacher l'erreur de droit à l'infraction et plus précisément à son élément moral. Il paraît difficile de considérer qu'un individu qui s'est renseigné aux autorités compétentes et qui a été induit en erreur par celles-ci a réellement commis une infraction ? Si l'on accepte en revanche d'intégrer à la capacité délictuelle, donc à l'infraction, cette « *conscience chez le coupable d'enfreindre les prohibitions légales* », on admet alors que l'erreur de droit, en neutralisant cette conscience de l'illicéité, fait disparaître l'infraction et non la simple responsabilité pénale. Cette opinion est d'ailleurs partagée par certains auteurs² qui intègrent l'erreur de droit au sein de l'étude de la culpabilité. D'ailleurs, l'étude des conséquences de l'erreur de droit permet de mettre en doute le rattachement classique de l'erreur de droit aux causes subjectives d'irresponsabilité. En effet, si l'erreur de droit est traditionnellement présentée comme une cause de non-imputabilité, il faut en conclure que, du fait de l'effet *in personam* reconnu à ces causes d'irresponsabilité, seul l'*errans* pourrait bénéficier de l'irresponsabilité. Or, et malgré le relatif silence de la doctrine

et s. ; X. PIN, *op. cit.*, n° 256 et s. ; J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 313 et s. ; J.-C. SOYER, *Droit pénal et procédure pénale*, LGDJ, 20^e éd., 2008, n° 231 et s. ; A. DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 305 et s.

¹ Notons tout de même qu'un auteur souligne son caractère assez particulier, puisqu'il la qualifie de « *cause de non-imputabilité d'un nouveau genre* », E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, 2010, n° 274

² Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 392 et s., spéc. n° 397, ces deux auteurs rattachent ainsi tant l'erreur de fait que l'erreur de droit à la question de la culpabilité puisque dans les deux cas, l'auteur « *n'a pas eu conscience de violer la loi pénale* » ; v. également pour une opinion similaire : LARGUIER J., CONTE P., et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, Dalloz, 21^e éd., 2008 p. 40 et 41 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel - T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 587 ; R. BERNARDINI, *Droit pénal général*, Gualino, 2003, n° 621 et s. ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général, Ellipses*, 2^e éd., 2006, n° 305 et s.

sur la question¹, MM. DESPORTES et LE GUNEHEC reconnaissent à l'erreur de droit un certain effet *in rem*² bénéficiant à tous les protagonistes, analysant donc, de manière assez contradictoire, avouons-le, l'erreur de droit comme une cause d'irresponsabilité subjective et objective à la fois³ ! Il faut donc se résoudre, si l'on veut expliquer l'effet « absolu » de l'erreur de droit sans nier son caractère subjectif, à considérer qu'elle fait disparaître la conscience de l'illicite indispensable à l'élément subjectif de l'infraction, la faute.

142 - Les rares arrêts qui retiennent l'erreur de droit vont d'ailleurs dans ce sens. Ainsi, dans l'arrêt déjà évoqué⁴ du 9 octobre 1958⁵, la Chambre criminelle a estimé que les faits « *ne présentaient pas le caractère intentionnel nécessaire [...] pour constituer le délit* » puisque les prévenus « *n'avaient pas eu conscience de commettre un acte fautif* ». Comme le note un commentateur de l'arrêt, « *c'est alors, la bonne foi qui est prise en considération par la Cour de cassation pour exclure l'intention coupable dans la mesure où le prévenu, qui a pris pour vrai ce qui est faux, démontre qu'il n'a pas commis de faute* »⁶. D'ailleurs, la jurisprudence, hostile à une trop grande reconnaissance de l'erreur de droit, a tendance à fonder ses décisions de relaxe sur une absence d'intention plutôt que sur l'existence d'une erreur de droit, ce qui témoigne de la très grande proximité de ces deux questions⁷, ce que semble confirmer la

¹ Seuls quelques auteurs évoquent expressément ce problème : v. ainsi F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op. cit.*, n° 691 et l'article de F. LE GUNEHEC consacré à l'erreur de droit, *J.-Cl. Pénal*, n° 64 et 65 ; J.-C. PLANQUE, *La détermination de la personne morale pénalement responsable*, L'Harmattan, 2003, n° 654 ; D. VIRIOT-BARRIAL, *Rép. Pén.*, v^{is} « Erreur sur le droit », n° 67 et enfin F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, 2009, n° 52.

² F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op. cit. loc. cit.* et F. LE GUNEHEC, *op. cit. loc. cit.*

³ Après avoir en effet admis qu'il s'agissait « *d'une cause subjective d'irresponsabilité* » qui ne s'étendait donc pas aux coauteurs ou complices de *l'errans*, ces auteurs poursuivent en indiquant que « *compte tenu du caractère également objectif de cette cause d'irresponsabilité, il est vraisemblable que tous les protagonistes de l'infraction pourront en bénéficier* », et appliquent le même raisonnement aux personnes morales : « *l'erreur de droit peut bénéficier aux personnes morales si elle est reconnue au profit de leurs organes ou représentants personnes physiques* ». Un autre auteur évoque en se basant d'ailleurs sur le manuel de MM DESPORTES et LE GUNEHEC, la « *forte connotation objective de cette cause subjective (sic) d'irresponsabilité* », J.-C. PLANQUE, *op. cit.*, n° 654 *in fine*.

⁴ V. *supra* n° 132.

⁵ Crim. 9 octobre 1958 : *Bull. Crim.* n° 615, *Gaz. Pal.* 1958, 2, p. 319 et 320.

⁶ *Gaz. Pal.* 1958, 2, p. 320.

⁷ V. ainsi F. LE GUNEHEC, *op. cit.*, n° 24 : « *Dans certaines circonstances, la jurisprudence peut légitimement confondre la question de l'absence d'élément intentionnel avec celle de l'existence de l'erreur sur le droit, tant sont alors proches ces deux questions* ». C'est également l'opinion de M. CHAZAL rapportée par J.-P. DOUCET, *Une discussion sur l'erreur de droit*, RSC 1962, p. 501 : « *M. le Président Chazal a nettement exposé l'attitude des magistrats français : ceux-ci s'efforcent d'« escamoter » le problème. [...] Ils préférèrent par exemple invoquer l'absence d'intention plutôt que l'erreur de droit* ».

doctrine lorsqu'elle admet que l'erreur de droit est incompatible avec l'intention¹ ou avec la faute². Cette dernière remarque permet d'ailleurs de mettre en évidence une contradiction que l'on trouve chez certains auteurs. Si en théorie, l'article 122-3 du Code pénal permet, du fait de sa généralité, de justifier toute infraction, qu'elle soit intentionnelle ou non intentionnelle, un auteur constate pourtant que l'erreur de droit concerne presque exclusivement les infractions intentionnelles dont elle « *supprime le premier élément du dol* »³. Comment expliquer que l'erreur de droit puisse justifier une infraction non intentionnelle dépourvue, selon cet auteur, de dol général ? On pourrait admettre que l'erreur de droit est une cause de non-culpabilité pour les infractions intentionnelles dont elle fait disparaître le dol général, mais qu'en matière d'infractions non intentionnelles, l'erreur de droit apparaîtrait comme une cause de non-imputabilité. Ce caractère hybride de l'erreur de droit – cause de non-culpabilité pour les infractions intentionnelles ou cause de non-imputabilité pour les infractions d'imprudence – complique inutilement la matière et semble à ce titre impossible à justifier. C'est pourquoi il semble préférable de considérer l'erreur de droit comme une cause d'incapacité délictuelle, préalable indispensable à l'élément moral de l'infraction. Ce rattachement de l'erreur de droit à l'élément moral de l'infraction permet, en outre, de donner à l'erreur de droit un régime unifié, la rapprochant ainsi de l'erreur de fait. Il paraît en effet regrettable que la doctrine attribue à ces deux types d'erreurs, assez proches en pratique, un régime totalement différent. L'erreur de fait est en effet classiquement considérée comme une cause de non-culpabilité qui fait disparaître l'intention et disqualifie donc l'infraction intentionnelle en infraction d'imprudence⁴ tandis que l'erreur de droit est généralement analysée comme une cause de non-imputabilité empêchant l'imputation de l'infraction à son auteur. Analyser l'erreur de droit comme une cause de non-culpabilité susceptible de faire

¹ « [L'erreur de droit] exclut l'intention coupable » puisque « la notion d'intention coupable suppose la conscience de tous les éléments du délit », S. PLAWSKI, *L'erreur de droit*, RSC 1962, p. 451 ; « Si l'intention criminelle réside dans la conscience chez l'agent qu'il accomplit un acte illicite, le défaut de connaissance de la loi pénale devrait exclure l'élément intentionnel », J.-P. DOUCET, *op. cit.*, p. 502.

² « Si l'erreur invincible est admise en matière pénale c'est parce qu'elle efface [...] le caractère fautif de l'infraction », J.-P. COUTURIER, *L'erreur de droit invincible en matière pénale*, RSC 1968, p. 549.

³ F. LE GUNEHÉC, *op. cit.*, *loc. cit.* : « En pratique toutefois, c'est principalement pour les infractions intentionnelles, qui supposent l'existence d'un dol général caractérisé à la fois par la connaissance de la loi pénale et par la conscience de violer cette loi, que l'erreur de droit comporte un intérêt particulier puisqu'elle supprime le premier élément du dol ».

⁴ En revanche l'erreur de fait serait inopérante en matière de faute non intentionnelle dont elle constitue précisément l'élément moral, l'erreur prouvant la négligence ou l'imprudence. Sur cette question, v. *supra* n° 138.

disparaître la conscience de l'illicite nécessaire à la commission d'une infraction, contribue donc à rapprocher ces deux types d'erreurs.

143 - Qu'il soit fondé sur une absence de connaissance de la matérialité de l'infraction ou de l'illicéité de celle-ci, le défaut d'intelligence empêche, on l'a vu, de caractériser l'élément moral de l'infraction. Aussi, si l'individu poursuivi parvient à prouver son incapacité délictuelle, aucune infraction ne pourra lui être reprochée, faute de pouvoir caractériser chez lui cette aptitude intellectuelle à l'infraction. Le défaut d'intelligence apparaît donc comme un obstacle à la caractérisation de la faute pénale¹. Du fait de l'absence des facultés intellectuelles élémentaires nécessaires à la caractérisation d'une faute, aucun écart de conduite ne semble donc pouvoir être caractérisé chez un individu incapable délictuellement.

144 - Si l'intelligence apparaît donc comme le premier élément de la capacité délictuelle, cette dernière ne doit pourtant pas être réduite à cette seule composante intellectuelle. En effet, il est également indispensable de caractériser chez l'auteur d'une infraction l'existence d'une volonté ou plus précisément, d'une faculté de vouloir.

§2- La volonté ou la faculté de vouloir

145 - Le second élément de la capacité délictuelle est relatif à la volonté, c'est-à-dire à la faculté de vouloir. A l'image de nos développements relatifs à l'intelligence, nous nous intéresserons tout d'abord à son aspect positif en étudiant le contenu de la volonté (A) puis à son aspect négatif, c'est-à-dire aux hypothèses dans lesquelles un individu peut être privé de la faculté de vouloir (B).

¹ On peut alors s'interroger sur l'effet de l'incapacité délictuelle sur la responsabilité civile de l'individu. Au regard du contenu de l'aptitude à l'infraction, l'intelligence semble nécessaire à la caractérisation de toute faute, puisque la faute reste la condition indispensable à toute responsabilité du fait personnel (v. *supra* n° 66).

A – Le contenu de la volonté nécessaire à la caractérisation de l’infraction

146 - Comme nous avons déjà pu le constater, toute infraction comporte un élément moral¹, qu’il s’agisse d’une intention, c’est-à-dire d’une tension de la volonté vers le résultat, ou d’une faute non intentionnelle, c’est-à-dire d’un relâchement de la volonté. Il semble par conséquent indispensable pour caractériser une infraction de vérifier que son auteur possède la faculté d’exercer sa volonté, cette faculté apparaissant comme le support indispensable à toute faute, ou pour paraphraser un auteur, comme le « *terreau dans lequel s’enracine la culpabilité et germe la notion de responsabilité* »². Il nous faut donc définir ce qu’on entend par « volonté » (1), avant de voir que le contenu de celle-ci impose de la rattacher à la culpabilité, donc à l’infraction (2).

1 – La définition de la volonté

147 - En psychologie, la volonté est définie comme « *le pouvoir qu’a l’homme d’accomplir des mouvements et des actes en les contrôlant* »³. Plus largement, la volonté traduit la faculté reconnue à l’homme de se déterminer à faire ou à ne pas faire quelque chose, autrement dit comme la faculté d’agir. Cette faculté est parfois qualifiée de « *volonté agissante* » pour souligner le fait que la volonté permet à l’homme de traduire sa pensée en acte, par opposition

¹ La catégorie des fautes normatives aussi appelées fautes contraventionnelles constituées par la simple violation matérielle d’une norme de comportement indépendamment de l’état d’esprit de l’auteur semble aujourd’hui condamnée tant par le Code pénal qui exige une intention (art. 121-3 al.1 du Code pénal) ou une imprudence pour caractériser l’infraction (art. 121-3 al. 3 du Code pénal) que par le Conseil constitutionnel qui a consacré le principe selon lequel toute incrimination doit comporter, en matière délictuelle, un élément moral, c’est-à-dire une intention ou une imprudence de l’auteur dans sa décision du 16 juin 1999, D.C. 16 juin 1999 : *D.* 1999, 589, note Y. MAYAUD. Toutefois, même lorsque ce type de fautes existait, nous pensons qu’il fallait, conformément à l’arrêt *Laboube*, que l’auteur ait tout de même compris et voulu son acte. V. ainsi la position d’A.-C. DANA, pour qui « *les infractions concernées par la faute contraventionnelle répondent nécessairement à la définition du concept même d’infraction. Cela signifie que comme toute infraction, la contravention est par essence une action humaine imputable, avant d’être une action humaine coupable* », *Essai sur la notion d’infraction pénale*, LGDJ, 1982, n° 347. On peut d’ailleurs remarquer que même pour le droit pénal canadien qui consacre à titre exceptionnel des infractions de responsabilité « absolue » pour lesquelles aucun élément mental n’est exigé au titre de la *mens rea*, l’exigence d’un acte conscient et volontaire reste indispensable : « *La responsabilité absolue, cela ne fait aucun doute, rejette toute considération relative à l’élément mental ou mens rea du crime (intention, insouciance, négligence), mais demeure subordonnée à la capacité de commettre un crime* », H. PARENT, *Discours sur les origines et les fondements de la responsabilité morale en droit pénal*, Les Editions Thémis, 2001, p. 277.

² H. PARENT, *op. cit.*, *loc. cit.*

³ V° « *Volonté* », R. LAFON, *Vocabulaire de psychopédagogie et de psychiatrie de l’enfant*, PUF, 2001.

aux réflexes ou à l'instinct qui guident le comportement des animaux par exemple. C'est pourquoi la faculté de vouloir¹ apparaît comme une faculté spécifiquement humaine qui différencierait l'homme des autres êtres vivants². La philosophie reconnaît ainsi à l'homme le monopole de la volonté et fait même de celle-ci un des fondements de la responsabilité morale et pénale. L'importance de la volonté apparaît ainsi chez ARISTOTE pour qui « *on loue et blâme ce qui émane de notre volonté, tandis qu'on ne refuse pas son pardon et parfois même sa pitié à ce qui est accompli sans volonté de choix* »³, mais aussi chez SAINT AUGUSTIN⁴ ou au Moyen-Age dans la pensée des théologiens comme THOMAS D'AQUIN⁵.

148 - En tant qu'aptitude intellectuelle, cette faculté de vouloir nécessite certaines données relatives à l'état mental de l'individu et reste donc très étroitement liée à la notion d'intelligence⁶ telle qu'on l'a définie précédemment⁷. La volonté présuppose en effet un certain degré d'intelligence puisque, comme l'affirme un auteur, « *la volonté de celui qui ne comprend pas son fait n'est qu'illusion* »⁸. Il paraît en effet difficile d'admettre l'existence d'une véritable faculté de vouloir chez un individu privé de la faculté de comprendre⁹.

149 - Très étroitement liée à l'intelligence, la volonté, en tant que possibilité théorique d'agir, apparaît également proche d'autres notions telles que le choix ou le libre arbitre. Il faut

¹ Au même titre que la faculté de comprendre.

² Pour une opinion plus nuancée, v. H. PARENT, *Discours sur les origines et les fondements de la responsabilité morale en droit pénal*, Les Editions Thémis, 2001, p. 125 et s., p. 137 : « *Il n'est pas philosophiquement établi, même si la tradition classique échafaude le monopole de l'homme en matière de responsabilité pénale sur la présence d'un acte volontaire et sur la capacité de choix, que cette faculté appartienne exclusivement à l'homme* ».

³ ARISTOTE, *Ethique de Nicomaque*, Garnier-Flammarion, 1965, Livre III, Chap. Premier.

⁴ « C'est par la volonté que l'on pêche, et que l'on vit honnêtement » SAINT AUGUSTIN, *Rétract.*, I, 9, PL 32, 596. BA, 12, 319, cité par SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme Théologique, T. II*, Les éditions du cerf, 1984, question 20, article 1, p. 158 (consultable en ligne).

⁵ « *Tout acte bon ou mauvais est louable ou blâmable selon qu'il est au pouvoir de la volonté* », SAINT THOMAS D'AQUIN, op. cit., question 21, article 3, p. 166, *in fine*.

⁶ V. ainsi l'opinion de M. PAGEAUD pour qui la volonté est indissociable de l'intelligence : « *l'homme conçoit, se décide, agit à la fois, avec toutes ses facultés : intelligence, volonté, mémoire, conscience, imagination, etc. [...] La volonté est présente à tous ces stades* », *La notion d'intention en droit pénal*, JCP 1950, I, 876, spéc. n° 4.

⁷ A savoir, la faculté de comprendre la nature et la portée de ces actes que l'on constate, en principe, chez tous les individus.

⁸ A. DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 201.

⁹ Si le défaut d'intelligence implique donc le défaut de volonté, la réciproque n'est pas forcément juste, comme le prouve l'existence de certaines hypothèses dans lesquelles un individu peut être privé de la faculté d'exercer sa volonté, alors même que son intelligence est suffisante, en cas de contrainte par exemple.

en réalité distinguer ces questions. Le choix tout d'abord apparaît comme une conséquence pratique de la volonté : c'est parce que l'homme peut se déterminer par sa volonté, qu'il est amené à faire des choix. Le choix exprime donc la traduction concrète de la faculté de vouloir. La notion de libre arbitre¹ est en revanche plus complexe à distinguer de celle de volonté au point que la plupart des juristes les considèrent comme synonymes, même s'il s'agit, *stricto sensu*, de deux concepts philosophiques distincts. On définit ainsi juridiquement le libre arbitre comme la capacité de se déterminer soi-même, spontanément et volontairement. Il exprime alors l'absence d'influence extérieure sur la volonté, l'acte ne résultant que de la volonté de celui qui l'a accompli. Le concept de libre arbitre qualifie ainsi la volonté et se présente donc comme une qualité supplémentaire de celle-ci.

150 - Ainsi, si tout acte humain est en principe volontaire, dans la mesure où cet acte n'est que la traduction matérielle de la volonté de son auteur, un acte humain n'est pas forcément libre puisque d'autres causes viennent parfois expliquer cet acte, lorsqu'un individu commet une infraction sous l'influence d'une contrainte. Dans ce cas, celui qui commet l'infraction a bien la volonté d'agir, toutefois son comportement, bien que volontaire, ne peut être considéré comme libre car il lui a été imposé par une force externe ou interne. Un acte n'est donc libre que lorsqu'il ne résulte que de la seule volonté de son auteur. Cette proximité entre les concepts de volonté et de libre arbitre explique d'ailleurs la relative confusion qui règne en doctrine au sujet du rôle joué par la volonté en matière pénale et plus précisément de sa place. Doit-elle être rattachée à l'infraction et plus précisément à son élément moral ou faut-il l'analyser comme une cause de non-imputabilité empêchant l'imputation d'une infraction à son auteur ? Il semble, à la lumière des développements qui précèdent, que la volonté peut être considérée comme une condition préalable indispensable à la culpabilité.

2 – Un préalable indispensable à la culpabilité

151 - On sait que la faute intentionnelle se définit comme le fait de tendre sa volonté vers un résultat illicite tandis que la faute d'imprudence traduit un simple relâchement de la volonté :

¹ Sur cette notion, A. SCHOPENHAUER, *Essai sur le libre arbitre*, trad. F. REINACH, éd. Rivages, 1992.

l'individu n'a pas agi comme il aurait dû le faire, ou plutôt comme le bon père de famille l'aurait fait. On constate donc que la faute résulte toujours d'un mauvais exercice de sa volonté par le fautif¹. Elle présuppose donc l'existence d'une capacité de vouloir. Il semble en effet indispensable que l'auteur d'une faute soit doté d'un « *minimum de volonté* »² permettant de caractériser chez lui cette faute. C'est d'ailleurs en ce sens qu'il faut comprendre l'arrêt *Laboube*³ selon lequel, rappelons-le, « *toute infraction, même non intentionnelle, suppose [...] que son auteur ait agi avec intelligence et volonté* »⁴.

152 - Si cette analyse justifie donc le rattachement de la volonté à la capacité délictuelle, il justifie également la distinction nécessaire entre la faculté de vouloir et la liberté de la volonté. En effet, si l'imputation de la faute est conditionnée par certains caractères que doit présenter la volonté⁵, cette question suppose résolue celle, nécessairement antérieure, de l'existence d'une volonté. Il semble ainsi plus juste d'analyser l'aptitude d'un individu à vouloir ce que le texte incrimine – un comportement imprudent dans le cas d'une infraction non intentionnelle ou un résultat pour une infraction intentionnelle – comme un élément préalable de l'élément moral de l'infraction que comme un élément de l'imputabilité. Cette faculté de vouloir trouve alors sa place au sein de la capacité délictuelle que l'on a définie comme la capacité de comprendre et de vouloir, représentant le degré minimum d'intelligence et de volonté nécessaire pour caractériser l'infraction, spécialement son élément moral.

153 - Cette analyse est confirmée par GARRAUD, pour qui « *l'acte coupable est toujours un acte volontaire* », « *le concept de faute impliqu[ant] le concept de volonté* »⁶. Si cette

¹ Sur l'existence d'un élément de volonté au sein des fautes non intentionnelles, v. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, n° 385 : « *Si l'intention est tension de la volonté, l'imprudence est la volonté non tendue* ».

² A. DECOCQ, *op. cit.*, p. 154.

³ Cass. crim., 13 déc. 1956, *Laboube* : D. 1957, jurispr. p. 349, note M. PATIN ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 7^e éd., 2009, comm. n° 43 par A. VARINARD ; *A propos d'un arrêt récent en matière de minorité pénale*, RSC 1957, p. 363, note de J.-L. COSTA.

⁴ Pour une analyse plus approfondie de cet arrêt, v. *supra* n° 99.

⁵ Cette dernière devant être *libre*, c'est-à-dire exempte de contrainte et *lucide*, c'est-à-dire exercée avec discernement.

⁶ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. I, Sirey, 3^e éd., 1913, p. 568, n° 283. V. également au sujet des personnes morales : « *Parce que la culpabilité suppose la volonté, la personne morale privée de la capacité individuelle d'agir ne peut donc pas être responsable pénalement* », J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 2009, p. 454.

définition nous montre que la volonté est indispensable à la faute, elle souligne également les limites de cette exigence. Le célèbre pénaliste évoque ainsi le « *concept de volonté* » prouvant que cette exigence reste très théorique. Il s'agit en effet de simplement vérifier que l'individu à qui on reproche une infraction est capable d'exercer sa volonté ou plus exactement que l'infraction procède bien de sa volonté. Or, puisque tous les êtres humains sont doués de volonté et de la faculté d'exercer cette volonté, cette exigence est en principe toujours satisfaite¹, rendant alors cette condition quelque peu inutile. Si cette remarque est fondée², elle n'est cependant pas incontestable. En effet, c'est le propre de la notion juridique de capacité que de n'être utilisée que de manière négative lorsque, précisément, cette aptitude fait défaut. Il est donc normal que l'intérêt de cette question n'apparaisse que précisément lorsque la volonté d'un individu disparaît sous l'effet de la contrainte.

154 - De plus, l'intégration de la volonté dans le concept infractionnel participe à sa dimension humaine, éthique, au même titre que l'intelligence³. Ne peut donc être considéré comme une infraction, qu'un comportement traduisant la volonté de son auteur puisqu'« *à défaut de volonté, le fait de l'homme ne constitue pas un acte, mais un événement* »⁴. Dénué de volonté, l'acte matériel est insusceptible d'engager la responsabilité pénale ou civile de l'individu qui en est à l'origine. Il nous semble donc essentiel de faire de cette faculté de vouloir une condition préalable de l'élément moral de l'infraction nous permettant ainsi de la rattacher au concept de capacité délictuelle. Cette conclusion semble d'ailleurs confirmée par l'étude du régime de l'incapacité délictuelle fondée sur le défaut de volonté.

¹ Sauf à admettre que l'on se trouve en présence d'un cas de contrainte.

² La doctrine souligne ainsi l'inutilité de cet élément de volonté qui n'apparaît que lorsqu'il fait défaut, v. ainsi MERLE et VITU qui, évoquant l'inutilité du dol général (auquel ils donnent, on l'a vu, un contenu beaucoup plus large que la simple capacité de vouloir mais dont cette dernière fait tout de même partie) notent que : « *ce que l'on qualifie « dol général » n'est en effet pas autre chose que l'absence d'erreur de fait, de démence ou de contrainte [...] de sorte que la référence au dol général n'aurait d'intérêt pratique qu'en tant que moyen de défense* », R. MERLE & A. VITU, *Traité de droit criminel - T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 580 *in fine*. Pour une démonstration plus approfondie de l'inutilité du dol général, A.-C. DANA, *op. cit.*, n° 456 et s. *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982.

³ V. *infra* n° 120.

⁴ A. DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 201.

B – Le défaut de volonté : obstacle à la caractérisation de l'élément moral de l'infraction

155 - Nous venons de voir que la volonté pouvait être analysée comme un préalable indispensable à la faute, donc à l'infraction. Or, à l'image de l'intelligence, la volonté est appréhendée par le droit pénal de manière négative, lorsque cette dernière fait défaut. L'étude de certains arrêts ayant admis que la force majeure justifiait l'irresponsabilité pénale d'un individu permet alors de considérer que l'absence de volonté qui découle de la force majeure est une hypothèse d'incapacité délictuelle faisant obstacle à la caractérisation d'une infraction.

156 - Analyser la force majeure comme une hypothèse d'incapacité délictuelle est donc non seulement possible (1), mais cela semble également justifié (2).

1 – L'incapacité délictuelle fondée sur la force majeure

157 - Bien que les juges évoquent indistinctement l'absence d'infraction¹ ou l'irresponsabilité du fait d'une contrainte², on peut considérer que certaines décisions s'expliquent par le défaut de volonté de celui qui est « l'auteur matériel » de l'infraction. Selon la jurisprudence, ne peut être considéré comme auteur d'une infraction de pâturage ou de divagation d'animal, le propriétaire de bestiaux qui ont été épouvantés et dispersés par des loups³ ou dont l'égarement s'explique par le vol⁴ ou le bris de la clôture de leur enclos⁵. De la même façon, l'automobiliste⁶ qui a provoqué un accident après avoir perdu la maîtrise de son

¹ Crim. 12 mars 1959, *Bull. Crim.* n° 176 : « en de telles circonstances de fait, aucune faute ne peut être reprochée à Lebeault qui n'a pas commis d'imprudance ni d'infraction au Code de la route ».

² Crim. 23 janv 1997, *Bull. Crim.* n° 32

³ Crim. 1^{er} avr. 1808, cité par E. GARÇON, *Code pénal annoté, T.1*, Sirey, 1901-1906, art. 64, n° 96.

⁴ Crim. 12 oct. 1850 : *S.* 1853, 1, 464. Si cette décision permet à la victime d'un vol de s'exonérer de sa responsabilité pénale, il ne faut toutefois pas que par sa négligence, la victime en ait facilité la perpétration : Crim. 13 juill. 1951 : *Bull. Crim.* n° 213.

⁵ CA Papeete, 21 sept. 2000, *JurisData* n° 2000-136011.

⁶ CA Douai 24 oct. 2000 : *JCP G.* 2002, II, 10012, note J.-Y. MARECHAL ; Crim. 15 nov. 2005 : *Dr. Pénal* 2006, comm.. n° 32, note A. VERON.

véhicule du fait d'une plaque de verglas¹ ou d'un malaise imprévisible² ne peut être reconnu responsable pénalement, faute de pouvoir analyser son comportement comme un comportement volontaire. Enfin, l'endormissement d'un voyageur qui n'était pas descendu à sa gare de destination et à qui l'on reprochait par conséquent d'avoir voyagé sans billet de transport valide a ainsi permis de l'exonérer de sa responsabilité pénale³.

158 - Ces quelques exemples démontrent que la force majeure, souvent qualifiée en droit pénal de contrainte physique⁴ peut priver l'agent de sa faculté de vouloir et peut donc être analysée comme une hypothèse d'incapacité délictuelle empêchant de caractériser l'infraction. En effet, dans toutes ces situations, l'agent n'a été que le jouet, l'instrument passif d'une force à laquelle il n'a pu résister⁵. En supprimant sa liberté physique, la force majeure « donne à l'homme contraint le rôle d'instrument, et lui enlève celui d'agent du délit : non agit sed agitur »⁶. Dénués de toute volonté, ces actes ne peuvent recevoir une quelconque qualification pénale et apparaissent donc comme de simples faits⁷, insusceptibles de fonder une poursuite pénale ou civile.

159 - Une analyse plus approfondie de ces arrêts nous permet alors de remarquer qu'il s'agit généralement d'infractions de faible gravité, souvent de nature contraventionnelle, mais surtout qu'il ne s'agit que d'hypothèses de contrainte physique, qu'elle soit externe (fait de l'homme, d'un animal ou de la nature) ou, même si c'est plus rare, interne (dans le cas du malaise ou de l'endormissement). Comment expliquer que seule la contrainte physique puisse être analysée comme une cause d'incapacité délictuelle ? Cela peut se comprendre dans la

¹ Crim. 11 avr. 1970 : *Bull. Crim.* n° 117, *RSC* 1971, 927, obs. A. LEGAL ; Crim. 18 déc. 1978, *Bull. Crim.* n° 357, *RSC* 1979, p. 558, obs. G. LEVASSEUR. Là encore, le prévenu devra prouver que le défaut de maîtrise était irrésistible et imprévisible (vitesse modérée, prudence, présence de verglas non habituelle...) car dans le cas contraire, une faute de négligence pourrait lui être opposée, l'empêchant ainsi de bénéficier de toute exonération.

² Crim. 15 nov. 2005 : *Dr. Pén.* 2006, comm. n° 32, note A. VERON.

³ Crim. 3 mars 1865 : *D.* 1866, 5^{ème} partie, n° 394 ; Crim. 24 avr. 1937 : *DH* 1937, p. 429 ; Crim. 19 oct. 1922 : *DP* 1922, 1, p. 233.

⁴ Qui se définit comme la force qui « abolit la liberté de mouvement », par opposition à la contrainte morale qui « supprime la liberté de décision », Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, n° 365.

⁵ A l'image de cette célèbre décision relaxant un cycliste ayant mortellement blessé un gendarme car il était bloqué dans un peloton : Crim. 5 janv. 1957 : *Bull. Crim.* n° 17 ; *RSC* 1958, p. 95, obs. A. LEGAL.

⁶ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. I, Sirey, 3^e éd., 1913, n° 346, p. 685.

⁷ A l'image déjà évoquée de la tuile tombée du toit qui blesse un passant, v. *supra* n° 62.

mesure où le défaut de volonté est plus simple à concevoir lorsque le prévenu est privé de sa liberté de mouvement, autrement dit, « [il] devient en quelque sorte un jouet entre les mains de "forces" [...] qui le dépassent et qu'il ne peut maîtriser »¹. Ainsi pour reprendre l'un des exemples précités, l'automobiliste qui, glissant sur une plaque de verglas, blesse un piéton, peut être considéré comme privé de toute volonté, ou plus précisément de toute volonté agissante. Ce défaut de volonté semble plus complexe à caractériser en cas de contrainte morale. S'il paraît concevable qu'une plaque de verglas ou qu'une maladie soit à même de priver un individu de sa faculté de vouloir, il semble plus difficile de concevoir que des menaces ou des pressions, caractéristiques de la contrainte morale, puissent enlever à un individu toute faculté de vouloir². Comme l'écrit un auteur, « l'acte accompli sous l'empire d'une pression psychique n'est jamais un acte fatal et la volonté n'est pas totalement abolie »³. C'est donc, semble-t-il, moins la nature que l'intensité de l'effet de la contrainte qui explique que seule la contrainte physique ait pu être considérée comme privant un individu de la faculté de vouloir.

160 - C'est pourquoi nous pensons que seule la contrainte physique doit être rattachée au concept de capacité délictuelle et peut être considérée comme une véritable incapacité délictuelle empêchant la caractérisation même de l'infraction. La contrainte morale qui domine la volonté sans toutefois l'éclipser totalement doit, au contraire, être analysée comme une cause de non-imputabilité qui empêche l'imputation d'une infraction parfaitement constituée⁴. Il semble d'ailleurs plus pertinent de qualifier ces hypothèses d'incapacité délictuelle de cas de « force majeure » plutôt que d'évoquer la contrainte. On pourrait alors distinguer la force majeure – hypothèse d'incapacité délictuelle qui agirait sur l'élément moral de l'infraction –, de la contrainte – cause de non-imputabilité qui empêcherait l'imputation de

¹ F. DESPORTES & F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, n° 662.

² On peut également justifier cette solution en observant que la jurisprudence est généralement plus réticente à admettre la contrainte morale que la contrainte physique, F. DESPORTES & F. LE GUNEHEC, *op. cit.*, n° 668.

³ J.-M. AUSSEL, *La contrainte et la nécessité en droit pénal*, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, dir. STEPHANI G., Dalloz, 1956, n° 30, p. 268. Pour une opinion similaire, F. DESPORTES & F. LE GUNEHEC, *op. cit.*, *loc. cit.* : « la contrainte morale porte [...] par nature, une atteinte moins profonde au libre arbitre de la personne, qui pourrait tenter de résister ».

⁴ V. *infra* n° 320.

l'infraction¹. Cette dichotomie semble plus satisfaisante que la distinction entre la contrainte physique et la contrainte morale puisque d'une part, l'absence d'imputabilité prévue à l'article 122-2 du Code pénal vise aussi bien la contrainte morale que la contrainte physique et d'autre part, puisque la contrainte physique ne prive pas, *ipso facto*, le contraint de sa faculté de vouloir².

161 - Cette analyse nouvelle de la force majeure comme une hypothèse d'incapacité délictuelle semble d'ailleurs confirmée par le droit positif.

2 – La justification de l'assimilation de la force majeure à l'incapacité délictuelle

162 - Le rattachement de la force majeure à la capacité délictuelle, donc à l'élément moral de l'infraction apparaît en effet à travers l'importance accordée à l'absence de faute dans l'admission de la force majeure (a). En outre, il semble possible d'interpréter l'article 121-3, alinéa 5 de Code pénal comme la consécration du rattachement de la force majeure à l'élément moral de la faute (b).

a) L'importance accordée à l'absence de faute dans l'admission de la force majeure

163 - Dans un arrêt du 15 novembre 2006³, la Cour de cassation a refusé d'admettre l'irresponsabilité pénale d'une femme enceinte de huit mois qui, prise d'un malaise, avait effectué un arrêt ou un stationnement gênant sur un emplacement réservé aux véhicules des grands invalides. Aussi sévère soit-elle, cette solution est assez classique au regard de la rigueur avec laquelle la jurisprudence apprécie la force majeure. Elle suppose en effet une impossibilité absolue de se conformer à la loi, impossibilité que les tribunaux apprécient en exigeant que la force à l'origine de la contrainte présente les caractères d'irrésistibilité et

¹ *Contra*, H. BAUDRY, *La force majeure en droit pénal*, th. Lyon, 1938, p. 64, cet auteur affirmant que « la contrainte physique, c'est la force majeure » ; v. également en ce sens, F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, 2009, n° 59 et s., spéc. n° 67.

² V. *supra* n° CCCC.

³ Crim. 15 nov. 2006, pourvoi n° 06-80.087 : *JCP* 2007, II, 10062, note MARECHAL ; *D.* 2007, p. 2632, pan. (novembre 2006-septembre 2007) G. ROUJOU DE BOUBEE. V. déjà : Crim. 28 déc. 1900 : *DP* 1901, 1, 81, note LE POITEVIN ; Crim. 8 févr. 1936 : *DP* 1936, 1, 44, note H. DONNEDIEU DE VABRES.

d'imprévisibilité. Or, lorsque l'on étudie les rares décisions dans lesquelles la force majeure a été retenue, on s'aperçoit qu'à travers l'extrême sévérité dont font preuve les juges pour apprécier ces critères d'irrésistibilité et d'imprévisibilité, ils cherchent, en réalité, à caractériser l'absence de faute de celui-ci.

164 - Ainsi, dans un autre arrêt¹, la Cour de cassation a admis le bénéfice de la force majeure au profit d'un conducteur qui avait perdu connaissance au volant de sa voiture et avait mortellement blessé quatre personnes. On peut interpréter la référence à un malaise survenu « *brutalement* » et de manière « *inexplicable au regard de l'état de santé du conducteur* », comme l'affirmation par la Cour de cassation de l'absence de faute du conducteur². Un arrêt de la Cour d'appel de Douai concernant des faits similaires est encore plus explicite puisqu'il retient la force majeure au motif que le conducteur « *n'avait en réalité jamais commis de faute dans la conduite de son véhicule, sa conscience et sa vigilance de conducteur ayant seulement été abolies à raison de la survenance d'un malaise brutal qu'il n'avait pu prévoir* »³. Cette formulation dénuée de toute ambiguïté montre bien qu'à travers la force majeure, c'est l'absence de faute qui fonde en réalité l'irresponsabilité du conducteur. Cela explique d'ailleurs pourquoi, dans une espèce assez similaire, la force majeure a en revanche été refusée au motif que le prévenu « *âgé de 68 ans, souffrant d'une grave insuffisance cardiaque, [...] avait déclaré n'avoir dormi que trois heures et avait indiqué que sa maladie cardiaque était la cause de son malaise* »⁴. Bien que l'accident ait été provoqué, comme dans l'affaire précédente, suite au malaise cardiaque du conducteur d'une automobile, l'imprudence de ce dernier consistant à continuer à rouler malgré sa fatigue et son état justifie que la Cour de cassation lui refuse le bénéfice de la force majeure.

165 - Cet arrêt illustre ainsi le fait qu'à travers l'exigence d'imprévisibilité de la force majeure, les juges cherchent en réalité à évaluer le comportement de l'agent et à s'assurer que celui-ci n'a pas commis de faute. En effet, si l'article 122-2 du Code pénal ne vise que

¹ Crim. 15 nov. 2005 : *Dr. Pén.* 2006, comm. n° 32, note A. VERON.

² V. ainsi l'opinion d'E. DREYER dans son commentaire de l'arrêt du 15 nov. 2005, *D.* 2006, p. 1582.

³ CA Douai, 24 octobre 2000 : *JCP* 2002, II, 10012, note J.-Y. MARECHAL.

⁴ Crim. 11 mai 2004 : *Bull. Crim.*, n° 115 ; *AJ Pénal* 2004, p. 285, obs. J. LEBLOIS-HAPPE ; *RSC* 2004, p. 878, obs. Y. MAYAUD.

l'irrésistibilité de la contrainte, la jurisprudence exige traditionnellement que celle-ci soit également imprévisible, c'est-à-dire que l'individu qui allègue la force majeure ne se soit pas lui-même mis dans l'impossibilité d'agir autrement qu'en commettant une infraction. Cette condition d'imprévisibilité traditionnellement exigée depuis le célèbre arrêt *Trémintin* de 1921¹ qui ne figure pas dans la loi a longtemps divisé la doctrine². Selon la Cour, le marin, en s'enivrant, s'est lui-même placé dans l'impossibilité de pouvoir regagner son navire, conduisant les juges à analyser son comportement comme une faute antérieure, ôtant à l'évènement son caractère imprévisible³. Bien que cette condition d'imprévisibilité continue d'être exigée par la jurisprudence⁴, la majorité de la doctrine la critique puisqu'elle n'est pas prévue par l'article 122-2 du Code pénal⁵. Certains auteurs reprochent ainsi à la Cour de cassation de confondre la question de la culpabilité et celle de son imputabilité⁶. Si la position de la jurisprudence sur cette question n'est pas totalement satisfaisante, elle ne nous semble pourtant pas dénuée de tout fondement⁷. La critique formulée plus haut, à savoir que le rejet de la force majeure en cas de faute antérieure aboutit à confondre la question de la caractérisation de la faute et celle de son imputation perd sa raison d'être si l'on rattache la

¹ Arrêt dans lequel la Cour de cassation a rejeté la contrainte constituée par l'impossibilité physique pour un marin poursuivi pour désertion de regagner son bateau du fait de son interpellation pour ivresse : Crim. 21 janv. 1921 : *Bull. Crim.* n° 52 ; S. 1922, I, p. 185, note J. A. ROUX ; M. PUECH, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, Cujas, n° 105 p. 185 ; solution confirmée depuis par un arrêt plus récent : Crim. 6 mai 1970 : *Bull. Crim.* n° 154.

² V. ainsi les références données par M.-L. RASSAT, *J.-Cl. Pénal*, v^{is} « *Troubles psychiques ou neuropsychique et contrainte* », n° 96. Pour une synthèse sur cette question : J. LEAUTE, *Le rôle de la faute antérieure dans le fondement de la responsabilité pénale*, D. 1981, *chron.* p. 295 et A. VITU, RSC 1986, p. 89.

³ « *En admettant que la détention de Trémintin au poste de police l'ait mis dans l'impossibilité absolue de se rendre à son bord, cette détention, occasionnée par la faute qu'il avait commise en se mettant en état d'ivresse, n'a pas constitué un événement qu'il n'ait pu éviter* », arrêt précité.

⁴ V. ainsi l'arrêt du 6 mai 1970, *Bull. Crim.* n° 154 précité.

⁵ V. ainsi l'opinion de M. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2005, p. 311 : « *L'article 122-2 [...] souligne le silence de la loi sur la condition d'imprévisibilité qu'il faudrait interpréter comme une condamnation implicite de la jurisprudence* ». Les travaux parlementaires montrent pourtant la volonté du législateur de reconduire le droit positif en la matière : v. ainsi le rapport de M. Ph. MARCHAND, *JOAN*, Doc. Parlem., 1989, n° 896, p. 139.

⁶ Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, n° 366. Ces auteurs ajoutent que cette prise en compte par la jurisprudence de la faute antérieure contreviendrait au principe selon lequel les éléments de l'infraction doivent être appréciés au moment de l'infraction, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷ ARISTOTE considérait ainsi « *qu'en menant une existence relâchée les hommes sont personnellement responsables d'être devenus eux-mêmes relâchés, ou d'être devenus injustes ou intempérants, dans le premier cas en agissant avec perfidie et dans le second en passant leur vie à boire ou à commettre des excès analogues* », ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque* (trad. J. TRICOT), Vrin, 1997, Livre III, Chap. 7, p. 142.

force majeure à la capacité délictuelle, donc à l'élément moral de l'infraction¹. Il ne semble dès lors pas absurde de tenir compte de l'état d'esprit de l'agent lorsque l'on s'interroge sur sa capacité délictuelle puisque cette dernière constitue, on l'a vu, l'élément préalable de l'élément moral de l'infraction.

166 - Si la prise en considération de la faute antérieure initiée par l'arrêt *Trémintin* semble donc envisageable, la solution que cet arrêt consacre apparaît en revanche beaucoup plus contestable. En effet, en confirmant la condamnation du marin pour désertion, la Cour assimile une simple imprudence à l'intention nécessaire pour caractériser l'élément moral de cette infraction. Ainsi, l'imprudence du marin qui s'est enivré quelques heures avant le départ de son bateau suffit, selon la Cour, à caractériser sa volonté de désertion. Or, si l'on s'accorde pour refuser le bénéfice de l'incapacité délictuelle à l'agent qui s'est lui-même placé dans une situation l'obligeant à commettre une infraction, il reste toutefois à caractériser chez lui l'élément moral du délit, en l'espèce, la volonté de désertion. Aussi, bien que la Cour ait la possibilité de refuser le bénéfice de l'incapacité délictuelle à un individu ayant commis une faute antérieure, elle ne peut *ipso facto* en déduire l'élément moral indispensable à la caractérisation d'une infraction, ici une intention. Il en serait autrement si l'infraction en cause avait été une infraction non intentionnelle, la faute antérieure pouvant parfois permettre de caractériser le défaut de prévision nécessaire à l'imprudence. C'est par exemple le cas de l'arrêt du 11 mai 2004 évoqué précédemment². L'imprudence du conducteur qui poursuit sa route malgré sa fatigue et son état de santé permet dans ce cas à la fois de rejeter son incapacité délictuelle mais également de caractériser l'élément moral de l'infraction de blessures involontaires.

167 - La jurisprudence consacre donc l'importance du rôle que joue la faute en matière de force majeure. Le fait que de nombreux arrêts se réfèrent à la faute ou à l'absence de faute de la personne poursuivie pour admettre ou exclure la force majeure, démontre son caractère

¹ Il est à noter que la critique reste toutefois pertinente en matière de contrainte morale qui devrait, si elle constitue une cause de non-imputabilité, pouvoir être appréciée indépendamment du comportement de l'auteur. Pour une analyse approfondie de cette question, v. *infra* 318.

² Crim. 11 mai 2004 : *Bull. Crim.* n° 115 ; *AJ Pénal* 2004, p. 285, obs. J. LEBLOIS-HAPPE ; *RSC* 2004, p. 878, obs. Y. MAYAUD., *supra* n° 146

subjectif. En effet, sous couvert d'examiner l'irrésistibilité et surtout l'imprévisibilité de la contrainte, la jurisprudence cherche en réalité soit à caractériser l'absence de faute de l'agent, soit à justifier le refus d'exonérer celui qui, par sa faute, s'est mis dans l'impossibilité de respecter la loi. Loin d'être contraire à la nature même de la force majeure, cette prise en compte de l'état d'esprit de l'agent justifie que l'on puisse analyser la force majeure comme une cause d'incapacité délictuelle de nature à priver un individu de la faculté de vouloir indispensable à l'infraction. Ce rattachement de la force majeure à l'élément moral de l'infraction apparaît d'ailleurs assez nettement à la lecture de l'article 121-3 du Code pénal

b) La consécration du rattachement de la force majeure à l'élément moral de la faute par l'article 121-3 du Code pénal

168 - L'influence de la force majeure sur l'élément moral de l'infraction apparaît également à travers la rédaction de l'article 121-3 du Code pénal et plus spécialement son alinéa 5¹. Si cet article est le seul à évoquer expressément la force majeure², il est également celui qui présente, dans ses alinéas 1 à 4, les différentes modalités de la faute pénale. Il y est ainsi précisé que si tout crime ou délit nécessite en principe une faute intentionnelle, la loi peut, exceptionnellement, prévoir certains délits ou certaines contraventions constituées par une imprudence simple ou une imprudence caractérisée. L'alinéa 5 complète ce dispositif en précisant « *qu'il n'y a point de contravention en cas de force majeure* ».

¹ Art. 121-3, al. 1, 2, 3 et 4 du Code pénal : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui. Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.

Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer.

Il n'y a point de contravention en cas de force majeure ».

² Si l'on considère toutefois que l'article 122-2 du Code pénal se réfère à la contrainte en tant que cause de non-imputabilité.

169 - Si ce dernier alinéa est classiquement interprété comme consacrant la volonté législative de clarifier la situation des contraventions et plus précisément de leur élément moral¹, on peut toutefois interpréter cet article autrement. Eu égard à sa place et à la formulation choisie par le législateur, il apparaît comme le corollaire des alinéas précédents en précisant que la force majeure fait disparaître la faute des contraventions. En ce sens, il faudrait alors repousser l'argument de certains auteurs pour qui l'alinéa 5 de l'article 121-3 du Code pénal ne serait qu'« *une application de la règle plus générale contenue à l'article 122-2* »². Il semble au contraire qu'en visant expressément « la force majeure » à l'article 121-3, alinéa 5 du Code pénal, le législateur ait consacré le rattachement de la force majeure à l'absence de faute.

170 - L'article 121-3 du Code pénal peut alors se comprendre comme édictant un principe – « *pas de crime ou de délit sans intention de le commettre* » (alinéa 1^{er}) –, une exception – « *des délits et des contraventions non intentionnels peuvent exceptionnellement être prévus par le législateur* » (alinéas 2, 3 et 4) – et une précision concernant les contraventions – « *en matière contraventionnelle, la force majeure fait disparaître la faute, donc l'infraction* » (alinéa 5). On voit alors que les moyens d'exonération dont dispose l'auteur d'une infraction varient selon l'élément moral de celle-ci. L'auteur d'un crime ou d'un délit pourra, en principe, s'exonérer en prouvant son absence d'intention ou, en matière de faute non intentionnelle, son absence de faute d'imprudence³. Mais il pourra également échapper à sa responsabilité pénale, et ce quelle que soit l'infraction commise⁴, en prouvant la force majeure, puisque celle-ci équivaut à démontrer son absence de volonté. Cette interprétation originale de l'article 121-3 du Code pénal conduirait ainsi non seulement à expliquer que la

¹ Avant l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, l'élément moral des contraventions était une question controversée. Si certains auteurs analysaient l'élément moral des contraventions comme une présomption de faute, la violation matérielle de la loi permettant de présumer la faute, d'autres plaidaient, au contraire, pour une absence de rôle de la faute dans les contraventions qui n'étaient, selon eux, constituées que par un simple comportement matériel.

² Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 3^e éd., 2010, n° 452.

³ L'alinéa 3 de l'article 121-3 du Code pénal permet ainsi à l'auteur de justifier son absence de faute non intentionnelle en prouvant qu'il a accompli « les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait ».

⁴ La doctrine est en effet unanime pour considérer que la force majeure ne se limite pas, en dépit de la formulation maladroite de l'alinéa 5, à la seule matière contraventionnelle : v. par ex. Y. MAYAUD, *op. cit.*, *loc. cit.*

force majeure ne se limite pas, en dépit de la formulation de l'alinéa 5, à la seule matière contraventionnelle, mais surtout à confirmer que la volonté est un élément préalable indispensable à toute faute, et que par conséquent son absence empêche de caractériser l'infraction.

171 - L'absence de volonté découlant de la force majeure établit donc en pratique l'absence de faute d'un individu, ce qui permettra de l'exonérer tant de sa responsabilité pénale que de sa responsabilité civile. L'effet de l'absence totale de volonté est donc très fort puisque le défaut de volonté empêche, au même titre que l'absence d'intelligence, de pouvoir caractériser l'élément moral indispensable à toute infraction.

172 - Intelligence et volonté caractérisent donc, comme le soulignait déjà l'arrêt *Laboube*¹, les deux facultés intellectuelles indispensables à la caractérisation d'une infraction. Cette conscience psychologique indispensable à l'infraction apparaît ainsi comme le préalable nécessaire de toute faute, que l'on raisonne en matière civile ou en matière pénale. Aussi fondamental soit-il, ce contenu intellectuel de la capacité délictuelle semble *a priori* difficilement conciliable avec ces responsables particuliers que sont les personnes morales dont le caractère abstrait s'accorde mal avec cette capacité de comprendre et de vouloir que représente l'aptitude à l'infraction.

¹ Crim., 13 déc. 1956, *Laboube* : D. 1957, jurispr. p. 349, note M. PATIN ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 7^e éd., 2009, comm. n° 43 par A. VARINARD ; *A propos d'un arrêt récent en matière de minorité pénale*, RSC 1957, p. 363, note de J.-L. COSTA.

Section 2 :

La capacité délictuelle des personnes morales

173 - Une des principales nouveautés du Code pénal de 1994 a été de consacrer, à l'article 121-2 du Code pénal, la responsabilité pénale des personnes morales¹. Au-delà des controverses doctrinales opposant fiction et réalité de celles-ci, cette innovation, en reconnaissant un nouveau type de responsable, a permis aux auteurs de s'interroger sur la possibilité d'admettre la responsabilité pénale des personnes morales et spécialement sur leur aptitude à commettre une infraction², c'est-à-dire sur leur capacité délictuelle. Si ce concept permet ainsi de présenter sous un jour nouveau la difficulté d'admettre la responsabilité pénale des personnes morales³, son application aux personnes morales suscite néanmoins de sérieuses interrogations.

¹ Pour ne citer que quelques ouvrages au sein de la considérable bibliographie existant sur ce sujet : Sur la responsabilité pénale des personnes morales avant le Code pénal de 1994 : A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, th. Paris, 1899 ; P. FAIVRE, *La responsabilité pénale des personnes morales*, RSC 1958, p. 547 ; L. FRANÇOIS, *Implications du delinquere sed non puniri potest*, in *Mélanges offerts à Robert LEGROS*, éd. de l'Université de Bruxelles, 1985, p. 194.

Sur la responsabilité pénale des personnes morales instaurée par le Code pénal : F. FRANCHI, *À quoi peut bien servir la responsabilité pénales des personnes morales?*, RSC, 1996, p. 277 ; M.-E. CARTIER, *La responsabilité des personnes morales*, in *Le Nouveau Code pénal, enjeux et perspectives*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 1994, p. 37 et s. ; F. DESPORTES, *Le nouveau régime de la responsabilité pénales des personnes morales*, JCP (E), 1993, I, p. 219 ; B. MERCADAL, *La responsabilité pénale des personnes morales et celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits*, RJDA 1994 p. 375 ; L. VICHNIEVSKY, *Bilan sommaire de la mise en œuvre de la répression à l'encontre des personnes morales*, RSC 1996, p. 288 ; C. DUCOULOUX-FAVARD, *Quatre années de sanctions pénales à l'encontre des personnes morales*, D. 1998, chron. p. 395 ; A. MARON et J.-H. ROBERT, *Cent personnes morales pénalement responsables*, Dr. Pén. 1998, chron. p. 22 ; W. CASSIERS, *La responsabilité pénale des personnes morales : une solution trompe l'œil ?*, RDPC juill.-août 1999, p. 823 ; D. OHL, *Recherche sur un dédoublement de la personnalité en droit pénal*, in *Études offertes à B. MERCADAL*, F. Lefebvre, 2002, p. 373 ; O. SAUTEL, *La mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales : entre litanie et liturgie*, D. 2002, p. 1147 ; J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, in *Le risque pénal dans l'entreprise*, Ouvrage collectif, Litec, Collection Carré Droit, 2003, p. 71 et s. ; Ph. CONTE, *La responsabilité des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal*, in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, sous la direction de J.-H. ROBERT et S. TZITZIS, éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 109 ; G. ROUJOU DE BOUBÉE, *La responsabilité pénale des personnes morales, Essai d'un bilan*, in *Une certaine idée du droit, Mélanges offerts à André DECOCQ*, Litec, 2004, p. 535.

² Selon un auteur, la responsabilité pénale des personnes morales a « réactivé » la question de l'existence d'une volonté propre de la personne morale, J.-C. PLANQUE, *La détermination de la personne morale pénalement responsable*, L'Harmattan, 2003, n° 397.

³ MM. MERLE et VITU présentant les arguments en faveur de l'irresponsabilité pénale des personnes morales évoquent, de manière étonnante, leur absence de « capacité pénale », comme si les termes capacité pénale et responsabilité pénale étaient synonymes, *Traité de droit criminel - T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 637, p. 805, note de bas de page n° 1.

174 - En effet, malgré le choix de consacrer la responsabilité pénale des personnes morales, le législateur n'a, semble-t-il, pas pris le soin d'approfondir la question pourtant fondamentale de leur capacité délictuelle. Évacuant donc cette question aux implications aussi bien juridiques que philosophiques¹, le législateur a en effet posé le principe de la responsabilité des personnes morales sans s'interroger sur l'existence d'une quelconque capacité délictuelle de celles-ci, inversant de ce fait l'ordre logique du raisonnement. Malgré un regrettable silence de la doctrine, on trouve tout de même quelques développements relatifs à cette question. A ce sujet, la plupart des auteurs évoquent deux maximes latines qui traduisent l'impossibilité classique pour une personne juridique autre que la personne physique, soit de commettre une infraction — « *societas delinquere non potest* »² —, soit d'être sanctionnée pour cette infraction — « *societas delinquere sed non puniri potest* »—. Ces formules illustrent bien les deux incapacités touchant traditionnellement la personne morale : l'incapacité délictuelle à commettre une infraction³ et l'incapacité à être sanctionnée pour cette infraction ou incapacité pénale à la sanction⁴.

¹ L'existence ou non d'une véritable capacité délictuelle des personnes morales dépasse le cadre strictement juridique. En effet, cette question renvoie au fondement et à la portée qu'on assigne à la responsabilité des personnes morales. Si la capacité délictuelle joue un rôle dans la responsabilité des personnes morales, elle contribuera à lui donner un contenu axiologique, à l'image de la responsabilité « classique » des personnes physiques. Au contraire, si la capacité délictuelle est inutile, on pourra en déduire le caractère uniquement fonctionnel, utilitariste de la responsabilité pénale des personnes morales.

² Le Pape Innocent IV affirmait d'ailleurs dès le XIII^e siècle, que, dès lors qu'un groupement ne pouvait agir seul, il ne pouvait *a fortiori* commettre une infraction : « *Universitas per se agere non potest, [...] veritas est quod non agit* », cité par J. PRADEL et A. VARINARD *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 2^e éd., 1997, p. 471. Pour une interprétation plus nuancée de cette maxime, v. M. LIZEE, *De la capacité organique et des responsabilités délictuelle et pénale des personnes morales*, *Revue de droit de McGill*, 1995, n^o 41, p. 135 [URL : <http://www.journal.law.mcgill.ca/arts/411lizee.pdf>].

³ A. VARINARD y fait expressément référence lorsqu'il évoque le principe de spécialité des personnes morales et sa conséquence en matière pénale, à savoir « *l'incapacité de commettre [des infractions] et, à plus forte raison, d'en être responsable* », J. PRADEL et A. VARINARD *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 2^e éd., 1997, p. 472. Si cette formule a disparu dans les éditions suivantes, l'incapacité délictuelle des personnes morales sera tout de même réaffirmée : « *Parce que la culpabilité suppose la volonté, la personne morale privée de la capacité individuelle d'agir ne peut donc pas être responsable pénalement* », J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 2009, p. 454. Pour une illustration en droit belge : v. J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. I^{er}, 3^e éd., Gand, Hoste, 1879, n^o 266, cité par L. FRANÇOIS, *Implications du delinquere sed non puniri potest*, in *Mélanges offerts à Robert LEGROS*, éd. de l'Université de Bruxelles, p. 194 : « *Puisque le délit suppose un être doué de volonté, il s'ensuit qu'il ne peut se commettre que par des personnes physiques individuelles* ».

⁴ Cette dernière sera évoquée dans la seconde partie dans la mesure où elle ne renvoie plus à l'engagement de la responsabilité pénale mais à sa sanction.

175 - Lorsque l'on cherche alors à expliquer les raisons qui fondent l'incapacité délictuelle de la personne morale, on est très vite conduit à considérer qu'elle se justifie par la spécificité du contenu de la capacité délictuelle. En effet, en tant qu'aptitude à l'infraction et plus précisément à l'élément moral de l'infraction, la capacité délictuelle possède un contenu intellectuel et éthique difficilement conciliable avec l'absence de psychisme des personnes morales. Si l'on convient facilement en effet qu'une personne morale possède la capacité juridique pour conclure un contrat, il reste toutefois assez difficile de leur reconnaître une véritable capacité délictuelle, autrement dit une capacité de comprendre et de vouloir, analogue à celle des personnes physiques.

176 - S'il résulte de ce qui précède que le concept de capacité pénale est difficilement transposable aux personnes morales, l'admission de leur responsabilité pénale démontre que leur incapacité délictuelle classique n'est plus absolue. Bien qu'existent certains obstacles empêchant de reconnaître à la personne morale une capacité délictuelle identique à celle des personnes faites de chair et de sang, on peut interpréter certaines évolutions du droit positif en la matière comme un assouplissement de l'adage selon lequel « *societas delinquere non potest* ».

177 - Nous présenterons donc les obstacles classiques à la reconnaissance d'une véritable capacité délictuelle des personnes morales (§1), avant de voir l'évolution récente du droit pénal vers l'admission d'une certaine capacité délictuelle des personnes morales (§2).

§1- Les obstacles à la reconnaissance d'une véritable capacité délictuelle des personnes morales

178 - On peut remarquer au côté d'un auteur que l'éternel débat relatif à la réalité ou à la fiction des personnes morales ainsi que les discussions sur le bien-fondé d'une responsabilité pénale des personnes morales ont en réalité éclipsé les interrogations soulevées par la création de ce nouveau type de responsable et notamment la question fondamentale de l'existence chez

les personnes morales d'une véritable aptitude à commettre une infraction¹. Lorsque l'on étudie le système mis en place par l'article 121-2 du Code pénal, il apparaît pourtant difficile de conclure à l'existence d'une véritable capacité délictuelle des personnes morales au sens où nous l'avons défini. En effet, tant les conditions limitées de cette responsabilité (A) que l'absence d'une réelle faculté de comprendre et de vouloir des personnes morales (B) plaident pour l'absence d'une véritable capacité délictuelle de celles-ci.

A – Les obstacles tenant au caractère limité de la responsabilité pénale des personnes morales

179 - Lors de sa création, l'article 121-2 du Code pénal était ainsi rédigé : « *Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants* ». Le législateur français avait donc choisi d'encadrer strictement la responsabilité pénale des personnes morales en posant plusieurs conditions limitant son domaine. La responsabilité pénale des personnes morales a ainsi été conçue, au moins à l'origine, comme une responsabilité limitée à certaines infractions (1). En outre, il est indispensable pour engager la responsabilité pénale des personnes morales de caractériser une infraction commise pour le compte de celle-ci par un de ses organes ou représentants (2).

1 – Une responsabilité limitée dans son domaine d'application

180 - Initialement, le législateur avait choisi de restreindre le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales. Cette limite était double puisqu'il s'agissait en premier lieu d'exclure la responsabilité de certaines personnes morales, puis de la circonscrire à certaines infractions.

¹ Pour une opinion similaire, v. Ph. CONTE, *La responsabilité des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal*, in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, sous la direction de J.-H. ROBERT et S. TZITZIS, éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 109 : « *Il est frappant d'observer que si l'on a beaucoup discuté les conditions de l'imputation d'une infraction à une personne morale, parfois pour les contester, les réserves sont fort rares, en revanche, sur le principe même de cette responsabilité* ».

181 - En effet, le législateur exclut expressément à l'article 121-2 du Code pénal, l'Etat, qui est donc irresponsable pénalement, mais aussi les collectivités territoriales et leurs groupements, sauf « *lorsque l'infraction est commise à l'occasion d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public*¹ »². Le législateur reconnaît ainsi à l'État une incapacité délictuelle totale et aux collectivités territoriales, une incapacité délictuelle relative puisqu'elle est limitée aux prérogatives de service public non déléguables³. Cette exclusion se justifie par le fait que l'État⁴ est titulaire du monopole du droit de punir et à ce titre, il paraît difficile de concevoir qu'il puisse se sanctionner lui-même. De plus, la soumission de l'État au juge pénal apparaîtrait comme une exception au principe de séparation des pouvoirs, puisque le juge judiciaire pourrait ainsi sanctionner l'exécutif⁵. L'exclusion de la responsabilité pénale de l'État apparaît donc justifiée. Il ne s'agit toutefois pas de la seule limitation prévue par l'article 121-2.

182 - Loin de consacrer une responsabilité pénale pleine et entière, la rédaction initiale de l'article 121-2 du Code pénal ne la prévoyait, à l'origine, que « *dans les cas prévus par la loi ou le règlement* »⁶. Cette limite, qualifiée de principe de spécialité, obligeait le législateur à prévoir pour chaque infraction la possibilité d'engager la responsabilité pénale d'une personne morale. Ce choix aux fondements techniques et politiques « *discutables* »⁷ ne s'imposait pourtant pas puisque, comme le souligne la majorité de la doctrine, le mécanisme mis en place par l'article 121-2 du Code pénal permet à la personne morale de commettre, au moins en

¹ Sur les difficultés de cette notion de délégation de service public, v. *La délégation de service public*, AJDA 1996, p. 571 et s. ; N. SYMCHOWICZ, *La notion de délégation de service public*, AJDA 1998, p. 195 ; *La gestion déléguée du service public*, Actes du colloque des 14 et 15 novembre 1996 au Sénat, RFDA 1997 (supplément au n° 3).

² Art. 121-2, al. 2 du Code pénal.

³ Ainsi par exemple de la tenue de l'état civil, de l'organisation des élections, du pouvoir de police, etc.

⁴ Mais également les collectivités territoriales, lorsqu'elles agissent au nom et pour le compte de celui-ci.

⁵ Sur le fondement de l'irresponsabilité pénale de l'État, v. notamment E. PICARD, *La responsabilité pénale des personnes morales de droit public : fondements et champ d'application*, Rev. des sociétés 1993, p. 261.

⁶ Pour une synthèse des infractions qui pouvaient être commises par une personne morale, v. F. DESPORTES, J.-Cl. Pénal, art. 121-2, n° 82 et s., ainsi que son article : *Le nouveau régime de la responsabilité pénale des personnes morales*, JCP (E), 1993, étude n° 219, spéc. n° 11 à 13. A ce titre, un auteur parle d'une liste « *impressionnante* » d'infractions, B. BOULOC, *Le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *La responsabilité pénale des personnes morales*, ouvrage collectif, Dalloz, 1993, p. 291.

⁷ Selon les termes de J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, in *Le risque pénal dans l'entreprise*, Ouvrage collectif, Litec, Collection Carré Droit, 2003, p. 71 et s., n° 142 et 143.

théorie, toute infraction pénale par le biais du *substratum* que sont ses organes ou ses représentants. Aussi, bien que ce choix de limiter *ratione materiae* la responsabilité pénale des personnes morales traduise la volonté du législateur de « *rester dans le vraisemblable* »¹, il peut également être interprété comme une certaine hostilité du législateur envers celle-ci, se laissant ainsi la « *possibilité de revoir sa copie après un test grandeur nature* »². D'ailleurs, au-delà de la question du bien-fondé du principe de spécialité, le choix initial du législateur de ne prévoir la responsabilité pénale des personnes morales que pour quelques infractions témoigne du caractère technique de cette responsabilité. En effet, si l'on observe les premières condamnations prononcées à l'encontre d'une personne morale³, on constate qu'il s'agit surtout d'infractions de petite et moyenne gravité, « *que l'opinion publique ou médiatique rattache spontanément au fonctionnement des entreprises* »⁴. Parmi les cent premières condamnations de personnes morales, seules deux infractions étaient totalement étrangères à la délinquance en col blanc⁵ ; la quasi-totalité des délits imputés à une personne morale ayant un rapport plus ou moins direct avec son activité : travail clandestin, vente sans facture, homicide ou violences involontaires découlant très souvent d'accidents du travail, atteintes à l'environnement, etc. La responsabilité pénale des personnes morales apparaît donc plus comme un outil adapté à la prévention et la répression de la délinquance en col blanc que comme une responsabilité pénale à part entière, à l'image de celle des personnes physiques.

¹ Selon les mots du Professeur BOULOC lors du colloque consacré à la responsabilité pénale des personnes morales organisé le 7 avril 1993 par l'Université Panthéon-Sorbonne, rapporté par M.-E. CARTIER, *De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres Propos*, in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 104.

² L'abandon du principe de spécialité quelques années après confirme d'ailleurs cette opinion, v. ainsi J.-C. SAINT-PAU, *op. cit.*, *loc. cit.* Pour une interprétation différente, v. M.-E. CARTIER, *op. cit.*, *loc. cit.* : « *En indiquant qu'une infraction ne pouvait être imputée à une personne juridique que dans les cas prévus par la loi ou le règlement, le législateur souhaitait rassurer l'opinion et garantir une répression adaptée à ces nouvelles délinquantes* ».

³ Pour un bilan des cent premières condamnations de personnes morales, A. MARON et J.-H. ROBERT, *Cent personnes morales pénalement condamnées*, *Dr. Pén.* 1998, chron. n° 22, 24 et 28 ; *JCP* 1999, I, Etude n° 123.

⁴ J.-H. ROBERT, *Le coup d'accordéon ou le volume de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 979.

⁵ Il s'agissait en l'espèce de l'organisation d'une manifestation violente occasionnant des dommages au domaine public (Trib. corr. Chambéry, 27 sept. 1996) et d'abandon de famille ainsi que d'organisation frauduleuse de son insolvabilité (Trib. corr. Evry, 28 janv. 1997).

2 – Une responsabilité limitée aux infractions commises par les organes ou représentants de la personne morale

183 - L'article 121-2 du Code pénal limite également la responsabilité pénale des personnes morales aux « *infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants* ». Le législateur pose ainsi deux exigences essentielles pour engager la responsabilité pénale d'une personne morale : la nécessité de caractériser l'infraction chez un organe ou un représentant d'une part et l'exigence d'une infraction commise pour le compte de la personne morale.

184 - Le législateur a en effet choisi de consacrer la théorie dite du « *substratum* » proposée par H. DONNEDIEU DE VABRES¹, dont l'intérêt majeur est de concilier les principes classiques du pénal avec le caractère immatériel de la personne morale. En effet, selon cette théorie, la personne morale, dépourvue d'existence tant matérielle qu'intellectuelle, doit « *s'incarner* » dans une personne physique ce qui permet, lorsque cette dernière commet une infraction, de l'imputer à la personne morale² dont elle n'est que l'avatar, le « *reflet* »³. Par conséquent, si le droit positif n'exige pas que la personne physique auteur « matériel » des faits soit identifiée, il faut tout de même qu'une personne physique, organe ou représentant de la personne morale ait commis l'infraction⁴. C'est cette exigence qui justifie la qualification par certains auteurs de responsabilité indirecte ou par ricochet⁵, puisque la responsabilité de la

¹ H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, RIDP 1950, p. 339.

² Sous réserve que les autres conditions posées par l'article 121-2 soient réunies, notamment le fait que l'infraction soit commise pour le compte de la personne morale.

³ L'expression est de MM. R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 645, pour une critique de ce terme, J.-C. SAINT-PAU, *op. cit.*, n° 126 et la note n° 29. La doctrine multiplie d'ailleurs les formules pour décrire le mécanisme de cette responsabilité : responsabilité « *reflet* », « *indirecte* », « *par ricochet* » pour F. DESPORTES (v. par exemple son rapport sous Crim. 2 déc. 1997 : *JCP* 1998, II, 10 023, p. 331), « *par incarnation* » pour J.-H. ROBERT (*Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2005, n° 151), « *par représentation ou par identification* » pour J.-C. SAINT-PAU (*op. cit.*, n° 126 et 135). Sur les critiques de cette dernière terminologie : Ph. CONTE, *op. cit.*, p. 112.

⁴ Encore faut-il qu'il résulte des faits que l'infraction n'a pu être commise « *que* » par les organes ou représentants de la personne morale : Crim. 20 juin 2006, *Bull. Crim.* n° 188 ; *Dr. Pén.* 2006, comm. n° 128 ; Crim. 15 janv. 2008 : *Dr. Pén.* 2008, comm. n° 71 ; *JCP* 2008, II, 10082, note J.-Y. MARECHAL.

⁵ F. DESPORTES, *op. cit.*, p. 331 et 332.

personne morale reste conditionnée par la réalisation d'une infraction par une personne physique, organe ou représentant de celle-ci¹.

185 - En conséquence, le juge doit caractériser l'infraction, spécialement sa composante intellectuelle, chez une personne physique², incarnation de la personne morale, non chez la personne morale elle-même³. Le législateur n'a donc pas choisi de consacrer une véritable responsabilité pénale des personnes morales analogue à celle des personnes physiques. En effet, le droit pénal français ne reconnaît pas la possibilité pour une personne morale d'engager seule, c'est-à-dire sans l'intervention d'un de ses organes ou représentant, sa responsabilité pénale⁴. Il faut toutefois tempérer ce constat en notant que la plupart des pays qui ont reconnu la responsabilité pénale des personnes morales ont opté pour ce modèle de « responsabilité par ricochet » ou « par représentation ». Seuls quelques Etats ont admis certaines hypothèses de responsabilité fondées sur une faute propre de la personne. On peut citer par exemple le droit australien qui reconnaît assez largement la responsabilité pénale des personnes morales⁵, ou bien l'infraction de *corporate killing* en droit anglais ainsi que certaines infractions graves en droit suisse⁶ qui peuvent être imputées à titre direct à une personne morale, indépendamment de la responsabilité des personnes physiques qui la composent. Il n'existe d'ailleurs pas en droit français d'infractions spécifiques à la personne morale, à l'image de celle de *corporate killing*. Ainsi, contrairement aux peines

¹ Pour une application assez large de cette condition, v. Crim. 23 juin 2009, *Bull. Crim.*, n° 126, dans lequel la Cour de cassation considère des responsables d'animations ou une personne « qui occupait un poste élevé » comme les représentants de la personne morale, permettant donc de lui imputer l'infraction de discrimination.

² Même non identifiée personnellement, v. *infra* n° 205.

³ V. ainsi la décision de la Cour de cassation du 2 décembre 1997, dans laquelle la Cour de cassation censure une CA qui avait caractérisé l'élément moral de l'infraction (en l'espèce l'usage de fausses attestations en justice) chez la personne morale elle-même, non chez son dirigeant. Cette position a d'ailleurs été confirmée plus tard dans une décision du 18 janv. 2000 refusant de sanctionner directement la délinquance propre de la personne morale, seule l'infraction commise par un organe ou un représentant de celle-ci pouvant donc lui être imputée : Crim. 18 janv. 2000 : *Bull. Crim.*, n° 28, *Dr. Pén.* 2000, comm. n° 72, M. VÉRON ; D. 2000, p. 636, note J.-C. SAINT-PAU ; *JCP* 2000, II, 10395.

⁴ V. *infra* n° 195 et s.

⁵ Art. 12§2 du Code pénal australien : « *A body corporate may be found guilty of any offence, including one punishable by imprisonment* ».

⁶ Art. 102, al. 2 du Code pénal suisse. Parmi les infractions qui peuvent être commises par la personne morale seule, on trouve notamment l'organisation criminelle, le financement du terrorisme, le blanchiment d'argent ou la corruption.

spécifiquement prévues pour la personne morale¹, le législateur n'a jamais consacré d'infractions imputables uniquement à une personne morale, ce qui démontrerait pourtant une certaine autonomie de la personne morale à l'égard des personnes physiques qui la composent.

186 - Pour finir, afin de distinguer la responsabilité de la personne morale de celle des individus qui la composent, le législateur a choisi de limiter la responsabilité de la personne morale aux infractions commises pour son compte. Cette précision complétant l'exigence d'une infraction commise par un organe ou un représentant de la personne morale vient une nouvelle fois limiter le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales tout en réaffirmant son caractère personnel². En effet, sans cette précision, toutes les infractions commises par les organes ou les représentants d'une personne morale auraient pu lui être imputées, alors même qu'il n'existerait aucun lien entre l'infraction et la personne morale. Cherchant à éviter cette situation, le législateur a choisi de n'imputer à la personne morale que les infractions commises « pour son compte » par ses organes ou représentants. Cette exigence légale permet ainsi de s'assurer que les personnes physiques ayant commis l'infraction ont agi dans l'intérêt de la personne morale, non dans leur simple intérêt propre. Ainsi, une infraction commise dans l'exercice de l'activité sociale sera considérée comme commise pour le compte de la personne morale³, limitant par conséquent la capacité délictuelle des personnes morales à ce type d'infraction.

187 - Si la responsabilité pénale des personnes morales a donc fini par s'imposer pour être consacrée à l'article 121-2 du Code pénal, on constate toutefois que cette consécration est limitée à plusieurs titres par le législateur. Limitée à l'action de ses organes ou représentants elle est également limitée au niveau de son objet puisque ces infractions doivent avoir été commises « pour le compte de la personne morale » et de son domaine puisque seules

¹ Qu'il s'agisse de la dissolution (art. 131-39, 1° du Code pénal), de la fermeture d'établissement (art. 131-39, 4° du Code pénal), etc.

² J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, in *Le risque pénal dans l'entreprise*, ouvrage collectif, Litec, Collection Carré Droit, n° 145 et s.

³ Il faut donc entendre cette formule de façon large, en ne la limitant pas aux seules infractions dont la réalisation profite à la personne morale.

certaines infractions pouvaient, au moins à l'origine, être imputées aux personnes morales. Cette reconnaissance en demi-teinte de la responsabilité pénale des personnes morales s'explique peut-être par la difficulté de concevoir une responsabilité analogue à celle des personnes physiques, comme le prouve d'ailleurs l'impossibilité de transposer la notion de capacité délictuelle à la personne morale du fait de son absence de psychisme propre.

B – Les obstacles tenant à l'absence d'une faculté de comprendre et de vouloir des personnes morales

188 - A moins de tomber dans un anthropomorphisme excessif¹, il paraît impossible que la personne morale, du fait de son abstraction, puisse matériellement², mais surtout moralement commettre une infraction³. Il semble en effet complexe, à première vue, de caractériser l'élément « moral » de l'infraction à son égard, autrement dit de considérer qu'elle puisse être personnellement fautive⁴.

189 - Si l'on affine cette analyse, on peut constater que l'incapacité délictuelle s'explique par l'incompatibilité du contenu intellectuel de la capacité délictuelle, ou faculté de comprendre et de vouloir, qui semble *a priori* incompatible avec le caractère abstrait de la personne morale. Il paraît en effet difficile de soutenir que la personne morale puisse être dotée d'une conscience ou d'une quelconque intelligence, en tout cas d'une intelligence distincte de celle de ses organes ou représentants (1) ou bien d'une volonté propre lui permettant de commettre une faute (2).

¹ V. WESTER-OUISSE, *Responsabilité pénale des personnes morales et dérives anthropomorphiques*, *RPDP* 2009, n° 9, p. 63 et *Dérives anthropomorphiques de la personnalité morale : ascendances et influences*, *JCP* 2009, I, 137.

² « [Les personnes morales] ne peuvent accomplir l'élément matériel de l'infraction » : J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, in *Le risque pénal dans l'entreprise*, ouvrage collectif, Litec, Collection Carré Droit, n° 137.

³ Comme le rappelle un auteur, lors de la consécration de la responsabilité pénale des personnes morales, « nombreux étaient, à l'époque, ceux qui ironisaient sur la capacité d'une personne morale à commettre un meurtre ou un assassinat et plus encore une infraction de nature sexuelle », M.-E. CARTIER, *De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres Propos*, in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 99.

⁴ « Parce que la culpabilité suppose la volonté, la personne morale privée de la capacité individuelle d'agir ne peut donc pas être responsable pénalement », J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 2009, p. 454

1 – L'absence d'une intelligence propre de la personne morale

190 - Faute d'un psychisme propre des personnes morales, on ne peut pas caractériser chez elles la faculté de comprendre, premier élément de la capacité délictuelle. Certes, quelques auteurs poussent l'anthropomorphisme très loin en considérant que « *la personne morale est capable de volonté et d'un haut degré de discernement* » et qu'elle est donc « *organiquement capable de faire des choix judicieux en fonction des effets prévisibles à court et à long terme* »¹. Toutefois, si l'on se reporte à ce qu'on a écrit plus haut au sujet de l'intelligence nécessaire à la commission de l'infraction², force est de constater qu'il s'agit d'une donnée fondamentalement humaine qu'on peut difficilement prêter à la personne morale. Deux solutions s'offrent alors à l'analyse. On peut tout d'abord considérer que la responsabilité pénale des personnes morales n'est pas une responsabilité pénale « de droit commun », c'est-à-dire qu'elle obéirait à des règles dérogatoires³ aux principes généraux gouvernant le droit pénal. Dans ce cas, il serait envisageable que la capacité délictuelle, indispensable à la responsabilité pénale des personnes physiques ne soit pas nécessaire à la responsabilité des personnes morales. Cette solution, qui possède au moins le bénéfice de la simplicité, doit cependant être rejetée puisqu'elle réduit le droit pénal à n'être qu'un système de responsabilité dénué de tout contenu éthique ou moral, perdant ainsi la dimension humaine que la capacité pénale lui confère. C'est d'autant plus regrettable que la responsabilité civile des personnes morales, admise depuis longtemps, permet la réparation des dommages causés par celle-ci. Le droit pénal doit donc remplir d'autres objectifs que ceux poursuivis par les autres branches du droit. C'est pourquoi nous pensons, au contraire, qu'il faut considérer la responsabilité pénale des personnes morales comme une responsabilité pénale de « droit commun » obéissant donc, dans la mesure du possible, aux principes généraux de la responsabilité pénale⁴. Comment caractériser alors chez la personne morale cette aptitude

¹ M LIZEE, *De la capacité organique et des responsabilités délictuelle et pénale des personnes morales*, *Rev. De droit de Mc Gill*, 1995, 41, 132, cité par V. WESTER-OUISSE, *Responsabilité pénale des personnes morales et dérivés anthropomorphiques*, *RPDP* 2009, n° 11 *in fine*, p. 69.

² V. *supra* n° 116 et s.

³ Ces règles ne sont rien d'autres en réalité que les quelques lignes de l'article 121-2 du Code pénal.

⁴ Notamment celui selon lequel « *toute infraction, même non intentionnelle, suppose [...] que son auteur ait agi avec intelligence et volonté* » dégagé par l'arrêt *Laboube* en 1956. Sur cet arrêt, v. *infra* n° 98 et s.

intellectuelle que représente la capacité délictuelle indispensable, on l'a vu, à la constitution de l'infraction et plus précisément de son élément moral ?

191 - La théorie du *substratum* permet de résoudre, au moins en apparence, l'impossibilité de caractériser une aptitude intellectuelle chez une personne morale dénuée de psychisme propre. Selon cette théorie, on peut considérer la faculté de comprendre et de vouloir des personnes physiques qui la composent ou la représentent comme celle de la personne morale. Un auteur résume assez bien ce mécanisme particulier lorsqu'il écrit que « *[le dirigeant], doué d'une conscience et d'une volonté propres, [...] est aussi l'agent au service d'une organisation, à qui il prête ses conscience et volonté. Sa personnalité n'en est pas une, elle subit une sorte de dédoublement. Lorsqu'il agit pour le compte du groupement, il n'est plus lui-même, il devient la personne morale* »¹. Ainsi, la capacité délictuelle des personnes morales pourrait, à l'image de l'élément moral de l'infraction dont elle n'est que le préalable, s'apprécier au regard de celle des personnes physiques à sa tête. Cette solution est d'ailleurs celle que retient le droit positif lorsqu'il s'agit d'apprécier la culpabilité et l'imputabilité de l'infraction qui s'accordent mal, elles aussi, avec le caractère abstrait des personnes morales. Ainsi, l'élément moral de l'infraction consistant en une faute d'imprudence ou une faute intentionnelle doit être caractérisé chez la personne physique, organe ou représentant de la personne morale, non chez la personne morale elle-même. De la même manière, les causes de non-imputabilité, qui sont considérées, rappelons-le, comme des causes d'irresponsabilité subjectives, donc personnelles à chaque individu, devraient être appréciées aussi bien chez la personne physique que chez la personne morale. On conçoit pourtant assez mal comment une personne morale pourrait être atteinte d'un trouble psychique ou neuropsychique, hormis le cas où une personne physique organe ou représentant de la personne morale est elle-même atteinte de ce trouble². Cela conduit par conséquent à apprécier l'imputabilité de la personne morale au regard de l'imputabilité des personnes physique, organes ou représentants de la

¹ D. OHL, *Recherche sur un dédoublement de la personnalité en droit pénal (à propos d'une responsabilité pénale de la personne morale qui n'exclut pas celle du dirigeant personne physique)*, in *Etudes offertes à Barthélemy MERCADAL*, éd. F. Lefebvre, 2002, n° 5 p. 375.

² Sur cette question, v. *infra* n° 327.

personne morale¹. La théorie du *substratum* consacrée par le législateur permet donc de concilier les exigences classiques du droit pénal relatives à la capacité délictuelle, avec le caractère immatériel de la personne morale.

192 - Force est de constater pourtant que cette conception relève tout de même de l'artifice et présente surtout plusieurs défauts, l'un théorique et l'autre pratique. Sur le plan théorique tout d'abord, il semble difficilement concevable que le droit pénal, habituellement hostile à toute fiction juridique², conformément au principe de réalisme dominant cette branche du droit, accepte de se satisfaire de ce qui ressemble à un « tour de passe-passe », en considérant que puisque les organes ou représentants sont la personne morale, leur faculté de comprendre est celle de la personne morale. Ce raisonnement aboutit en effet à nier le rôle de la capacité pénale³, à savoir limiter l'application des règles du droit pénal aux individus qui présentent certaines caractéristiques subjectives essentielles, traduisant ainsi la dimension non seulement éthique mais également répressive de la responsabilité pénale. Aussi faut-il se résoudre à exclure de la responsabilité pénale des personnes morales toutes les caractéristiques exclusivement humaines, comme l'intelligence, afin de ne pas dénaturer le concept de capacité pénale et par conséquent la responsabilité pénale. D'autre part, la fiction consistant à assimiler la capacité délictuelle de la personne morale à celle des personnes physiques qui la composent présente, en pratique, le défaut majeur de lier l'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales à celle des personnes physiques. En effet, cette solution contribue à ce que l'irresponsabilité de la personne physique agissant comme organe ou représentant de la personne morale⁴, entraîne *ipso facto* l'irresponsabilité de la personne

¹ *Contra* J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 383, pour qui l'irresponsabilité du représentant fondée sur une cause de non-imputabilité n'impose pas l'irresponsabilité de la personne morale à qui on pourrait reprocher d'avoir porté à sa tête un individu incapable d'exercer sa mission. La jurisprudence n'a toutefois, et l'auteur le concède d'ailleurs, pas consacré cette thèse, parfois désignée par certains sous l'expression de « *faute distincte* » de la personne morale : v. par ex. Crim. 2 déc. 1997 : *Bull. Crim.* n° 408 ; *JCP* 1998, II, 10 023, p. 333, rapport de F. DESPORTES ; Crim. 18 janv. 2000 : *D.* 2000, jurispr., p. 636, note J.-C. SAINT-PAU.

² « *Les principes de la responsabilité pénale, fondés sur la culpabilité et l'imputabilité de l'agent, paraissent inapplicables à la personne morale dont l'activité criminelle n'est qu'une fiction : elle ne commet l'infraction que par un intermédiaire* », J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, in *Le risque pénal dans l'entreprise*, n° 102.

³ Dont la capacité délictuelle n'est qu'une application.

⁴ Que cette irresponsabilité soit fondée sur son incapacité délictuelle ou sur une cause subjective d'irresponsabilité.

morale pour les mêmes raisons¹. Cette dépendance² qui découle de la spécificité de la responsabilité pénale des personnes morales, conçue, on l'a vu, comme une responsabilité « reflet », est tout de même regrettable car elle aboutit à une solution du « tout ou rien », solution sinon contraire à la volonté du législateur³, au moins différente de celle qu'il recherchait⁴.

193 - En conclusion, la faculté de comprendre, aptitude exclusivement humaine semble devoir être déniée aux personnes morales : il paraît douteux en effet que la personne morale, du fait de son abstraction, soit dotée d'une intelligence propre pouvant constituer le premier élément d'une possible capacité délictuelle de celle-ci. Si la théorie du *substratum* permet *a priori* de pallier cette difficulté en permettant d'apprécier la capacité délictuelle de la personne morale chez les personnes physiques, organes ou représentants de la personne morale, elle contribue à lier de manière regrettable leurs situations. Qu'en est-il de la faculté d'exercer sa volonté, second élément de la capacité délictuelle ?

2 – Le refus de consacrer l'existence d'une volonté propre de la personne morale

194 - Contrairement à l'intelligence, la volonté ou la faculté de vouloir des personnes morales est plus facile à concevoir. En effet, juridiquement, la personne morale possède bien une volonté propre, détachable de celles de ses membres, permettant, *a priori*, de lui reconnaître une véritable capacité de vouloir, seconde composante de la capacité délictuelle.

¹ *Contra* M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, 2^e éd., 2006, n° 310 *in fine* : « Un problème particulier est susceptible de se poser dans le cadre de la responsabilité pénale des personnes morales lorsque le dirigeant ayant matériellement accompli les faits pour la personne morale est atteint d'un trouble mental. Il est certain, dès lors qu'on a une saine notion de ce qu'est la responsabilité pénale des personnes morales, qu'il ne saurait y avoir de liaison absolue entre l'état mental du dirigeant et la responsabilité de la personne morale les deux choses devant être distinctement appréciées ». Toutefois, cet auteur n'explique pas comment, en pratique, il serait possible d'apprécier distinctement ces deux questions. Sur cette question, v. *supra* n° 332.

² MM. MERLE et VITU qui parlent à ce titre de « support indispensable » : « L'imputabilité de la personne physique est donc le support indispensable à l'imputabilité de la personne morale », R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général, T.1*, Cujas, 1997, 7^e éd., n° 649, *in fine*.

³ L'alinéa 3 de l'article 121-2 du Code pénal évoque ainsi la possibilité d'un cumul, sans en faire toutefois le principe.

⁴ Une des justifications avouées du législateur est la volonté d'alléger la responsabilité pénale des dirigeants publics ou privés, la responsabilité des personnes morales se substituant le plus souvent à celle des personnes physiques qui la composent.

L'existence d'une faculté de vouloir de la personne morale la rendrait donc apte à commettre personnellement une infraction, ou plus précisément son élément moral¹. Dotée d'une volonté propre, la personne, la personne morale pourrait ainsi être l'auteur d'une faute intentionnelle, caractérisée par la tension de cette volonté vers le résultat prévu ou d'une faute d'imprudence traduisant un relâchement de la volonté². Ainsi comprise, la responsabilité pénale des personnes morales apparaîtrait alors comme une responsabilité personnelle d'un nouveau type : proche de celle des personnes physiques, puisqu'il s'agirait d'une responsabilité personnelle fondée sur une faute commise par la personne morale elle-même, tout en s'en démarquant du fait principalement de l'absence de matérialité des personnes morales³.

195 - Le législateur n'a pourtant pas suivi cette voie, l'article 121-2 du Code pénal choisissant, on l'a vu, de consacrer la théorie du *substratum*. C'est donc par le biais de ses organes ou représentants, que la personne morale doit commettre l'infraction, tant dans son élément matériel⁴ que dans son élément moral. Si, à première vue, ce système doit être approuvé puisqu'il permet de respecter l'article 121-1 posant le principe d'une responsabilité pénale personnelle tout en le conciliant avec l'absence de réalité physique des personnes morales, l'application qu'en a fait la jurisprudence est sujette à critiques. S'est en effet très vite posée la question de savoir si une faute propre de la personne morale⁵ pouvait, à elle seule, permettre d'engager sa responsabilité pénale⁶. Certaines décisions émanant, pour la

¹ C'est d'ailleurs l'opinion de plusieurs auteurs, R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 638 : « *La personne morale est parfaitement capable de volonté [...] cette volonté collective est capable de commettre des fautes, tout autant que la volonté individuelle. Le droit civil le reconnaît depuis longtemps sur le terrain de l'article 1382 du Code civil* », les mêmes auteurs évoquant d'ailleurs maladroitement la « capacité pénale » des personnes morales dans la note 1 du paragraphe précédent, p. 805.

² « *Si l'intention est tension de la volonté, l'imprudence est la volonté non tendue* », Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, n° 385.

³ Ainsi que du caractère collectif, non individuel, des personnes morales.

⁴ Seule façon de concilier responsabilité personnelle et immatérialité de la personne morale. Rappelons la célèbre phrase (attribuée notamment à L. DUGUIT) qui se plaisait à dire qu'il n'avait « *jamais dîné avec une personne morale* », soulignant par cet aphorisme l'absence de réalité matérielle de celles-ci.

⁵ C'est-à-dire une faute de la personne morale elle-même, sans passer par le biais d'un de ses organes ou représentants.

⁶ V. notamment les réflexions de J.-C. SAINT-PAU dans sa note sous l'arrêt de la Chambre criminelle du 18 janvier 2000 (*D.* 2000, jurispr. p. 636) et de J.-H. ROBERT dans sa note sous l'arrêt du 26 juin 2001 (*Dr. Pén.* 2002, n°8). Cette question doit être distinguée de celle qui consiste à se demander si l'on doit exiger, en plus de la faute de l'organe ou du représentant, une faute distincte de la personne morale pour engager sa responsabilité pénale.

grande majorité d'entre elles, de juridictions du fond¹ ont ainsi cherché à caractériser l'infraction et surtout son élément moral chez la personne morale elle-même. Citons par exemple la décision du tribunal correctionnel de Strasbourg² concernant l'infraction de travail clandestin dans laquelle les juges du fond relèvent que c'est l'entreprise elle-même par son « *organisation déficiente* » qui a permis l'infraction, ou bien la décision de la Cour d'appel de Paris³ faisant référence à une « *organisation de travail insuffisamment précise quant à la sécurité* » ayant, là encore, favorisé l'infraction. Afin d'expliquer et de justifier ces décisions, que l'on rattache parfois à la « *théorie de la faute diffuse* »⁴, un auteur a mis au point un raisonnement original. Il se fonde sur une combinaison audacieuse des articles 121-1 et 121-2 du Code pénal. Considérant la personne morale comme une personne juridique, elle est soumise à l'article 121-1 du Code pénal énonçant le principe d'une responsabilité pénale personnelle. L'article suivant apparaît alors comme la simple application de ce principe aux personnes morales du fait de leur immatériabilité. Rien n'interdit alors aux juges qui souhaitent engager la responsabilité pénale d'une personne morale de se fonder, soit sur le texte spécial, l'article 121-2 du Code pénal, lorsque l'infraction est commise par les organes ou représentants de la personne morale, soit sur le principe général, l'article 121-1 du Code pénal, lorsqu'il est possible de caractériser l'infraction chez la personne morale elle-même sans passer par le truchement d'une quelconque personne physique⁵.

196 - Si ce raisonnement séduit par son ingéniosité, on peut toutefois considérer que conformément au principe *specialia generalibus derogant*, le texte spécial concernant les personnes morales déroge au principe général de l'article 121-1 du Code pénal, qui semble,

¹ Trib. corr. Paris, 3 nov. 1995 : *Dr. Soc.* 1996, p. 157, note A. COURET ; Trib. corr. Versailles : 18 déc. 1995, *Dr. Pén.* 1996, p. 7 ; *JCP* 1996, II, 22640, note J.-H. ROBERT ; Trib. corr. Strasbourg, 9 fév. 1996 : *Bull. Joly* 1996, p. 297, note J.-F. BARBIÉRI ; Trib. corr. Bethune, 12 nov. 1996 : *Bull. inf. C. cass.* 1998 n° 158 ; Trib. corr. Lyon, 9 oct. 1997 : *Dr. Pén.*, 1997, comm. 154 par J.-H. ROBERT ; *JCP* 1998, I, 105, note J.-H. ROBERT ; CA Périgueux, 20 nov. 1996 et CA Épinal, 10 av. 1997, inédits, cités par A. MARON et J.-H. ROBERT, *Cent personnes morales pénalement condamnées*, *Dr. Pén.* 1998, chron. 22, 24 et 28. V. plus récemment CA Paris, 26 fév. 2001, *Juris-Data* n° 2001-141577 ou CA Dijon, 20 juin 2002, inédit.

² Trib. corr. Strasbourg, 9 fév. 1996, préc.

³ CA Paris, 26 fév. 2001, préc.

⁴ J. -C. SAINT-PAU, *La faute diffuse de la personne morale*, note sous l'arrêt du 29 avril 2003, *D.* 2004, jurispr., p. 167. V. aussi du même auteur, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, in *Le risque pénal dans l'entreprise*, ouvrage collectif, Litec, Collection Carré Droit, n° 150 à 152.

⁵ Il devra alors s'agir d'une infraction dont l'élément matériel sera compatible avec l'absence de matérialité de la personne morale, ainsi d'un manquement aux règles de sécurité, par exemple.

dès lors, n'être applicable qu'aux personnes physiques. De plus, au-delà de la question de sa justification théorique, cette solution doit être rejetée car la Cour de cassation elle-même a pris position contre cette conception de la responsabilité des personnes morales dans une décision du 2 décembre 1997. La haute Cour a ainsi censuré la Cour d'appel de Limoges¹ qui avait caractérisé l'élément moral de l'infraction en cause chez la personne morale elle-même, non chez un de ses organes ou représentants. La décision de la Cour d'appel précisait ainsi au sujet de fausses attestations produites en justice, que « *la SA Y. ne pouvait ignorer qu'elles comportaient des affirmations inexactes* ». Cet arrêt de la Cour d'appel qui consacrait la théorie de la faute diffuse et se situait donc dans le droit fil de la jurisprudence évoquée précédemment a pourtant été cassé par la Cour de cassation qui a estimé en l'espèce qu'il appartenait aux juges du fond « *de rechercher si le directeur général de la société, organe de la personne morale, avait eu personnellement connaissance de l'inexactitude des faits relatés dans les attestations* », cassant par conséquent l'arrêt d'appel pour manque de base légale. Par cette décision confirmée à plusieurs reprises², la Cour choisit de condamner cette analyse de la responsabilité des personnes morales, appliquant ainsi strictement la lettre de l'article 121-2 du Code pénal. Derrière cette position, justifiée juridiquement³, se dessine en réalité la question fondamentale du fondement de la responsabilité des personnes en droit pénal et de la place de celle-ci en matière pénale.

197 - Si le système consacré par l'article 121-2 du Code pénal semble adapté à la majorité des situations, son application par la Cour de cassation laisse de côté le problème des infractions commises par la personne morales sans intervention d'une quelconque personne physique. Il aurait pourtant été pertinent, si l'on voulait réellement consacrer la responsabilité

¹ CA Limoges, 18 octobre 1996.

² V. pour une solution plus explicite, l'arrêt du 26 juin 2001 : « *La faute pénale de l'organe ou représentant suffit, lorsqu'elle est commise pour le compte de la personne morale, à engager la responsabilité pénale de celle-ci, sans que doive être établie une faute distincte à la charge de la personne morale* », Crim. 26 juin 2001 : *Bull. Crim.* n° 165 ; *D.* 2002, somm. p. 1802, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *Dr. Pén.* 2002, n°8, J.-H. ROBERT ; V. aussi, Crim. 18 janv. 2000 : *D.* 2000, jurispr. p. 636, note J.-C. SAINT-PAU ; *PA*, 2000, n° 214, p. 18, note C. DUCOULOUX-FAVARD ; Crim. 7 mai 2002, pourvoi n° 01-82.521 ; Crim. 29 av. 2003 : *Bull. Crim.* n° 91 ; *D.* 2004, jurispr., p. 167, note de J.-C. SAINT-PAU.

³ Même si certaines de ces décisions ne visent pas l'article 121-2 du Code pénal, fondement pourtant adéquat de cette jurisprudence. V. ainsi l'arrêt précité du 29 avril 2003 qui se contente de viser les articles 593 du Code de procédure pénale et L. 310-2 du Code de commerce, posant simplement dans un chapeau de tête le principe selon lequel « *le juge répressif ne peut prononcer une peine sans avoir relevé tous les éléments constitutifs de l'infraction qu'il réprime* ».

pénale des personnes morales, d'aller jusqu'au bout en acceptant de leur reconnaître une certaine autonomie et par conséquent une capacité délictuelle propre et indépendante de l'intervention d'une quelconque personne physique. Ainsi, même juridiquement dotée d'une volonté propre, distincte de la volonté individuelle de ses membres, la personne morale ne peut engager sa responsabilité pénale lorsque l'élément moral de l'infraction en question ne peut être imputé à un des organes ou des représentants de la personne morale. En refusant de sanctionner la délinquance propre des personnes morales, le droit positif¹ démontre son hostilité, ou tout au moins sa réticence, à la reconnaissance d'une véritable aptitude des personnes morales à commettre une infraction pénale, consacrant par là même, une certaine incapacité délictuelle des personnes morales. Certes, cette incapacité délictuelle n'est que partielle² puisqu'en général, l'infraction a été commise par un organe ou un représentant de la personne morale, permettant ainsi d'engager la responsabilité pénale de la personne morale sur le fondement de l'article 121-2 du Code pénal. On peut toutefois regretter que la jurisprudence récente de la Cour de cassation limite de la sorte la capacité délictuelle des personnes morales, qui aurait pu, dans le cas contraire, être conçue comme pratiquement équivalente à celle des personnes physiques³.

198 - Si la responsabilité pénale des personnes morales a été présentée comme une des innovations principales du Code pénal de 1994, force est de constater que ce nouveau responsable obéit à un régime de responsabilité particulier au sein duquel la capacité délictuelle apparaît, du fait de son contenu intellectuel, difficile voire impossible à transposer. Ce constat pessimiste peut toutefois être tempéré par l'étude du droit positif actuel qui laisse apparaître une tendance récente à reconnaître une certaine capacité délictuelle des personnes morales.

¹ Qu'il s'agisse du législateur qui n'a pas envisagé l'hypothèse de l'infraction commise par la personne morale sans intervention d'une personne physique ou de la jurisprudence qui se retranche derrière l'interprétation littérale de l'article 121-2 du Code pénal.

² Ce qui est tout de même une innovation par rapport à l'incapacité délictuelle totale qui existait avant que le Code pénal ne consacre la responsabilité des personnes morales en 1994.

³ Si l'on exclut la composante intellectuelle relative à l'intelligence impossible à transposer à la personne morale. La capacité délictuelle des personnes morales se composerait alors de la simple faculté de vouloir, indispensable à l'élément moral de l'infraction.

§2- L'admission possible d'une certaine capacité délictuelle des personnes morales

199 - Quelques éléments permettent en effet de reconnaître aux personnes morales une certaine capacité délictuelle. Ainsi, après une dizaine d'années d'application¹, le législateur² a fini par abandonner le principe de spécialité³, généralisant donc la responsabilité pénale des personnes morales à toutes les infractions⁴. Ce principe était très critiqué par la doctrine qui se plaisait à souligner le caractère arbitraire, incomplet, voire incohérent des infractions qui pouvaient être commises par une personne morale⁵ et préconisait son abandon¹. Au-delà de la

¹ Période que l'on peut considérer comme une période de test. C'est en tout cas l'avis de certains auteurs, parmi lesquels J.-C. SAINT-PAU, *op. cit.*, n° 143.

² Il est intéressant de remarquer que la paternité de cette réforme revient au sénateur P. FAUCHON qui a obtenu l'introduction dans la loi du 9 mars 2004, dite « loi Perben II » d'un amendement visant à abolir le principe de spécialité (amendement n° 275). Sachant que ce parlementaire était déjà à l'origine de la loi du 10 juillet 2000 qui a profondément réformé le régime de la faute pénale d'imprudance en modifiant l'article 121-3 du Code pénal, un auteur souligne « l'impact considérable sur notre droit pénal » de ce parlementaire suivant « un dessein très cohérent qui tend à aggraver la responsabilité des personnes morales dans l'espoir d'alléger celle de leurs dirigeants », J.-H. ROBERT, *Le coup d'accordéon ou le volume de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 976.

³ V. l'importante bibliographie proposée par M.-E. CARTIER, *De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres Propos*, in *Les droits et le Droit, op. cit.*, p. 102. Parmi les nombreuses études consacrées à la question, citons : B. BOULOC, *Coup d'œil sur la responsabilité pénale des personnes morales*, *Rev. Lamy Droit des affaires* 2004, n° 71.5 ; W. FEUGERE, *L'extension de la responsabilité pénale des personnes morales*, *Journal des sociétés*, avr. 2006, p. 42 ; C. MASCALA, *L'élargissement de la responsabilité pénale des personnes morales : la fin du principe de spécialité*, *Bull. Joly des sociétés*, 2006, n° 1.5 ; H. MATSOPOULOU, *Brèves réflexions sur la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales*, *Droits des sociétés, Cahiers de l'actualité*, 2004-3, p. 3 et *La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales*, *Rev. des sociétés* 2004, p. 283 ; J.-C. PLANQUE, *Plaidoyer pour une suppression réfléchie de la spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales*, *PA* janv. 2004, n° 7, p. 5 ; J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 976 ; M.-C. SORDINO, *La disparition du principe de spécialité des personnes morales : une fin espérée adoptée... dans la plus grande discrétion*, *Gaz. Pal.* 16-17 novembre 2005, n° 320 à 321 ; N. STOLOWY, *La disparition du principe de spécialité dans la mise en cause des personnes morales*, *JCP* 2004, I, 138.

⁴ Une exception vient tout de même tempérer ce constat. En effet, l'article 25 de la loi du 9 mars 2004, exclut les délits de presse du domaine de la responsabilité pénale des personnes morales. Un nouvel article 43-1 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse précise que « les dispositions de l'article 121-2 du Code pénal ne sont pas applicables aux infractions pour lesquelles les dispositions des articles 42 et 43 de la présente loi sont applicables ». Le législateur a ainsi voulu éviter le cumul entre la responsabilité pénale des personnes morales et le mécanisme de la responsabilité en cascade prévu aux articles 42 et 43 de la loi du 29 juillet 1881. Pour une analyse critique de cette exclusion, v. M.-E. CARTIER, *op. cit.*, p. 115 et J.-H. ROBERT *op. cit.*, p. 979.

⁵ Pour une étude approfondie des incohérences engendrées par le principe de spécialité, v. J.-C. PLANQUE, *La détermination de la personne morale pénalement responsable*, L'Harmattan, 2003, n° 454 et s. V. aussi M.-E. CARTIER, *op. cit.*, p. 104 et s. et J.-H. ROBERT, *Le coup d'accordéon ou le volume de la responsabilité pénale des personnes morales, ibidem*, p. 978. A titre d'exemple, on citera l'exclusion regrettable et injustifiée de certaines infractions : ainsi de la séquestration (art. 224-1 du Code pénal), du harcèlement moral (art. 222-33-2 du Code pénal) ; le harcèlement sexuel étant, en revanche, imputable à une personne morale), du démarchage

volonté affichée de donner à la responsabilité pénale des personnes morales une grande cohérence², cette réforme s'inscrit surtout dans un mouvement tendant à reconnaître aux personnes morales sinon une véritable capacité délictuelle, au moins une certaine aptitude à commettre une infraction indépendamment des personnes physiques qui la composent.

200 - Il semble donc intéressant de s'attarder sur deux des principales manifestations de ce mouvement récent : la généralisation récente de la responsabilité pénale des personnes morales d'une part (A) et l'autonomie croissante de la responsabilité pénale des personnes morales (B).

A – La généralisation récente de la responsabilité pénale des personnes morales

201 - La suppression du caractère spécial de la responsabilité pénale des personnes morales met fin à l'inégalité existant entre les personnes morales et les personnes physiques. Cette inégalité de traitement était difficilement justifiable du fait notamment de l'adoption de la théorie du *substratum* qui permet à la personne morale de pouvoir commettre toute infraction. Elle apparaissait, qui plus est, contraire au principe constitutionnel d'égalité devant la loi et plus précisément devant la loi pénale³. Cela explique que la jurisprudence ait parfois retenu la responsabilité pénale d'une personne morale malgré l'absence d'un texte spécifique l'y autorisant⁴, et ce même avant l'abandon du principe de spécialité en 2004. Si l'on doit

irrégulier (art. L. 121-21 et s. du Code de la consommation) etc. De plus, certains pans entiers du droit avaient été négligés, voire oubliés par le législateur, comme le droit social, le droit fiscal ou bien la protection de l'environnement ou du consommateur.

¹ V. ainsi Y. MAYAUD pour qui « le temps était donc venu de remettre en question le principe de spécialité », *Droit pénal général*, PUF, 3^e éd., 2010, n° 351. V. aussi H. MATSOPOULOU qui souligne une réforme « souhaitable », « [mettant] fin à certaines incohérences législatives », *La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales*, op. cit., p. 285.

² Lors des débats au Sénat, le sénateur P. FAUCHON notait qu'« après ces dix années d'expérimentation, on peut très raisonnablement se demander s'il ne faut pas supprimer cette restriction qui confine à l'absurde [...] cela rendrait notre droit pénal plus cohérent », Débats au Sénat, première lecture, 7 octobre 2003.

³ Principe fondé sur l'article 7 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et consacré par la décision n° 89-262 DC du 7 novembre 1989 sur la loi relative à l'immunité parlementaire. Ce principe d'égalité devant la loi pénale a d'ailleurs été réaffirmé récemment à l'occasion de l'examen de la loi DADVSI relative aux droits d'auteurs par la décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, J.O du 3 août 2006.

⁴ Crim. 26 sept. 2001 : *Bull. Crim.* n° 191 ; *RTD Com.* 2002, p. 382, obs. B BOULOC : la Cour appliquant à une personne morale l'article 399 du Code des douanes visant « ceux qui ont participé comme intéressés d'une manière quelconque à un délit de contrebande ou à un délit d'importation ou d'exportation sans déclaration »,

condamner cette jurisprudence contraire au principe de légalité et à son corollaire, l'interprétation stricte de la loi pénale, on peut tout de même y voir la volonté de la Cour de cassation d'aligner la situation de la personne morale sur celle de la personne physique, invitant ainsi le législateur à supprimer un principe obsolète qui n'avait plus vraiment de raison d'être. En effet, l'adoption par le législateur de la théorie du *substratum* permettant à la personne morale de pouvoir, théoriquement, commettre tout type d'infraction, rien ne justifiait une quelconque limitation de sa responsabilité pénale. L'abandon du principe de spécialité traduit donc expressément la volonté de reconnaître aux personnes morales une capacité délictuelle totale lui permettant de commettre tout type d'infractions.

202 - Certains auteurs vont même plus loin en analysant cette généralisation comme révélateur d'un certain changement dans la prise en compte des personnes morales. Un auteur analyse ainsi l'abandon du principe de spécialité comme « *une progression vers la maturité pénale des entités personnifiées* »¹. Bien plus qu'un responsable complémentaire ou subsidiaire, la personne morale tend aujourd'hui à devenir un sujet de droit à part entière, au même titre que la personne physique². Une personne morale peut aujourd'hui demander réparation de son préjudice moral, agir en diffamation pour protéger sa réputation ou son honneur, voire invoquer, devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme, une atteinte à sa liberté de conscience³. Cette tendance visant à unifier le statut des personnes physiques et

contra Crim. 18 avr. 2000 : *Bull. Crim.* n° 153 ; *RSC* 2000, p. 817, obs. B. BOULOC ; *RTD Com.* 2000, p. 1023, obs. B. BOULOC : la Cour refusant d'appliquer à une personne morale l'article R. 362-1-1 du Code du travail, qui incrimine « toute personne » sans viser spécialement les personnes morales.

¹ C. DUCOULOUX-FAVARD, *Egalité de traitement des personnes morales et des personnes physiques en matière de responsabilité pénale*, *La lettre des juristes d'affaires*, avr. 2004, n° 27, p. 3.

² « *La suppression du principe de spécialité met donc à égalité les personnes morales avec les personnes physiques [...] sachant que désormais elles sont reconnues aptes à commettre toutes les infractions prévues et punies par la loi* », M.-E. CARTIER, *De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres Propos*, in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 97.

³ Si la Commission européenne des droits de l'homme a d'abord refusé aux personnes morales la possibilité de se prévaloir du droit à la liberté de conscience consacré par l'article 9 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (v. ainsi la décision du 17 déc. 1968, *Church of X... c. Royaume-Uni*, Req. n° 3798/68 selon laquelle « *une personne morale, et non physique, est incapable d'être titulaire ou d'exercer les droits mentionnés à l'article 9* »), cette position a par la suite été abandonnée, puisque la Commission admet désormais la recevabilité de l'action fondée sur l'article 9 §1 de la Convention lorsqu'elle émane de personnes morales : v. par exemple la décision du 5 mai 1979, *Church of Scientology c. Suède*, Req. n° 7805/77. Sur cette question, v. D. FENOUILLET, *La conscience*, LGDJ, 1993, n° 120, p. 73 et R. GOY, *La garantie européenne de la liberté de religion. L'article 9 de la Convention de Rome*, *Revue de droit public* 1991, p. 5 et

des personnes morales conduit parfois certains auteurs à pousser très loin l'anthropomorphisme. Le glissement sémantique est patent chez P. LE CANNU, pour qui « *la société s'apparente à un organisme complexe, doté d'organes, qui naît, vit et meurt* »¹ ou bien chez un autre auteur qui reconnaît que « *les personnes morales n'ont ni chair ni sang ; pourtant elles ont des organes* » et qui admet même qu'elles puissent être « *dotée[s] de discernement et de volonté* »² ! Ces « *dérives anthropomorphiques* »³, probablement dues à l'influence d'un droit anglo-saxon dont on exagère surement la portée⁴, conduisent ainsi à reconnaître aux personnes morales une personnalité juridique quasiment identique à celle des personnes physiques⁵. Cette généralisation récente de la responsabilité pénale des personnes morales s'accompagne d'ailleurs d'une tendance en faveur d'une plus grande indépendance de celle des personnes physiques qui la composent.

B– L'autonomie croissante de la responsabilité pénale des personnes morales

203 - L'examen du droit positif révèle en effet de plus en plus d'hypothèses dans lesquelles la situation de la personne morale ne coïncide pas totalement avec celle de ses organes ou représentants⁶. La jurisprudence reconnaît ainsi la possibilité de retenir la responsabilité pénale de la personne morale sans avoir besoin d'engager en outre la responsabilité d'une

s. Plus récemment, la Cour Européenne des Droits de l'Homme, en retenant une interprétation extensive de l'article 34 de la Convention, a reconnu à certaines personnes morales le droit de saisir cette juridiction : ainsi des sociétés commerciales (CEDH, 6 avr. 2000, *Comingersoll SA c. Portugal* : Req. n° 35382/97 et CEDH, 16 avr. 2002, *Société Colas Est et autres c. France* : Req. n° 37971/97) ou des personnes morales de droit public n'exerçant aucune prérogative de puissance publique (CEDH, 9 déc. 1994, *Les Saints Monastères c. Grèce* : Req. n° 13984/88).

¹ P. LE CANNU, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2003, n° 298.

² E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, 2010, n° 1053, p. 659.

³ Pour reprendre le titre d'un article de V. WESTER-OUISSE, *Responsabilité pénale des personnes morales et dérives anthropomorphiques*, *RPDP* 2009, n° 9, p. 63.

⁴ V. WESTER-OUISSE, *op. cit.*, spéc. p. 65 et s.

⁵ Les mots de J. MESTRE apparaissent à ce titre d'une remarquable modernité : « *Si donc chaque personne physique a une personnalité très riche, puisqu'à la fois physique, psychologique et sociale, qui lui est propre, il faut admettre que les personnes morales, si elles ont une personnalité beaucoup moins étendue, n'ayant pas de corps physique, n'en n'ont pas moins une personnalité psychologique et surtout sociale qui à ce titre, mérite protection* », *La protection indépendante du droit de réponse, des personnes physiques et des personnes morales, contre l'altération de leur personnalité aux yeux du public*, *JCP*, 1974, I, 2623.

⁶ Ce que vient confirmer la lecture *a contrario* de l'alinéa 3 de l'article 121-2 du Code pénal.

personne physique quelconque¹. On peut citer en premier lieu l'hypothèse d'une infraction imputable exclusivement à un organe ou un représentant de la personne morale, lorsqu'une faute non intentionnelle a été commise par un organe ou un représentant d'une personne morale². Si cette faute ne présente pas le caractère délibéré ou caractérisé au sens de l'article 121-3 du Code pénal, elle ne pourra être imputée à la personne physique, mais pourra en revanche être imputée à la personne morale, non visée par l'alinéa 4 de ce texte. Si cette indépendance de responsabilité paraît assez simple à première vue, puisqu'elle se déduit de la lecture de l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal, elle est néanmoins assez complexe à justifier juridiquement. Comment expliquer en effet que les mêmes faits puissent être considérés comme une infraction lorsqu'ils sont imputés à une personne morale mais apparaissent licites lorsqu'ils sont imputés à une personne physique ?

204 - Les auteurs qui se sont interrogés sur ce mécanisme particulier d'imputation ne cachent pas leur embarras lorsqu'il s'agit de justifier cette situation assez originale³. Rejetant la thèse de l'immunité de procédure⁴, un auteur⁵ propose par exemple d'analyser le mécanisme prévu aux alinéas 3 et 4 de l'article 121-3 du Code pénal comme l'expression d'un nouveau mode de participation criminelle fondé sur la distinction entre l'auteur direct et l'auteur indirect d'une infraction. Si une faute qualifiée est nécessaire pour engager la responsabilité pénale de la personne physique, auteur indirect, une faute simple suffit lorsqu'il s'agit d'une personne morale. Outre que cette explication oblige à une certaine « *contorsion*

¹ A l'image des solutions retenues en matière de complicité, la responsabilité du complice pouvant être recherchée, alors même que l'auteur principal n'est pas poursuivi.

² Crim. 24 oct. 2000 : *Bull. Crim.* n° 308 ; *D.* 2002, p. 514, note C. PLANQUE ; *JCP* 2000, II, 10535, note DAURY-FAUVEAU ; *RSC* 2001, p. 162, obs. Y. MAYAUD ; *ibidem*, p. 371, obs. B. BOULOC ; Crim. 14 sept. 2004 : *Dr. Pén.* 2004, comm. n° 11, M. VERON. Sur les critiques d'une telle dissociation des responsabilités pénales des personnes physiques et morales, v. Ph. CONTE, *La responsabilité des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal*, in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, sous la direction de J.-H. ROBERT et S. TZITZIS, éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 115 et 116.

³ V. par exemple, J. H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2005, p. 384.

⁴ Certains auteurs ont en effet proposé de voir dans l'alinéa 4 de l'article 121-3 une immunité de procédure bénéficiant à la personne physique en cas de faute d'imprudence simple, C. RUET, *La responsabilité pénale pour faute d'imprudence après la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000*, *Dr. Pén.* 2001, chron. n° 1, p. 9. Toutefois, comme le souligne J.-C. SAINT-PAU, une immunité est personnelle et doit être accordée de manière permanente, à raison d'une qualité ou d'une fonction, ce qui n'est pas le cas de l'alinéa 4 de l'article 121-3, J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, in *Le risque pénal dans l'entreprise*, Ouvrage collectif, Litec, Collection Carré Droit, 2003, p. 112 et 113.

⁵ J.-C. SAINT-PAU, *op. cit.*, *loc. cit.*

juridique »¹ puisque l'article 121-2 exige expressément la commission d'une infraction, non une simple faute², elle ne justifie pas la différence de régime discutable qui existe entre les personnes morales et les personnes physiques. En réalité, il semble que la seule explication valable soit la volonté politique discutable de substituer la responsabilité des personnes morales à celle des personnes physiques, spécialement lorsque leur fonction implique qu'ils puissent être reconnus pénalement responsables en tant qu'auteur indirect³. Cette opinion est d'ailleurs confirmée par une circulaire du 13 février 2006⁴ invitant les magistrats du Ministère Public à poursuivre en priorité la personne morale en matière de faute d'imprudence⁵. Même si le principe d'opportunité des poursuites a toujours permis au procureur de poursuivre la personne physique, la personne morale ou bien les deux conjointement, il semble que cette circulaire destinée à orienter la pratique des parquets, consacre la volonté du législateur de faire de la personne morale le seul responsable en cas de faute d'imprudence, sa responsabilité se substituant à celle des personnes physiques qui la composent. L'hypothèse d'une faute d'imprudence qualifiée ou d'une faute intentionnelle permettrait de poursuivre à la fois la personne morale ainsi que les personnes physiques auteurs de l'infraction.

205 - De la même façon, seule la personne morale sera responsable lorsqu'aucune personne physique ne pourra être identifiée⁶, par exemple en cas de faute résultant d'une décision collégiale. Cette solution, parfois qualifiée de « *faute diluée* »⁷, est néanmoins assez rare⁸

¹ J.-C. SAINT-PAU, *op. cit.*, *loc. cit.*

² En ce sens, G. ROUJOU DE BOUBEE, *La responsabilité pénale des personnes morales, Essai d'un bilan, in Une certaine idée du droit, Mélanges offerts à André DECOCQ*, Litec, 2004, p. 542.

³ Sont spécialement visés les élus locaux, dirigeants d'entreprise...

⁴ Circulaire du 13 février 2006 relative à l'entrée en vigueur au 31 déc. 2005 des dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 généralisant la responsabilité des personnes morales (CRIM 06-3/E8).

⁵ « *En cas d'infraction non intentionnelle [...] les poursuites contre la seule personne morale devront être privilégiées, et la mise en cause de la personne physique ne devra intervenir que si une faute personnelle est suffisamment établie à son encontre pour justifier une condamnation pénale* », circulaire CRIM 06-3/E8 précitée. On peut critiquer cette politique qui subordonne l'engagement de la responsabilité à la gravité de la faute.

⁶ Crim. 1^{er} déc. 1998 : *Bull. Crim.* n° 325, *RSC* 1999, p.577, obs. B. BOULOC ; *D.* 2004, p. 34, note M.-A. HOUMAN. Cette décision suit d'ailleurs la circulaire d'application du Code pénal du 14 mai 1993 (spécialement le n° 27- 3°) qui précise que « *la responsabilité pénale [des personnes morales] pourra être engagée alors même que n'aura pas été établie la responsabilité pénale d'une personne physique* » mais aussi la recommandation du Conseil de l'Europe du 20 octobre 1998 (R-88-18) se prononçant dans le même sens.

⁷ F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, n° 622.

⁸ Pour une des rares illustrations de cette hypothèse, v. l'arrêt du 11 mai 1999 admettant, dans le principe, la responsabilité d'une commune pour des faits de discrimination résultant de la délibération d'un conseil

puisque'elle se limite au cas où l'on peut attribuer de manière certaine l'infraction à un organe ou un représentant, sans toutefois pouvoir établir précisément les personnes physiques ayant matériellement commis l'infraction. La même solution est envisageable lorsque l'élément moral de l'infraction comporte un dol spécial et plus précisément lorsque ce dol spécial suppose la recherche par l'auteur d'un intérêt personnel. Il paraît en effet difficile dans ce cas de caractériser cette intention à la fois chez la personne morale et chez la personne physique. Dans ce cas, les responsabilités pénales seront indépendantes, l'une excluant, en quelque sorte, l'autre¹. On peut enfin citer, même si l'on approfondira cette question plus tard², l'hypothèse des causes subjectives d'irresponsabilité, démence ou contrainte notamment, qui permettent à la personne physique de s'exonérer de sa responsabilité pénale tout en laissant subsister la responsabilité de la personne morale.

206 - Cet aperçu rapide de la jurisprudence nous montre que la responsabilité pénale des personnes morales n'est pas toujours conditionnée par la responsabilité pénale d'une personne physique et peut d'ailleurs être retenue sans que soit poursuivie une quelconque personne physique. Ces hypothèses illustrent l'autonomie croissante de la personne morale conduisant à lui reconnaître une véritable capacité délictuelle qui n'est certes pas identique à celle des personnes physiques³, mais qui s'en rapproche peu à peu⁴. Le développement des hypothèses permettant d'engager la responsabilité pénale d'une personne morale indépendamment de celle des personnes physiques qui la composent ainsi que l'abandon du principe de spécialité, tend à rapprocher la responsabilité pénale de la personne morale de celle de son homologue fait de chair et de sang.

municipal, alors même que la responsabilité individuelle de ses conseillers municipaux ne pouvait être engagée : Crim. 11 mai 1999 : *Bull. Crim.* n° 93 ; *Dr. Pén.* 1999, comm. n° 140, *RSC* 2000, p. 197.

¹ V. ainsi l'arrêt retenant la responsabilité pénale de la personne morale pour recel de fonds provenant d'une escroquerie alors même que le dirigeant avait été relaxé pour cette même infraction au motif qu'il n'avait pas profité à titre personnel des sommes illicites, Crim. 8 sept. 2004 : *Dr. Pén.* 2005, chron. n° 11 M. VERON ; *D.* 2005, pan. p. 1521 obs. G. ROUJOU DE BOUBEE.

² V. *infra* n° 335.

³ A défaut de pouvoir caractériser chez la personne morale la composante intellectuelle de celle-ci, à savoir la faculté de comprendre ou intelligence.

⁴ En ce sens, M.-E. CARTIER, *De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres Propos, in Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 97.

207 - Ainsi, au terme de cette étude de la responsabilité pénale des personnes morales et plus spécifiquement de leur capacité délictuelle, on doit admettre que la notion de capacité délictuelle est difficilement transposable à ces responsables particuliers. En effet, le contenu humain, éthique même, de cette notion semble inconciliable avec leur caractère immatériel et surtout avec leur absence de psychisme propre. L'intelligence, première composante de la capacité délictuelle, est en effet impossible à caractériser chez les personnes morales. En outre, malgré la possibilité de reconnaître à la personne morale une faculté de vouloir qui lui soit propre, la jurisprudence refuse à l'heure actuelle de sanctionner la personne morale en cas de « faute diffuse », c'est-à-dire de faute imputable à la seule personne morale, sans une quelconque intervention d'un de ses organes ou représentants. Ce refus semble regrettable puisqu'il prive l'admission de la responsabilité pénale des personnes morales d'une partie de son intérêt. Néanmoins, l'abandon du principe de spécialité ainsi que l'autonomie croissante reconnue aux personnes morales permettent de penser que ce refus n'est que provisoire.

CONCLUSION DU TITRE I :

208 - Ces développements consacrés à l'étude de la capacité délictuelle ont donc permis de mettre en évidence le caractère fondamental de cette faculté de comprendre et de vouloir indispensable à l'élément subjectif de l'infraction. Si cette exigence, consacrée par l'arrêt *Laboube* comme un principe fondamental du droit pénal, n'est pas expressément règlementée par le législateur comme c'est le cas dans d'autres pays, elle « irradie » tout de même l'ensemble du droit pénal. En effet, la capacité délictuelle, tant dans sa composante intellectuelle, l'intelligence, que dans sa composante volontaire, la faculté de vouloir, apparaît comme un préalable indispensable à la culpabilité. Toutefois, c'est généralement dans sa dimension négative qu'est appréhendée cette notion à travers les causes d'incapacité délictuelle susceptibles d'empêcher la caractérisation de l'élément moral de l'infraction. Cela nous a alors conduit à analyser sous un jour nouveau l'erreur, notamment l'erreur de droit, mais également la contrainte physique assimilable à la force majeure qui, bien que classiquement analysée comme une cause de non-imputabilité, semble devoir plutôt devoir se rattacher à l'élément moral de l'infraction.

209 - En outre, l'étude de la responsabilité pénale des personnes morales nous a permis de mesurer l'importance de la capacité délictuelle. En effet, dépourvue de toute intelligence et d'une volonté propre, c'est-à-dire indépendante de celle de ses organes ou représentants¹, la personne morale ne peut être considérée comme dotée d'une véritable capacité délictuelle², conduisant certains auteurs à mettre en doute le caractère répressif de la responsabilité pénale des personnes morales qui ne serait pas, selon l'un d'eux, une « vraie » responsabilité pénale³, ou en tout cas une responsabilité pénale analogue à celle des personnes physiques⁴. Si l'on

¹ Puisque la jurisprudence de la Cour de cassation refuse jusqu'à présent de sanctionner les infractions commises par la personne morale elle-même sans l'intervention de ses organes ou représentants.

² Ce que traduisait d'ailleurs assez bien le principe de spécialité, aujourd'hui abandonné.

³ Ph. CONTE, *La responsabilité des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal*, in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, sous la direction de J.-H. ROBERT et S. TZITZIS, éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 109, spéc. p. 111.

⁴ Du fait notamment de l'absence d'une véritable aptitude intellectuelle et, on le verra, morale des personnes morales à commettre et à se voir imputer une infraction.

mesure ainsi l'importance de la capacité délictuelle, il ne faut toutefois pas perdre de vue qu'il ne s'agit pas de la seule aptitude nécessaire à l'engagement de la responsabilité pénale. Une fois l'infraction constituée, il faut alors l'imputer à celui qui en est l'auteur, ce qui suppose, là encore certaines facultés intellectuelles essentielles qui correspondent à la capacité pénale à l'imputation de l'infraction.

TITRE II :

LA CAPACITE PENALE A L'IMPUTATION DE L'INFRACTION

210 - Etudier la capacité pénale à l'imputation d'une infraction suppose de définir ce que l'on entend par imputation. Entendue comme « *l'action d'imputer* »¹, l'imputation est le mécanisme qui permet de rattacher un acte à son auteur. Cette question dépasse largement la matière pénale puisque le concept d'imputabilité est utilisé en droit civil ou en droit administratif². En matière pénale, il s'agit plus précisément de relier une infraction à son auteur. En effet, une fois caractérisée, l'infraction a vocation à être rattachée à l'agent qui en est à l'origine. L'imputation de l'infraction permet donc d'attribuer juridiquement l'infraction à un individu, afin de pouvoir engager sa responsabilité pénale.

211 - Cette imputation peut prendre différentes formes : on peut tout d'abord chercher à rattacher matériellement une infraction à celui qui l'a commise ou a tenté de la commettre³ ou à celui qui y a participé⁴, mais on peut également attribuer une infraction à son auteur afin de la lui reprocher. Cette imputation est alors parfois qualifiée d'imputation morale pour bien la distinguer de l'imputation matérielle évoquée précédemment⁵. Le Code pénal prévoit à ce titre plusieurs hypothèses⁶, généralement qualifiées par la doctrine de causes de non-imputabilité, permettant à celui qui s'en prévaut de s'exonérer de sa responsabilité pénale. L'existence de ces causes de non-imputabilité permet d'en déduire, *a contrario*, que l'imputabilité est indispensable à la responsabilité pénale.

¹ V° « *Imputation* », *Le nouveau Littré*, Garnier, 2007.

² Sur cette question, v. *infra* n° 223.

³ Et qui en est donc l'auteur, conformément à l'article 121-4 du Code pénal.

⁴ Ce qui en fait le complice, conformément à l'article 121-7 du Code pénal.

⁵ Un auteur rejette pourtant catégoriquement l'idée d'une quelconque « *imputabilité morale* », puisque, selon lui, « *l'imputabilité demande une recherche du responsable sur le plan juridique, et toute appréciation morale débordant ce cadre ne pourrait créer que la confusion* », R. LEGROS, *Imputabilité pénale et entreprise économique*, RDPC 1968-1969, p. 372.

⁶ Parmi lesquelles l'absence de discernement (art. 122-1 du Code pénal) ou bien la contrainte (art. 122-2 du Code pénal).

212 - Malgré ce caractère indispensable, l'imputabilité est un concept assez complexe à appréhender¹. La doctrine s'accorde néanmoins pour considérer que l'imputabilité traduit l'idée selon laquelle la responsabilité pénale d'un individu ne peut être engagée que lorsque sont remplies certaines conditions tenant à son état mental ou plus largement à sa psychologie. C'est pourquoi de nombreux auteurs considèrent l'imputabilité comme la condition subjective de la responsabilité pénale². Certains auteurs vont même plus loin en analysant l'imputabilité comme une aptitude à la responsabilité³. Si l'on ne souscrit pas totalement à cette analyse dans la mesure où nous avons vu que l'aptitude à la responsabilité représente la capacité pénale, non l'imputabilité, elle démontre toutefois leur proximité⁴.

213 - En effet, en exigeant de caractériser le discernement ou le libre arbitre de l'auteur d'une infraction pour pouvoir la lui imputer moralement, le droit pénal choisit une nouvelle fois d'exclure de son domaine les individus qui seraient dépourvus de ces facultés intellectuelles. C'est pourquoi, il semble justifié d'analyser l'imputabilité comme une application du concept de capacité pénale, au même titre que la capacité délictuelle. Cela suppose toutefois de bien distinguer l'imputabilité de la capacité délictuelle, première application de la capacité pénale, en observant que si la seconde conditionne, on l'a vu, l'existence même de l'infraction, l'imputabilité agit, comme son nom l'indique, sur l'imputation de celle-ci, empêchant ainsi l'engagement de la responsabilité pénale de l'agent.

A ce titre, la dichotomie classique consistant à séparer l'étude d'une notion de celle de son régime semble un axe de réflexion pertinent dans la mesure où la notion d'imputabilité ainsi

¹ Un auteur évoque ainsi un concept « *difficile et mystérieux* », R. MERLE, rapporté par G. LEVASSEUR, *L'imputabilité en droit pénal*, RSC 1983, p. 1.

² Notons que quelques auteurs analysent l'imputabilité comme une condition de l'infraction: v. ainsi R. BERNARDINI, *Droit pénal général*, Gualino, 2003, n° 399 et 401, *in fine* ; Ph. CONTE & P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, n° 351 ; J.-C. SOYER, *Droit pénal et procédure pénale*, LGDJ, 20^e éd., 2008, n° 61 ; A.-C DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982, n° 28 et s. V. également J. LEAUTE, *Le rôle de la faute antérieure dans le fondement de la responsabilité pénale*, D. 1981, chron. p. 295.

³ V. ainsi l'affirmation d'un auteur selon laquelle « *l'imputabilité est véritablement synonyme d'aptitude à la responsabilité pénale* », E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, 2010, n° 722. V. également la position de R. MERLE et A. VITU qui semblent assimiler imputabilité et capacité de répondre pénalement de son comportement délictueux, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel - T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 778.

⁴ V. *supra* n° 15.

que son régime permettent de démontrer tant le rattachement de l'imputabilité à la capacité pénale que son autonomie à l'égard de la capacité délictuelle, première composante de la capacité pénale. C'est pourquoi nous respecterons cette division en étudiant, dans un premier temps, la notion d'imputabilité (Chapitre 1), puis, dans un second temps, son régime (Chapitre 2).

Chapitre I :

La notion d'imputabilité

214 - Le problème de l'imputabilité reste, selon la célèbre formule d'un auteur, « *l'un des moins bien éclaircis du droit français* »¹. Qu'il s'agisse de la définition, de sa place, voire de son bien-fondé, jamais une notion juridique n'aura été aussi discutée.

215 - Confronté à la difficulté de cerner une notion aussi complexe, nous avons choisi de partir d'une constante présente chez tous les auteurs évoquant cette question : l'idée que l'imputabilité est une condition de la responsabilité pénale. Cette première approche de l'imputabilité nécessite cependant d'être approfondie. En effet, certains auteurs analysent l'imputabilité comme un élément de l'infraction, tandis que d'autres choisissent de la rattacher à la responsabilité, voire d'en faire un préalable indispensable à celle-ci. De plus, si l'imputabilité conditionne la responsabilité, les rapports qu'entretiennent ces deux notions sont assez complexes comme le prouve l'absence de consensus doctrinal sur la place de l'imputabilité en matière pénale.

216 - C'est pourquoi il est indispensable, pour mieux cerner la notion d'imputabilité, de s'interroger d'une part sur la définition de celle-ci (Section 1) et d'autre part, sur sa place en matière pénale (Section 2).

¹ G. LEVASSEUR, *L'imputabilité des infractions en droit français*, RDPC 1968-1969, p. 387 et s., spéc. p. 388.

Section 1 :

La définition de l'imputabilité

217 - Définir l'imputabilité est complexe dans la mesure où il existe autant de définitions de l'imputabilité qu'il y a d'auteurs. En l'absence de consensus doctrinal, il nous faudra donc sélectionner parmi les différentes définitions doctrinales de l'imputabilité celle qui semble la plus satisfaisante.

218 - On peut identifier deux types de conceptions principales de l'imputabilité. Se fondant sur l'étymologie du terme imputabilité qui vient du latin *imputare*, signifiant « *mettre au compte de* »¹, certains auteurs adoptent une définition de l'imputabilité que l'on peut qualifier d'objective. Selon ces auteurs, l'imputabilité désignerait le lien entre un individu et une infraction : une infraction serait donc imputable lorsqu'elle pourrait être matériellement rattachée à un individu qui en serait la cause. Au contraire, d'autres auteurs mettent l'accent sur le caractère subjectif de l'imputabilité et la conçoivent comme une aptitude morale à la responsabilité. L'imputabilité traduirait ainsi l'existence chez l'auteur d'une infraction de certaines facultés intellectuelles permettant de la lui imputer afin d'engager sa responsabilité pénale.

219 - La dimension subjective des causes de non-imputabilité consacrées par le Code pénal, qu'il s'agisse de l'absence de discernement² ou bien de la contrainte³, semble *a priori* privilégier cette seconde approche. C'est pourquoi il nous faut rejeter toute définition objective de l'imputabilité (§ 1), pour adopter au contraire une définition subjective de celle-ci (§ 2).

¹ Lui-même dérivé de « *putare* », compter, v. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel - T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 617

² Art. 122-1 du Code pénal.

³ Art. 122-2 du Code pénal.

§1- Le rejet d'une définition objective de l'imputabilité

220 - Selon certains auteurs, l'imputabilité comprendrait l'ensemble des conditions permettant de relier une infraction à son auteur¹. Si une telle définition n'est pas dénuée de sens, elle reste néanmoins trop large pour être pertinente. En effet, définir l'imputabilité comme le rattachement d'une infraction à son auteur semble inadapté (A), voire contraire à la genèse même du concept d'imputabilité (B).

A – Une définition objective inadaptée

221 - Ainsi, pour GARRAUD, dire qu'un délit est imputable à un individu, « *c'est affirmer l'existence d'un rapport de causalité entre ce délit et telle personne* »². Cette conception objective de l'imputabilité est également reprise par R. LEGROS qui y voit « *le lien causal entre l'agent et l'infraction* »³. Il peut tout d'abord paraître surprenant d'englober au titre de l'imputabilité les questions relatives à la causalité dans la mesure où elles sont généralement étudiées au sein des développements consacrés à l'élément matériel de l'infraction⁴. Mais c'est surtout le caractère excessivement large de cette définition qui est critiquable.

222 - R. LEGROS distingue en effet l'imputabilité matérielle, l'imputabilité légale et l'imputabilité judiciaire selon que ce sont les faits, la loi ou le juge qui désignent l'agent et lui imputent l'infraction. En englobant les éléments, tant matériels que psychologiques, permettant de relier une infraction à son auteur, l'imputabilité telle que la conçoit cet auteur

¹ Ce que les Italiens appellent *suitas*, c'est-à-dire le « *lien élémentaire entre l'acteur et son acte* », JIMENEZ DE ASUA, *Les problèmes modernes de l'imputabilité*, J.T., 1960, p. 351.

² R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, T.2, Sirey, 3^e éd., 1913, n° 268.

³ R. LEGROS, *Imputabilité pénale et entreprise économique*, RDPC 1968-1969, p. 372.

V. aussi le chapitre III de J.A. ROUX intitulé « De la causalité ou de l'imputabilité » dans lequel il définit l'imputabilité comme « *la démonstration d'un rapport de cause à effet entre l'acte accompli par cette personne et le fait délictuel qui est défendu par la loi* », *Cours de droit pénal et de procédure pénale*, T. I, Sirey, 1920, n° 231, p. 280 et s.

⁴ V. pourtant G. LEVASSEUR, *L'imputabilité des infractions en droit français*, RDPC 1968-1969, p. 387 et s., spéc. p. 388, qui distingue une imputabilité matérielle ou objective désignant « *le lien de causalité qui unit à l'infraction la faute commise par l'auteur de tel comportement* » et une imputabilité morale ou subjective correspondant à « *l'aptitude à la sanction* ».

relève plus de l'imputation de l'infraction que de son imputabilité, *stricto sensu*. Cette définition objective de l'imputabilité se rapproche ainsi de celle qu'adopte le droit administratif puisque l'imputabilité y exprime le rattachement d'un fait générateur dommageable à une personne de droit public¹. L'imputabilité en droit administratif se résume alors à déterminer la personne publique responsable, niant à cette opération toute connotation morale. Si une telle définition objective de l'imputabilité est envisageable en droit public, voire d'ailleurs dans d'autres domaines spécifiques², elle ne peut être transposée en droit pénal du fait de son caractère subjectif fondamental. Il semble en effet indispensable de bien distinguer l'imputabilité de l'imputation³. Conscients du caractère subjectif de l'imputabilité en droit privé, certains publicistes lui préfèrent d'ailleurs le terme objectif d'« attribution »⁴, évitant ainsi toute confusion avec la notion d'imputabilité, telle qu'elle est conçue en droit privé.

223 - Cet imbroglio s'explique peut-être par la complexité du mécanisme même d'imputation. La doctrine cède trop souvent à la facilité qui consiste à considérer comme synonymes « imputable » et « responsable », conduisant à se demander si l'auteur d'une infraction est imputable ou non. Or, comme l'ont souligné plusieurs auteurs⁵, c'est la faute ou l'infraction qui doivent être imputables, non l'auteur même de l'infraction. Dire qu'une infraction est imputable signifie que celle-ci peut être imputée à son auteur. Cependant, même si c'est l'infraction qui doit être imputée, cette imputation dépend de certaines conditions qu'il faut apprécier, non au sein même de l'infraction, mais en la personne de l'auteur. C'est précisément cette évaluation de l'imputabilité au regard de la psychologie de son auteur qui explique le raccourci consistant à confondre l'imputabilité et l'imputation d'une infraction et par conséquent à qualifier d'agent « imputable », l'agent « responsable ». En effet, bien

¹ *Dictionnaire du droit administratif*, R. ROUQUETTE, Le Moniteur, 2003 et T. MACRA, *L'imputabilité de la responsabilité aux personnes morales*, *Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif*, 1996-3, p. 971.

² Un auteur a ainsi proposé de distinguer l'initiative et l'imputabilité de la rupture du contrat de travail en droit social : X. BLANC-JOUVAN, *Initiative et imputabilité : un éclatement de la notion de licenciement*, *Dr. Soc.* 1981, p. 207.

³ Sur cette distinction : F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, 2009, n° 6 et s. Pour une illustration de cette distinction au sujet des personnes morales, v. *supra* n° 324 et s.

⁴ P. DAILLER et A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 7e éd., 2002, n° 474, ou celui de « règle d'imputation », R. CHAPUS, *Droit administratif général, T.1*, Montchrestien, 15e éd., 2001, n° 1434.

⁵ J. H. ROBERT, *Imputation et complicité*, *JCP* 1975, I, 2720, n° 1 *in fine* et G. LEVASSEUR, *L'imputabilité en droit pénal*, *RSC* 1983, p. 7.

qu'elle s'applique à l'infraction, non à son auteur, l'imputabilité est souvent comprise comme « un état, une qualification du sujet lui-même »¹.

224 - En plus de son imprécision, cette définition objective semble difficilement compatible avec le concept même d'imputabilité comme le prouve l'analyse historique des circonstances de son apparition.

B – Une définition objective injustifiée

225 - L'émergence du concept d'imputabilité découle directement du mouvement de subjectivisation de la responsabilité pénale² qui a progressivement conduit à limiter son domaine. En effet, à l'origine, la responsabilité pénale telle que la connaissaient les sociétés primitives était une responsabilité collective, objective et très largement automatique. Le caractère collectif de cette responsabilité pénale primitive s'expliquait par l'organisation sociale de l'époque, centrée sur de petits groupes sociaux : la famille, le clan, ou la tribu. L'absence d'une véritable justice publique permettait en effet à ces petits groupes sociaux d'exercer une justice privée très majoritairement collective³, comme l'illustre la pratique de la *vendetta*⁴. Mais, plus que ce caractère collectif, c'est surtout le caractère objectif de la responsabilité pénale de ces sociétés primitives qui la distingue de la responsabilité pénale moderne. S'intéressant plus à l'acte qu'à l'auteur même de l'acte, le droit primitif sanctionnait

¹ R. OTTENHOF citant STEFANI, LEVASSEUR et BOULOC, *Imputabilité, culpabilité et responsabilité en droit pénal*, Archives de politique criminelle, Pedone, 2000, n° 10, p. 74.

² « La responsabilité devient plus subjective à mesure que la civilisation progresse », P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, th. Paris II, 1982, n° 47, p. 55. Sur cette question v. J. GRAVEN, *L'évolution de la notion de « responsabilité pénale » et ses effets*, RICPT 1964, p. 175 et s.

³ D'ailleurs, même lorsque la responsabilité d'un seul individu était engagée, c'était en tant que membre d'un groupe social, plus qu'en tant qu'individu à part entière : « l'être est solidaire de son groupe : l'homme est un personnage social dont les agissements engagent la communauté dont il n'est qu'un élément, élément représentatif du tout », J. POIRIER, *Les caractères de la responsabilité archaïque, La responsabilité pénale dans les sociétés primitives*, in *La Responsabilité pénale, Travaux du Colloque de philosophie pénale (12 au 21 janv. 1959)*, Dalloz, 1961, p. 27.

⁴ Sur cette question, v. P. FAUCONNET, *La responsabilité, Étude de sociologie*, Félix Alcan, 1920, p. 69 et s. : « La vendetta et la composition pécuniaire sont à leur apogée dans l'organisation à base de clans, plus généralement dans l'organisation politico-domestique ; la société politique y est encore rudimentaire et consiste dans une fédération de familles ou de groupes dont le caractère domestique est très accentué. Ces familles s'opposent, groupe à groupe ; très fortement intégrées, elles font bloc, sentent et réagissent comme un tout, solidaires dans l'action comme dans la responsabilité ».

toute atteinte au groupe social. La responsabilité pénale apparaissait alors comme une simple causalité, conduisant à admettre la responsabilité pénale de nombreux sujets, qu'il s'agisse des fous, des enfants, des choses, des cadavres ou des collectivités¹.

226 - Collective et objective lors de son apparition, la responsabilité pénale s'est peu à peu transformée sous l'effet des deux mouvements complémentaires que sont l'individualisation et la spiritualisation de la responsabilité. En effet, le passage d'une justice privée à une justice publique traduit l'émergence d'un Etat fort², capable « d'extirper » le responsable du groupe social auquel il appartient. Cela a permis d'affiner, de centrer un peu plus la répression sur l'individu, non sur un groupe entier³ ; bref, d'individualiser la répression et donc la responsabilité pénale. Ce mouvement s'accompagne d'une place croissante accordée à la volonté comme l'illustre l'apparition de la distinction entre infraction volontaire et involontaire⁴, à partir du V^e siècle avant Jésus-Christ. Mais c'est avec le droit canonique⁵ que va véritablement s'élaborer une « doctrine de la responsabilité pénale » dans laquelle la volonté de l'individu aura une place fondamentale⁶. Plus qu'un simple acte illicite,

¹ P. FAUCONNET, *op. cit.*, p. 50 et s.

² « Toute forte organisation politique tend nécessairement à détruire un régime endémique de guerres privées », « la limitation de la vendetta est donc une des manifestations principales du progrès politique », P. FAUCONNET, *op. cit.*, p. 122.

³ « La famille directe, femme, enfants, resta longtemps engagée par le crime du coupable ; mais progressivement furent distingués le prix du sang ou du dommage causé à la victime et la somme d'argent ou sanction imposée à titre de vengeance publique » (...) « Peu à peu, sans doute, furent séparées la réparation du tort causé au groupe, personnalisé par le chef, et celle du préjudice subi par la victime. Le groupe dont faisait partie l'offenseur acquit la faculté de se désolidariser du coupable en procédant à l'abandon (dit "noxal") », v^{is} « Responsabilité pénale », *Encyclopædia Universalis*, Paris, 1985.

⁴ Cette distinction qui apparaît en Grèce puis à Rome était en effet inconnue avant l'Antiquité ou tout au moins dépourvue de conséquences juridiques. Sur cette question, J. GAUDEMET, *Le problème de la responsabilité pénale dans l'Antiquité*, in *La Responsabilité pénale, Travaux du Colloque de philosophie pénale (12 au 21 janv. 1959)*, Dalloz, 1961, p. 51 et s. et L. LEVY-BRUHL, *Les rapports entre l'ethnologie et la criminologie*, in *La Responsabilité pénale, op. cit.*, p. 42. Seules quelques rares exceptions spécifiques à certaines infractions existaient : v. par exemple l'article 206 du Code d'Hammourabi (1786-1686 av. J.-C.) qui permettait à l'auteur de blessures de s'exonérer de sa punition en jurant qu'il n'avait pas agi intentionnellement.

⁵ V. R. METZ, *La responsabilité pénale dans le droit canonique médiéval, La responsabilité pénale et le christianisme*, in *La responsabilité pénale, Travaux du Colloque de philosophie pénale (12 au 21 janv. 1959)*, *op. cit.*, p. 91 et s. : « [Les canonistes] s'attaquent à la manière objective et collective de considérer la responsabilité pour développer la conception subjective » et l'auteur de poursuivre, « la conception subjective de la responsabilité ne fait plus de doute depuis le milieu du XII^e siècle ».

⁶ « Les canonistes du XII^e siècles insistent sur l'importance de la volonté dans l'acte délictueux (...) Pour les canonistes du début de l'époque classique, la volonté est la condition primordiale à toute imputabilité » R. METZ, *La responsabilité pénale dans le droit canonique médiéval, La responsabilité pénale et le christianisme*,

l'infraction devient l'exercice d'une volonté et plus précisément d'une volonté humaine. Seul l'homme, doué de raison et de volonté, est à même de répondre d'une infraction. Devenue subjective, au sens où une faute est indispensable à la responsabilité pénale, obligeant les juges à s'interroger sur l'état d'esprit de l'auteur d'une infraction, la responsabilité pénale va finir, sous l'influence notamment de THOMAS D'AQUIN¹, par se confondre avec la responsabilité morale, en acceptant de ne sanctionner que les individus moralement responsables. Cette transformation progressive de la responsabilité pénale est fondamentale car elle coïncide avec l'apparition du concept d'imputabilité.

227 - L'individualisation de la responsabilité peut en effet être analysée comme une condition d'apparition de la notion d'imputabilité. C'est sous l'influence conjointe de l'individualisation, mais également de la « *spiritualisation* »² de la responsabilité qu'est apparu et que s'est développé le concept d'imputabilité. En effet, comme le démontre un auteur, « *l'imputabilité n'est pas de l'essence de la responsabilité [...]. La responsabilité est d'essence objective* »³. Au contraire, l'imputabilité suppose « *une référence à la personne du sujet passif* »⁴. Adopter une définition objective de l'imputabilité semble donc en contradiction avec cette analyse historique de l'apparition de l'imputabilité comme une condition subjective de la responsabilité pénale qui se serait progressivement imposée du fait de l'individualisation et de la spiritualisation de cette dernière. Une définition subjective de l'imputabilité semble donc préférable.

§2- Le choix d'une définition subjective de l'imputabilité

228 - L'admission d'une définition subjective de l'imputabilité paraît *a priori* plus conforme à la définition de l'imputabilité que nous avons adoptée, à savoir une aptitude qui conditionne

in *La responsabilité pénale, Travaux du Colloque de philosophie pénale (12 au 21 janv. 1959)*, *op. cit.*, p. 91 et 92.

¹ M VILLEY, *La responsabilité pénale chez Saint Thomas, La responsabilité pénale et le christianisme*, in *La responsabilité pénale, Travaux du Colloque de philosophie pénale (12 au 21 janv. 1959)*, *op. cit.*, p. 117 et s.

² P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, th. Paris II, 1982, n° 47, p. 66.

³ P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 37, p. 43.

⁴ P. JOURDAIN, *op. cit.*, *loc. cit.*

l'imputation morale de l'infraction. C'est pourquoi, une majorité d'auteurs s'accorde pour reconnaître à l'imputabilité une dimension subjective. Cette dernière est fondamentale car elle permet de rapprocher l'imputabilité du concept de capacité et plus précisément de capacité pénale.

229 - En ne permettant de ne retenir que la responsabilité pénale des individus qui présentent certaines aptitudes intellectuelles, le concept d'imputabilité apparaît en effet comme une application de la capacité pénale, définie comme l'ensemble des aptitudes subjectives conditionnant l'engagement et la sanction de la responsabilité pénale d'un individu. L'imputabilité peut ainsi être analysée comme une nouvelle application, au stade de l'imputation de l'infraction, du concept plus large de capacité pénale (A). Ce rattachement impose alors de bien distinguer l'imputabilité de l'autre application de la capacité pénale à l'engagement de la responsabilité, la capacité délictuelle, nous permettant de mettre en avant la spécificité du contenu moral de l'imputabilité (B).

A – Le rattachement de l'imputabilité à la capacité pénale

230 - Selon un auteur, l'imputabilité constituerait « *une appréciation négative de sa personne, un jugement défavorable de sa personnalité* » en vue de lui appliquer la sanction¹. Pour un autre, ce serait la sympathie qui se dégage de la représentation du « *patient* » qui justifierait que l'on ait cherché à limiter l'engagement de la responsabilité en exigeant que la faute ou en matière pénale, l'infraction, soit imputable². Ces deux définitions de l'imputabilité ont en commun de faire apparaître nettement son rôle en matière pénale.

231 - Elle consiste en effet en une appréciation de la personnalité de l'agent n'ayant pour seul but que celui d'empêcher l'engagement de sa responsabilité³ et par conséquent le prononcé d'une sanction pénale. Il s'agirait donc, pour reprendre les mots d'un des auteurs

¹ E. DASKALAKIS, *Réflexions sur la responsabilité pénale*, PUF, 1975, p. 17.

² P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 37, p. 43.

³ C'est d'ailleurs en ce sens que l'on peut rapprocher l'imputabilité d'une capacité au sens juridique, cette dernière servant précisément à limiter voire délimiter l'activité ou la responsabilité d'un individu, v. *supra* n° 6.

précités, d'« *une force génératrice d'irresponsabilité* »¹. Cette conception originale de l'imputabilité permet de la rattacher au concept plus large de capacité pénale. En effet, puisqu'elle vise à limiter, voire à neutraliser la responsabilité pénale et par conséquent la sanction d'un individu², l'imputabilité peut être analysée comme une véritable capacité, au sens juridique, ce que souligne d'ailleurs un auteur lorsqu'il écrit que la responsabilité pénale « *renvoie aux idées de conscience, d'aptitude, de personnalité, de capacité, caractéristiques d'une certaine notion d'imputabilité* », allant même jusqu'à conclure que « *la notion de capacité est une constante du concept d'imputabilité* »³.

232 - Certains auteurs ont d'ailleurs cherché à analyser l'imputabilité comme une véritable capacité juridique. L'imputabilité est ainsi qualifiée par un auteur de « *capacité de fait* », qu'il oppose à la « *capacité de droit* », définie comme « *l'aptitude d'une personne à faire un acte juridique* »⁴. Aussi intéressante soit-elle, cette distinction entre « *capacité de fait* » et « *capacité de droit* » apparaît quelque peu maladroite car elle semble suggérer qu'en tant que capacité de fait, l'imputabilité n'aurait aucune existence ou incidence juridique, méconnaissant de ce fait la notion de capacité naturelle⁵. Or, nous avons vu⁶ que le concept de capacité ne se réduisait pas à la capacité « juridique », faculté abstraite décidée et réglementée par le législateur⁷, puisqu'existe, à côté de cette aptitude légale, une capacité « naturelle » qui désigne « *la capacité non décidée par la loi, mais résultant des aptitudes naturelles de chacun* »⁸. L'analyse de l'imputabilité comme « une capacité de fait » doit donc être repoussée, ou tout au moins précisée.

¹ P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 47, p. 55. L'auteur évoque à ce titre l'évolution « régressive » de la responsabilité.

² Parce que l'imputabilité exprime les « *sentiments antagonistes, résultant de la considération du patient, [elle vient] contrarier ceux que le crime avait déclenché et s'opposer ainsi à la sanction* » P. JOURDAIN, *op. cit.*, *loc. cit.*

³ C. LAZERGES, *Le concept d'imputabilité dans les doctrines de Défense sociale*, RSC 1983, p. 315 et s.

⁴ M. FRANCHIMONT, *Notules sur l'imputabilité, Les données du problème en droit pénal en criminologie, en psychologie judiciaire et en politique criminelle*, RDPC 1961-1962, p. 344 et 346.

⁵ Sur cette notion, v. F. BETAÏLLOLE-GONTHIER, *La capacité naturelle*, th. Bordeaux, 1999, n° 16 *in fine*. V. également, J.-M. PLAZY, *La personne de l'incapable*, th. Bordeaux, 1998, n° 316 et s.

⁶ V. *supra* n° 7.

⁷ Qu'il s'agisse de la capacité contractuelle permettant de conclure un acte juridique ou de la capacité délictuelle qui traduit la possibilité pour un individu de s'obliger par ses délits ou quasi-délits.

⁸ F. BETAÏLLOLE-GONTHIER, *op. cit.*, n° 1.

233 - Si la formule utilisée par cet auteur a le mérite d'illustrer l'idée que l'imputabilité est avant tout une capacité naturelle, c'est-à-dire une aptitude personnelle variant d'un individu à l'autre¹, on doit reconnaître qu'en réglementant les causes de non-imputabilité², le législateur a organisé de manière précise le régime juridique de la capacité à se voir imputer une infraction, permettant ainsi de l'analyser comme une véritable capacité juridique. L'imputabilité apparaît donc plutôt comme une capacité reconnue et réglementée par le droit³, non, comme l'écrit cet auteur, comme une capacité « *de fait* ». On peut toutefois regretter qu'en ne réglementant expressément que l'imputabilité, le législateur ait contribué à ce qu'elle éclipse l'autre application de la capacité pénale qu'est la capacité délictuelle.

234 - De nombreux auteurs assimilent en effet l'imputabilité à « *la capacité de comprendre et de vouloir* »⁴. G. LEVASSEUR définit ainsi l'imputabilité⁵ comme ce « *degré liminaire, au dessous duquel on ne peut descendre [...] que le Code pénal italien appelle la capacité de comprendre et de vouloir* »⁶. Cette analyse qui se fonde tant sur la définition de l'imputabilité

¹ La Cour de cassation considère d'ailleurs l'imputabilité comme une question de fait dont l'appréciation relève des juges du fond (Crim. 8 juin 1955 : *Bull. Crim.* n° 286 ; Crim. 11 mars 1958 : *Bull. Crim.* n° 238), la Chambre criminelle se réservant seulement le droit de contrôler la motivation des juges du fond ayant justifié l'irresponsabilité en censurant certaines décisions pour manque de base légale ou défaut de motifs : Crim. 28 mars 1936 : *Bull. Crim.* n° 41.

² A l'inverse, on peut déplorer que le législateur ait quelque peu délaissé la question de la capacité délictuelle qui reste, faute de véritable consécration, une capacité naturelle, l'article 1310 du Code civil ne pouvant, on l'a vu, être considéré comme un fondement textuel suffisant, v. *supra* n° 90, note 4.

³ D'ailleurs, la règle fondamentale dominant le droit des incapacités selon laquelle la capacité est le principe et l'incapacité l'exception, s'applique à l'imputabilité puisque tout homme est en principe apte à se voir imputer une infraction, sauf les cas exceptionnels que sont les causes de non-imputabilité.

⁴ V. par exemple F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, n° 635 qui semblent considérer la capacité de comprendre et la capacité de vouloir comme les deux facettes du discernement exigé à l'article 122-1 du Code pénal ; R. OTTENHOF, *Imputabilité, culpabilité et responsabilité en droit pénal*, Archives de politique criminelle, Pedone, 2000, n° 10, p. 75 : « *Pour que l'acte soit imputable à l'agent, il faudra que celui-ci ait agi "avec une intelligence lucide et une volonté libre", c'est-à-dire avec la capacité de comprendre et de vouloir* » ; M. FRANCHIMONT, *Notules sur l'imputabilité, Les données du problème en droit pénal, en criminologie, en psychologie judiciaire et en politique criminelle*, RDPC 1961-1962, p. 344. V. de manière un peu moins claire, M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, 2^e éd., 2006, n° 310 et s., spéc. n° 314 : « *La démence au sens de l'ancien article 64 a toujours été comprise comme portant atteinte à la possibilité de comprendre et de vouloir* ». V. enfin la thèse d'A.-C. DANA qui consacre une section à chacune des composantes à l'imputabilité que sont pour lui l'intelligence et la volonté, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982, n° 68.

⁵ Qu'il nomme d'ailleurs « capacité pénale ».

⁶ G. LEVASSEUR, *L'imputabilité des infractions en droit français*, RDPC 1968-1969, p. 388. V. aussi B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 22^e éd. 2011, n° 393.

que donne l'article 85 du Code pénal italien¹ que sur les termes utilisés par la Cour de cassation dans le célèbre arrêt *Laboube*² confond, selon nous, l'imputabilité et la capacité délictuelle. Si l'on s'accorde sur la nécessité de caractériser une certaine capacité de comprendre et de vouloir pour engager la responsabilité pénale d'un individu, nous avons toutefois démontré³ que cette aptitude naturelle correspond à la capacité délictuelle, c'est-à-dire l'aptitude à l'infraction. Cette capacité qui se compose, on l'a vu, de l'intelligence et de la volonté contribue en effet à donner à l'infraction une dimension subjective, éthique. C'est pourquoi elle conditionne, non l'imputation de l'infraction, mais son existence même, en désignant, *a priori*, les individus aptes à commettre une infraction. Si l'imputabilité se rattache donc au concept de capacité pénale, elle doit être distinguée de la capacité délictuelle, comme le démontre l'analyse de son contenu axiologique.

B – Le contenu axiologique de l'imputabilité

235 - Entendue comme l'aptitude d'un individu à se voir imputer une infraction, l'imputabilité nécessite par conséquent des facultés intellectuelles plus complexes que la simple capacité de comprendre et de vouloir nécessaire à l'infraction. Toutefois, à l'image de cette dernière, elle possède deux composantes distinctes, l'une liée à l'intelligence, c'est le discernement, l'autre liée à la volonté, c'est la liberté ou le libre arbitre⁴. Il ne s'agit plus de caractériser un acte humain, donc compris et voulu, mais de le porter au compte de son auteur, ce qui suppose, du fait du mouvement de spiritualisation évoqué précédemment, une intelligence lucide et une volonté libre. Cette définition, partagée par un grand nombre

¹ « *Capacità d'intendere e di volere : Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile. È imputabile chi ha la capacità di intendere e di volere* », ce qui signifie : « Capacité de comprendre et de vouloir : Nul ne peut être puni pour un fait prévu par la loi comme un crime, s'il n'était pas imputable au moment où il l'a commis. Est imputable celui qui a la capacité de comprendre et de vouloir ».

² Crim., 13 déc. 1956 : *Laboube* : D. 1957, jurispr. p. 349, note M. PATIN ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 7^e éd., 2009, comm. n° 43 par A. VARINARD ; *A propos d'un arrêt récent en matière de minorité pénale*, RSC 1957, p. 363, note de J.-L. COSTA. Sur cet arrêt, v. *supra* n° 98 et s.

³ V. *supra* n° 114 et s.

⁴ Cette seconde composante est parfois aussi qualifiée de liberté morale.

d'auteurs¹, met en évidence le lien existant entre l'imputabilité et la capacité délictuelle et démontre qu'il existe entre elles, plus une différence de degré, qu'une différence de nature².

236 - A travers les deux composantes que sont le discernement et le libre arbitre, apparaît le contenu axiologique de l'imputabilité qui permet de la distinguer de la capacité délictuelle, simple aptitude intellectuelle à l'infraction. Cette analyse rejoint d'ailleurs celle du juriste et philosophe allemand PUFENDORF pour qui l'imputabilité exprimerait la possibilité de rattacher un acte à un homme qui en est la cause première ou morale. Elle peut alors être considérée comme une exigence morale qui s'ajoute à celle, nécessairement antérieure, d'entendement et de volonté³. On retrouve la même idée chez P. RICŒUR qui distingue la question de la reconnaissance de l'homme comme sujet de droit⁴ de celle de l'assignation d'une action à son auteur⁵. Afin d'illustrer cette dichotomie, le philosophe propose ainsi de formuler plusieurs questions impliquant le pronom relatif « qui » et distingue alors la question

¹ Pour n'en citer que quelques-uns : A. DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 305 et s. : « *discernement, d'une part, intelligence et volonté, d'autre part, apparaissent ainsi comme des notions différentes* » conduisant l'auteur à considérer que l'imputabilité se compose en réalité du discernement et de la liberté ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 3^e éd., 2010, n° 220 : « *[l'imputabilité] repose sur le discernement et le libre arbitre* » ; J. H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2005, p. 288 qui évoque au sujet de l'imputabilité, « *le discernement* » et « *la liberté de choisir son comportement* » ; Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, n° 352 : « *discernement et liberté de vouloir* ». V. enfin la définition de l'imputabilité donnée par MM. MERLE et VITU à savoir : « *l'existence d'une volonté libre et d'une intelligence lucide* » : R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel - T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 616.

² V. ainsi l'analyse de la responsabilité du mineur par A. DECOCQ selon lequel « *l'infraction suppose, en la personne du mineur, un degré minimal d'intelligence et de volonté, mais non une pleine capacité de comprendre et une volonté entièrement libre qui pourraient seules constituer le discernement* », A. DECOCQ, *op. cit.*, *loc. cit.* Pour une illustration, v. *supra* n° 132.

³ « *Après avoir examiné, autant qu'il était nécessaire pour notre dessein, la nature et les propriétés de l'Entendement et de la Volonté, qui sont les deux grands principes d'où les actions humaines tirent ce qui les distinguent d'avec les mouvements des Bêtes ; il faut traiter maintenant des actions morales en général [...]. Les actions morales ne sont autre chose que les actions volontaires de l'homme, considérées par rapport à l'imputation de leurs effets dans la Vie commune* », S. PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens, T. 1^{er}*, Lyon, 1771, (trad. de J. BARBEYRAC), Livre I, Chap.V, § I, p. 74.

⁴ Cette question renverrait à celle de l'identité personnelle du sujet puisque comme l'écrit l'auteur : « *La question qui parle ? est assurément la plus primitive [...]. Seul quelqu'un capable de se désigner lui-même comme l'auteur de ses énonciations peut donner une réponse à cette question* », P. RICŒUR, *Le juste*, Esprit, 1995, p. 30.

⁵ « *L'identification d'un agent, donc l'assignation à quelqu'un d'une action ou d'un segment d'action, est une opération souvent difficile, par exemple lorsque l'on se propose d'apprécier le degré de telle ou telle personne dans une entreprise complexe réunissant plusieurs agents* », P. RICŒUR, *op. cit.*, p. 31.

« qui parle ? » de « qui est l'auteur de telle action ? »¹. Si l'on adapte ces interrogations à la matière pénale, elles deviendraient ainsi « qui peut commettre une infraction ? » et « qui est l'auteur de cette infraction ? ».

237 - Le contenu subjectif de l'imputabilité est donc fondamental car il donne à la responsabilité une dimension axiologique que celle-ci ne possède pas intrinsèquement et permet également de distinguer l'imputabilité de la capacité délictuelle, autre application de la capacité pénale à l'engagement de la responsabilité². On voit alors qu'au-delà de son influence sur la définition du concept d'imputabilité, le contenu axiologique de l'imputabilité a des répercussions sur la responsabilité pénale elle-même, nous invitant alors à nous interroger sur les rapports qu'entretiennent ces deux concepts et plus largement sur la place de l'imputabilité en matière pénale.

¹ « La manière la plus directe de faire apparaître ce lien est de traiter les différentes assertions concernant l'identité personnelle ou collective comme autant de réponses à une série de questions impliquant le pronom relatif qui ? », P. RICŒUR, *op. cit.*, p. 30.

² De la même façon, il nous faut repousser les théories attribuant à l'imputabilité un rôle qui n'est pas le sien, empiétant ainsi sur l'élément moral de l'infraction. Ainsi, en est-il de la théorie de E. DASKALAKIS, pour qui l'imputabilité exprimerait la « *sub-socialité* » de l'agent, qui ne se serait pas comporté comme l'aurait fait le bon père de famille : « Le contenu de l'imputabilité consiste dans l'appréciation que l'auteur de l'infraction s'est montré défaillant par rapport au membre social normal [...] en d'autres termes, le contenu de l'imputabilité consiste dans l'établissement d'un rapport d'infériorité, de la sociabilité du prévenu vis-à-vis du membre social normal, en un mot, dans la *sub-socialité* de l'auteur de l'infraction », E. DASKALAKIS, *Réflexions sur la responsabilité pénale*, PUF, 1975, p. 39. Force est de constater que ce faisant, M. DASKALAKIS inclut dans l'imputabilité la question de la culpabilité qui se résume, on l'a vu, à comparer le comportement d'un individu par rapport à celui d'un standard abstrait, le bon père de famille, inclusion qui n'est justifiée ni au regard du contenu traditionnellement reconnu à l'imputabilité, ni au regard du droit positif actuel.

Section 2 :

La place de l'imputabilité

238 - Condition subjective de la responsabilité pénale de l'auteur, l'imputabilité apparaît essentielle en matière criminelle¹. C'est donc assez naturellement que la doctrine s'est interrogée sur sa place dans la théorie générale de la responsabilité pénale. Loin de trouver une réponse certaine, cette question a conduit les auteurs à développer deux conceptions différentes de l'imputabilité.

239 - Selon une conception parfois qualifiée de classique, l'imputabilité serait un élément de l'infraction, et plus précisément de son élément moral, conduisant certains auteurs à inclure l'imputabilité dans la définition même de l'infraction. Au contraire, une conception plus moderne considère l'imputabilité comme un élément extérieur à l'infraction, qu'il faut par conséquent rattacher au concept plus large de responsabilité.

240 - Si quelques auteurs adhèrent aujourd'hui encore à la conception classique de l'imputabilité conçue comme un élément de l'infraction, il semble néanmoins plus conforme au droit positif de soutenir la thèse inverse, autrement dit d'admettre l'autonomie de l'imputabilité à l'égard de l'infraction (§ 1) et son rattachement à la responsabilité (§ 2).

§1- L'autonomie de l'imputabilité à l'égard de l'infraction

241 - Concevoir l'imputabilité comme un élément de l'infraction ou comme le préalable indispensable à l'élément moral de l'infraction présente le défaut majeur de faire de l'imputabilité une donnée indispensable à la faute. Bien qu'elle ait longtemps été partagée par la doctrine, cette vision classique de l'infraction semble difficile à justifier (A) et est aujourd'hui quelque peu dépassée, depuis l'abandon de l'imputabilité en matière de responsabilité civile délictuelle (B).

¹ L'importance de l'imputabilité en matière civile est aujourd'hui moindre depuis l'abandon de la condition d'imputabilité en 1968 pour les personnes atteintes d'un trouble mental, puis pour les *infantes* en 1984.

A – Une conception classique injustifiée

242 - Certains auteurs choisissent d'intégrer dans l'infraction toutes les conditions indispensables à l'engagement de la responsabilité pénale¹. Ils relient ainsi les faits justificatifs à l'élément légal ou à l'élément injuste, tandis que l'imputabilité est souvent présentée comme faisant partie, au côté de la culpabilité, de l'élément moral de l'infraction². Parmi tous ces auteurs, c'est probablement A.-C. DANA qui a développé le plus loin cette conception classique de la responsabilité. Dans sa thèse consacrée à la notion d'infraction³, il démontre que l'infraction est un concept central du droit pénal qui regroupe par conséquent toutes les conditions objectives et subjectives permettant d'engager la responsabilité pénale d'un individu. Cette analyse le conduit alors à rejeter la possibilité de dissocier l'infraction de la responsabilité pénale pour adopter une définition large et résolument subjective de l'infraction, analysée comme l'« *extériorisation d'une volonté agissante* »⁴. Au sein de ce système, l'imputabilité apparaît comme une des composantes de l'infraction⁵, ou plus précisément comme « *une aptitude pénale qui conditionne l'existence même de l'infraction [...] [et] fixe le seuil de pénalité* »⁶. L'intégration de l'imputabilité contribue alors à ce que M. DANA appelle « *la substance éthique de l'infraction* »⁷. En d'autres termes, l'infraction n'en serait une que parce que son auteur serait conscient de ses actes et posséderait la volonté d'agir. Cette analyse a été récemment reprise par un autre auteur qui fait de l'imputabilité, qu'il définit comme « *le véritable seuil d'intervention du droit pénal* »⁸, un préalable

¹ Parmi lesquels : R. BERNARDINI, *Droit pénal général*, Gualino, 2003, n° 399 et 401, *in fine* ; Ph. CONTE & P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, n° 351 ; J.-C. SOYER, *Droit pénal et procédure pénale*, LGDJ, 20^e éd., 2008, n° 61. V. également J. LEAUTE, *Le rôle de la faute antérieure dans le fondement de la responsabilité pénale*, D. 1981, chron. p. 295 et E. DASKALAKIS, *Réflexions sur la responsabilité pénale*, PUF, 1975, p. 10 à 11.

² Certains arrêts consacrent explicitement cette théorie : v. par exemple, un arrêt du 14 décembre 1982 qui approuve une Cour d'appel ayant considéré que l'élément moral de l'infraction n'était pas constitué en raison de la démence de son auteur : « *les faits matériellement reprochés à l'intéressé ne constituent pas, à raison de l'état de démence de leur auteur au temps de l'action, des crimes punissables, faute d'élément moral* », Crim. 14 déc. 1982 (inédit), *Gaz. Pal.* 1983, 1, pan. p. 178.

³ A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982.

⁴ A.-C. DANA, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵ A.-C. DANA, *op. cit.*, n° 28 et s.

⁶ A.-C. DANA, *op. cit.*, n° 45.

⁷ A.-C. DANA, *op. cit.*, n° 32 et s.

⁸ E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, 2010, n° 752. On ne peut qu'être frappé par la très grande proximité de cette définition avec celle d'A.-C. DANA.

indispensable à la responsabilité pénale et qui la rattache alors à l'infraction. Par conséquent, selon cet auteur, l'absence d'imputabilité permet de considérer qu'il n'y a pas eu d'infraction¹.

243 - C'est sur ce dernier point que nous nous séparons de l'analyse de ces auteurs. Bien que nous partagions l'idée selon laquelle « *la prise en considération des attributs de l'auteur de l'acte, c'est-à-dire l'homme, fait partie intégrante du concept d'infraction* »², nous avons démontré que ce contenu subjectif de l'infraction est en réalité apporté par la capacité délictuelle, non par l'imputabilité³. Malgré la pertinence de l'analyse de ces auteurs⁴, force est de constater qu'ils se fondent sur une définition erronée de l'imputabilité. Le degré minimal de conscience et de volonté – cette « *substance éthique* »⁵ – que ces auteurs assimilent à l'imputabilité représente en réalité l'aptitude pénale à l'infraction, c'est-à-dire la capacité délictuelle, non l'imputabilité qui est, on l'a vu, une aptitude à l'imputation d'une infraction⁶. Elle se présente donc comme une condition supplémentaire, traduisant le contenu moral de la responsabilité pénale. S'il semble donc indispensable de réaliser, pour reprendre les termes mêmes d'un de ces auteurs, « *la promotion de l'homme dans la définition de l'infraction* »⁷, c'est par le biais de la capacité délictuelle, non de l'imputabilité que se réalise cette subjectivisation de l'infraction.

244 - D'autres auteurs ont également tenté de justifier l'intégration de l'imputabilité au sein de l'élément moral en se fondant sur des considérations plus pratiques, comme par exemple le moment auquel est appréciée l'imputabilité⁸. En effet, si elle se rattache à l'élément moral de l'infraction, ce lien avec la commission matérielle de l'acte impose une appréciation analogue de tous les éléments de l'infraction, justifiant par conséquent d'apprécier l'imputabilité au

¹ E. DREYER, *op. cit.*, n° 753 et s., spéc. n° 755 : « Il ne s'agit plus de dire que cette infraction n'est pas punissable ; il s'agit d'admettre qu'il n'y a pas eu d'infraction ».

² A.-C. DANA, *op. cit.*, n° 32.

³ V. *supra* n° 102 et s.

⁴ Les développements de ces deux auteurs sur le contenu éthique de l'infraction conservent leur intérêt si l'on accepte toutefois de considérer que c'est de la capacité délictuelle dont il est question.

⁵ A.-C. DANA, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶ Ce qu'un de ces auteurs semble admettre lorsqu'il écrit que « *l'imputabilité est véritablement synonyme d'aptitude à la responsabilité pénale* », E. DREYER *Droit pénal général*, Litec, 2010, n° 722.

⁷ A.-C. DANA, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁸ Ph. CONTE & P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, n° 351

moment des faits. Au contraire, si elle se rattache à la notion plus large de responsabilité, on devrait pouvoir, selon ces auteurs, l'apprécier, non plus au moment des faits, mais au moment du procès pénal lorsque la question de sa responsabilité est évoquée. Le législateur ayant expressément prévu que l'imputabilité doit s'apprécier « au moment des faits »¹, il paraît consacrer la première conception. Cette analyse n'est pourtant pas incontestable. En effet, rattacher l'imputabilité à la responsabilité n'impose pas une appréciation au moment du jugement. Cette façon de voir procède en réalité d'une confusion entre l'imputabilité et la capacité pénale à la sanction. Il est en effet indispensable de bien distinguer l'imputabilité, condition subjective de la responsabilité pénale permettant d'imputer une infraction à son auteur, et qui doit par conséquent s'apprécier au moment de la commission de l'infraction, de la capacité pénale à la sanction, concept criminologique fonctionnel qui doit s'apprécier lors du jugement dans la mesure où il permet au juge de choisir la sanction la plus adaptée. Le rattachement de l'imputabilité à la responsabilité n'est donc pas incompatible avec un jugement rétrospectif ; au contraire, ce rattachement traduit l'idée que l'imputabilité permet de déterminer s'il existe des éléments tenant à l'auteur de l'infraction permettant de faire obstacle à l'engagement de sa responsabilité pénale.

245 - Le changement de rédaction entre l'ancien article 64 du Code pénal et l'actuel article 122-1 du Code pénal semble d'ailleurs consacrer le rattachement du discernement et par conséquent de l'imputabilité au concept de responsabilité. En effet, si l'article 64 qui prévoyait expressément² qu'il ne pouvait y avoir de crime ou de délit lorsque le prévenu était en état de démence pouvait être interprété comme consacrant la conception classique de l'imputabilité, le changement de rédaction opéré en 1994 est interprété par la majorité de la doctrine comme condamnant cette analyse³. Les théories favorables à l'intégration de

¹ « 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 », art. 122-1, al. 1 du Code pénal.

² « Il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu était en état de démence », ancien article 64 du Code pénal.

³ Quelques auteurs voient pourtant dans l'actuel article 122-1 du Code pénal un argument en faveur de l'intégration de l'imputabilité au sein de l'élément moral de l'infraction. En effet, selon Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, le législateur évoque le trouble psychique « *au moment des faits* ». Cette référence aux « faits » et non à l'« infraction », formule pourtant choisie à l'origine, consacrerait selon ces auteurs l'idée que faute d'imputabilité, l'infraction n'en serait pas une. Aussi pertinent soit-il, ce raisonnement doit être rejeté au motif que le second alinéa du même article relatif au trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré le discernement comporte la même formule (« La personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble

l'imputabilité dans l'infraction doivent donc, selon nous, être rejetées puisqu'elles conduisent à confondre l'imputabilité avec les autres applications de la capacité pénale que sont la capacité délictuelle ou la capacité pénale à la sanction. Infondée théoriquement, l'intégration de l'imputabilité au sein de l'infraction semble également dépassée du fait de l'abandon de l'exigence d'imputabilité par la responsabilité civile délictuelle.

B – Une conception classique dépassée

246 - Si l'on quitte la matière pénale, on constate que la question de la place de l'imputabilité s'est aussi posée en matière civile, spécialement après l'abandon de cette condition d'abord lorsque l'auteur du dommage était atteint d'un trouble mental¹, puis lorsqu'il s'agissait d'un *infans* privé de discernement². Au lendemain de ces arrêts, certains auteurs ont considéré que le droit civil tout entier avait abandonné l'imputabilité comme condition de la responsabilité. Rompant ainsi avec la notion classique de faute et par conséquent avec ses racines morales, la faute civile, désormais dépourvue de l'exigence d'imputabilité, se serait alors séparée de la faute pénale, toujours conditionnée par celle-ci. Ce raisonnement se fonde sur le syllogisme selon lequel, si l'imputabilité est une donnée interne à la faute et que l'imputabilité n'est plus nécessaire à la faute civile, alors la faute civile et la faute pénale ne sont pas identiques. Cette conclusion s'oppose pourtant au principe classique d'identité des fautes civile et pénale³ et à ses corollaires, qu'il s'agisse du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil ou de celui de la solidarité des prescriptions

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 », art. 122-1, al. 2 du Code pénal), bien que dans cette hypothèse, une infraction ait bel et bien été commise. Le choix de la formule « au moment des *faits* » n'est donc, à notre avis, porteur d'aucune signification particulière pour le législateur, ce que l'on ne peut déplorer par ailleurs...

¹ Après l'adoption de la loi du 3 janvier 1968.

² Cass., Ass. Plén., 5 mai 1984, (5 arrêts) : *D.* 1984, jurispr. p. 525, concl. J. CABANNES, note F. CHABAS ; *JCP* 1984, II, 20255, note N. DEJEAN DE LA BÂTIE ; *ibidem* 20256, note P. JOURDAIN ; *RTD Civ.* 1984, p. 508, obs. J. HUET.

³ Bien qu'abandonné en ce qui concerne la faute d'imprudence, avec la loi du 10 juillet 2000, (v. *supra* n° 77), il est toujours valable en matière de faute intentionnelle.

civile et pénale, avant son abandon par la loi du 23 décembre 1980¹. Comment peut-on alors dépasser cette contradiction ?

247 - Un auteur, partisan de l'extériorité de l'imputabilité s'est efforcé de concilier l'abandon de l'imputabilité en matière civile et son maintien en matière pénale en considérant qu'il ne s'agirait pas d'une dualité de fautes, mais d'une dualité de responsabilités². Cette analyse permet ainsi de concilier le principe classique d'unité des fautes civile et pénale avec l'abandon de l'imputabilité en matière civile et son maintien en matière pénale. Elle est d'ailleurs partagée par P. JOURDAIN puisqu'il rejette, dans sa thèse sur l'imputabilité³, l'idée selon laquelle la faute changerait de nature selon le type de responsabilité qu'elle conditionne⁴. Si la faute est identique en droit civil et en droit pénal, c'est donc la responsabilité qui intègre la condition d'imputabilité selon le type de responsabilité ou plus précisément, comme on le verra plus bas, selon sa fonction. Autrement dit, comme le résumait très bien plusieurs auteurs : *« il se pourrait en effet que l'"imputabilité" se situe en dehors de la faute et ne puisse être, dans les cas où elle est encore exigée (en responsabilité pénale spécialement), qu'une condition de la responsabilité civile au même titre que la faute ou le lien de causalité »*, et ils ajoutent qu'*« une telle analyse aurait le mérite d'expliquer notamment qu'en dépit de l'identité des fautes civile et pénale affirmée par la jurisprudence, il soit possible de retenir la responsabilité civile pour faute d'une personne privée de raison, mais non sa responsabilité pénale »*⁵.

248 - La nécessité de distinguer l'imputabilité des autres applications de la capacité pénale que sont la capacité délictuelle ou la capacité pénale à la sanction, ainsi que son abandon en matière civile imposent de repousser l'analyse selon laquelle l'imputabilité serait un élément

¹ Notons que la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 a récemment modifié l'article 10 du Code de procédure pénale qui prévoit désormais que « lorsque l'action civile est exercée devant une juridiction répressive, elle se prescrit selon les règles de l'action publique », tandis que « lorsqu'elle est exercée devant une juridiction civile, elle se prescrit selon les règles du Code civil ».

² « Lorsque les partisans de la dualité écrivent faute, ils pensent, le plus souvent responsabilité », J. PENNEAU, *Faute civile et faute pénale en matière de responsabilité médicale*, PUF, 1975, n° 49.

³ P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, th. Paris II, 1982.

⁴ « La faute, en tant qu'élément du fondement de la responsabilité, ne change pas de nature en fonction de l'espèce de responsabilité dont elle autorise la mise en œuvre », P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 232.

⁵ J. GHESTIN, G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2006, n° 444-1.

de l'infraction. Détachée de cette dernière, l'imputabilité peut alors être rattachée à un autre concept essentiel du droit pénal, celui de responsabilité.

§2- Le rattachement de l'imputabilité à la responsabilité

249 - La plupart des auteurs¹ choisissent aujourd'hui d'exclure l'imputabilité de l'infraction et la rattache par conséquent au concept de responsabilité, dont elle constituerait la condition subjective. Cette conception renouvelée de l'imputabilité semble en effet plus pertinente, spécialement au regard de sa fonction. En tant qu'application du concept de capacité pénale, l'imputabilité vise en effet à limiter la responsabilité pénale de l'auteur d'une infraction, en faisant obstacle aux règles normales de responsabilité consécutivement à la commission d'une infraction². L'absence d'imputabilité paralyse donc l'engagement de la responsabilité pénale mais ne fait pas disparaître l'infraction³, ce qui explique pourquoi il est possible d'engager la responsabilité civile d'un individu malgré son irresponsabilité pénale, la responsabilité civile n'exigeant plus de caractériser chez l'auteur certaines aptitudes personnelles indispensables en matière pénale.

250 - On peut alors en déduire que l'imputabilité n'est pas une condition de l'infraction ou de la faute mais de la responsabilité pénale, concept autonome extérieur à l'infraction. Ce

¹ V. en matière pénale, F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, n° 627 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2001, n° 393 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 3^e éd., 2010, n° 220, 316 et 434 ; R. MERLE & A. VITU, *Traité de droit criminel - T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 379 *in fine* et 616 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2005, p. 286. Pour une démonstration approfondie de l'extériorité de l'imputabilité à la faute, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 226 et s. *Comp.* M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, 2^e éd., 2006, n° 302, qui rattache le problème de la contrainte et de la minorité à la détermination du délinquant et donc à la notion de responsabilité, mais envisage le trouble mental avec l'élément psychologique de l'infraction.

² « L'imputabilité n'est autre que la traduction juridique des sentiments de commisération et de la mansuétude qu'inspire à la collectivité la personnalité du responsable. Reflet de la sensibilité sociale, la fonction de l'imputabilité consiste à limiter la responsabilité en faisant obstacle, en son absence, à l'application de la sanction prévue au responsable désigné par son action », P. JOURDAIN, *Retour sur l'imputabilité*, in *Les droits et le droit, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2006, p. 517.

³ La formule de l'article 64 de l'ancien Code pénal – « Il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu était en état de démence » – a d'ailleurs été critiquée par de nombreux auteurs car elle semblait indiquer que l'absence d'imputabilité ôtait à l'infraction son caractère délictueux.

rattachement de l'imputabilité à la responsabilité semble d'ailleurs plus « *satisfaisant* »¹, tant au regard des solutions du droit positif qui consacrent un tel système (A), qu'au regard de ses conséquences sur le concept même d'imputabilité (B).

A – Le bien-fondé du rattachement de l'imputabilité à la responsabilité

251 - Plusieurs éléments permettent de justifier le rattachement de l'imputabilité au concept de responsabilité pénale, qu'il s'agisse de la charge de la preuve de l'absence d'imputabilité (1) ou bien de la possibilité d'admettre l'existence d'une infraction indépendamment de son imputabilité (2).

1 – La charge de la preuve de l'absence d'imputabilité

252 - Un des principaux arguments en faveur du rattachement de l'imputabilité à la responsabilité vient de la question de la charge de la preuve de l'absence d'imputabilité. En effet, si l'imputabilité était un élément de l'infraction, la preuve de son existence devrait incomber, comme pour l'élément matériel et l'élément moral de l'infraction, au Ministère public. Or dans la pratique, c'est bien à l'auteur de démontrer l'absence d'imputabilité en justifiant par exemple d'un trouble mental ayant aboli son discernement ou d'une contrainte imprévisible et irrésistible. Dans le même ordre d'idées, on peut également justifier l'autonomie de l'imputabilité par rapport à l'infraction en constatant la différence d'appréciation de l'imputabilité et de l'élément moral de l'infraction. En effet, comme on a déjà pu le constater précédemment², la faute s'apprécie objectivement ou *in abstracto*³, ce qui signifie que les juges se réfèrent à un modèle de comportement abstrait, celui du bon père de famille, pour pouvoir caractériser une faute. Ce mode d'appréciation est approuvé par la

¹ Selon la formule de Ph. BONFILS, *Le discernement en droit pénal*, in *Mélanges offerts à Raymond GASSIN*, PUAM, 2007, n° 13, p. 103.

² V. *supra* n° 73.

³ Sur le mode d'appréciation de la faute civile et pénale, v. notamment : N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, LGDJ, 1965 et V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, th. Bordeaux, 1999.

doctrine¹ qui y voit le moyen, parfois un peu sévère, de rejeter l'irresponsabilité d'un individu pour des motifs qui lui seraient propres tels que son imprudence habituelle, son étourderie, etc. S'opère donc un véritable jugement de valeur de l'acte au caractère synthétique². A l'inverse, le jugement d'imputabilité, puisqu'il évalue les aptitudes personnelles à l'auteur permettant de lui imputer une infraction, apparaît comme un jugement de réalité et doit donc s'apprécier *in concreto*³. Cette différence d'appréciation qui traduit la nature distincte de la culpabilité et de l'imputabilité justifie donc le rattachement de l'imputabilité à la responsabilité et non à l'infraction. Le droit positif semble d'ailleurs consacrer cette analyse puisqu'il admet exceptionnellement l'existence d'une infraction alors même que son imputabilité fait défaut.

2 –L'admission possible d'une infraction indépendamment de son imputabilité

253 - Le principal intérêt de la conception moderne de l'imputabilité est d'admettre la possibilité de caractériser une infraction même lorsque l'imputabilité fait défaut. Si cette conclusion est critiquée par certains auteurs⁴, il semble toutefois que le droit positif la consacre à plusieurs reprises.

254 - Ainsi, bien que les articles 121-6 et 121-7 du Code pénal réprimant la complicité évoquent celui qui se rend complice d'une infraction ou précisément « d'un crime ou délit », la jurisprudence⁵ admet la responsabilité du complice d'une infraction commise sans discernement ou sous la contrainte. La doctrine justifie cette solution par l'effet *in personam*

¹ Même si certains auteurs considèrent que la faute intentionnelle impose une appréciation *in concreto*. Pour une critique de cette position, v. *supra* n° 73, note n° 3.

² P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, th. Paris, 1982, n° 228, p. 253.

³ V. MALABAT, *op. cit.*, n° 503 et s., spéc. n° 520. V. cependant l'opinion de M. DEJEAN DE LA BATIE pour qui « l'appréciation *in concreto* de l'imputabilité, si elle existe indéniablement, se voit cantonnée dans un domaine extrêmement restreint, par le jeu d'un certain nombre de postulats théoriques dont le caractère abstrait ne fait aucun doute », *op. cit.*, n° 111 et s., spéc. les n° 113 et 123.

⁴ V. ainsi Ph. CONTE & P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, n° 351.

⁵ V. par exemple Crim. 13 mars 1991 : *Bull. Crim.* n° 125.

traditionnellement reconnu aux causes de non-imputabilité¹. Mais on peut également considérer qu'elle s'explique par le fait que l'imputabilité, donnée subjective propre à l'auteur, se rattache, non à l'infraction, mais à la responsabilité pénale. Si cette analyse paraît moins pertinente depuis l'arrêt de la Chambre criminelle du 8 janvier 2003² ayant retenu la responsabilité du complice d'une infraction dont l'élément moral faisait défaut, elle s'accorde mieux avec les règles classiques qui régissent la complicité.

255 - Mais c'est probablement l'introduction récente de la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental qui reflète le mieux la possibilité de retenir une infraction en l'absence de discernement de l'auteur et démontre donc le rattachement de l'imputabilité au concept de responsabilité. La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 a créé une procédure originale, la déclaration d'irresponsabilité pénale pour trouble mental³, lorsqu'existent à l'égard d'une personne atteinte d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement « des charges suffisantes d'avoir commis les faits reprochés ». L'institution même d'une déclaration d'irresponsabilité pénale, à mi-chemin entre une déclaration d'innocence⁴ et une déclaration de culpabilité⁵, ainsi que la possibilité de prononcer, malgré

¹ « Les causes dites "subjectives" sont toutes les circonstances se soldant par une impunité personnelle à l'auteur d'une infraction. [...] Elles se caractérisent par une portée in personam, et il est normal que le complice ne puisse en avoir les effets, sauf à y prétendre individuellement », Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 3^e éd., 2010, n° 384. V. aussi Ph. CONTE & P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 412 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, 2^e éd., 2006, n° 356 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, n° 550.

² Cet arrêt, très discuté il est vrai, a en effet admis la condamnation du complice en dépit de la relaxe pour défaut d'intention de l'auteur principal : Crim. 8 janv. 2003 : *Bull. Crim.* n° 5 ; *D.* 2004, somm. 310, obs. B. de LAMY ; *JCP* 2003, II, 10159, note W. JEANDIDIER ; *RSC* 2003, 553, B. BOULOC ; rapp. de Crim. 15 déc. 2004 (inédit), pourvoi n°03-87827. Même si M. MAYAUD admet que la solution de l'arrêt du 8 janvier 2003 obéit à la logique d'une « approche dépouillée de toute considération subjective », il concède toutefois que cette position pourrait conduire à des solutions inopportunes voire incohérentes : Y. MAYAUD, *op. cit.*, *loc. cit.*

³ Sur cette procédure, v. J. BUISSON, *La déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : loi du 25 février 2008, Procédures*, avr. 2008, Etudes n° 4. Si cette procédure n'est applicable qu'à l'absence de discernement causé par un trouble mental, le législateur oblige désormais la juridiction d'instruction (art. 177, al. 2 du Code de procédure pénale) ou de jugement (art. 470-2, al. 1^{er} du Code de procédure pénale), lorsqu'elles envisagent d'appliquer les articles 122-2, 122-3, 122-4, 122-5 et 122-7 du Code pénal, à préciser « s'il existe des charges suffisantes établissant que l'intéressé a commis les faits qui lui sont reprochés ».

⁴ Du fait de l'impossibilité d'engager la responsabilité pénale de l'individu atteint de troubles mentaux conformément à l'article 122-1 du Code pénal ou de prononcer une peine.

⁵ Du fait de la possibilité de prononcer des mesures de sûreté très proches de peines complémentaires déjà existantes ou de l'affirmation de l'existence de « charges suffisantes d'avoir commis les faits reprochés » (article 706-120, al. 1^{er} du Code de procédure pénale). Cette périphrase euphémistique ne désigne rien d'autre que des charges de culpabilité et ce, en violation de la présomption d'innocence. Pour une opinion similaire, S.

l'irresponsabilité pénale d'un individu, des mesures privatives ou restrictives de liberté¹ présentant un caractère répressif certain² traduisent la volonté du législateur de distinguer la situation de l'individu non discernant de celle de l'individu qui n'a pas commis d'acte délictueux³.

256 - A travers le caractère hybride de cette procédure, se dessine en réalité la compatibilité entre l'existence d'un trouble mental et l'admission de charges suffisantes de culpabilité. Il n'est donc pas impossible, selon le législateur, d'envisager la culpabilité d'un individu pourtant incapable de discerner la portée morale de ses actes. D'ailleurs, si le législateur n'emploie pas le terme d' « infraction » mais une formule neutre⁴ pour désigner l'acte commis par l'individu non discernant, il reste que l'article 706-136 du Code de procédure pénale multiplie les formules maladroitement. En effet, cet article énonce les différentes mesures de sûreté pouvant être prises et fixe leur durée maximale en fonction de la gravité de l'acte commis. Or, pour évaluer cette gravité, le législateur fait référence à la nature de l'infraction commise, ces mesures ne pouvant excéder dix ans « en matière correctionnelle et vingt ans si les faits commis constituent un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement ». Comment expliquer cette référence explicite à « un crime ou un délit » en l'absence de discernement de l'auteur ? On peut considérer que le législateur, à travers cette formulation maladroite, fait en réalité référence à l'infraction abstraitement réalisée par l'individu non discernant, c'est-à-dire à l'infraction qu'aurait commis l'individu s'il avait été discernant. Ainsi compris, l'alinéa 1^{er} fixerait la durée maximale des mesures qu'il prévoit en fonction de la nature et de la gravité de l'infraction « objectivement » commise. La Chambre de l'instruction qui souhaiterait prononcer une ou plusieurs mesures de sûreté devrait alors, à la

DETRAZ, *La création d'une nouvelle décision de règlement de l'instruction : la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, RSC, 2008, p. 877, n° 13.

¹ Qualifiées par le législateur de « mesures de sûreté ».

² Le fait que ces mesures reprennent purement et simplement certaines peines complémentaires ou alternatives prévues aux articles 131-2, 131-3, 131-6 et 131-10 du Code pénal permet en effet de mettre en doute leur absence de caractère répressif.

³ S. DETRAZ différencie ainsi « le cas de la personne "entièrement" innocente (qui n'est pas l'auteur des faits poursuivis, qui n'a pas réalisé un acte délictueux, ou dont l'état d'esprit au moment des faits n'était pas l'intention exigée par le texte d'incrimination) de celle à l'encontre de laquelle peuvent être relevés les éléments légal, matériel et moral (sauf l'imputabilité) de l'infraction, mais qui est atteinte d'un trouble mental ayant aboli son libre arbitre au moment des faits » , *op. cit.*, p. 875, n° 7.

⁴ Les articles 706-120, 706-122 à 706-125, 706-129 et 706-133 du Code de procédure pénale évoquent ainsi simplement « les faits commis » ou les « faits reprochés » à l'individu non discernant.

fois déclarer l'auteur des faits irresponsable du fait d'un trouble ayant aboli son discernement, et dans le même temps raisonner comme si l'auteur des faits reprochés était discernant afin de fixer la durée des mesures de sûreté. Bien que cette interprétation soit la seule qui permette de justifier ce texte, elle est néanmoins contredite par la suite de cet article.

257 - En effet, l'assimilation de l'acte commis par un individu privé de discernement à une véritable infraction semble totale lorsque le législateur énonce les différentes mesures de sûreté que la Chambre de l'instruction peut prononcer. Parmi ces mesures, on trouve ainsi « l'interdiction d'entrer en relation avec la victime de *l'infraction* »¹ ou l'interdiction d'exercer une activité professionnelle « dans laquelle ou à l'occasion de laquelle *l'infraction* a été commise »². Bien que ces références à une infraction procèdent vraisemblablement de l'oubli du législateur, elles permettent tout de même de penser que l'individu dépourvu de discernement est capable de commettre une infraction, ce qui équivaut à consacrer l'extériorité, voire l'indépendance du discernement par rapport à la notion d'infraction, définie comme la réunion d'un élément matériel et d'un élément moral réduit à la simple culpabilité de l'auteur.

258 - Cette procédure nouvelle n'est d'ailleurs pas sans rappeler la législation applicable au mineur non discernant avant l'ordonnance du 2 février 1945. L'article 66 du Code pénal de 1810 prévoyait ainsi que le mineur ayant agi sans discernement serait acquitté tout en reconnaissant au juge pénal la possibilité de prononcer certaines mesures « de tutelle, de surveillance, d'éducation, de réforme et d'assistance » ou la mise en liberté surveillée du mineur. Malgré la référence maladroite et inexacte juridiquement à l'acquittement, ces mesures spécifiques, qui ne présentaient pas le caractère punitif des peines classiques, avaient tout de même pour but de sanctionner, au sens premier du terme, la responsabilité du mineur. C'est pourquoi la doctrine de l'époque analysait le système consacré par cet article non comme un acquittement, mais comme une absolution³, mécanisme juridique permettant de

¹ Article 706-136, 1° du Code de procédure pénale.

² Article 706-136, 4° du Code de procédure pénale.

³ V. par exemple A. BLANCHE, *Etudes sur le Code pénal*, Livre II, 2^e éd., 1888, n° 336 et 342 : « le mineur de seize ans qui est renvoyé des poursuites pour avoir agi sans discernement est absous, quoique l'article 66 indique qu'il est acquitté (...). Il suit de là que, lorsque le mineur de seize ans n'est renvoyé des poursuites que

reconnaître la responsabilité pénale d'un individu sans toutefois pouvoir le sanctionner par une peine quelconque¹. Cette précision est importante dans la mesure où l'absolution n'équivalait pas en effet à une absence de culpabilité, au contraire, elle emportait déclaration de culpabilité, donc reconnaissance de l'infraction, seul le prononcé d'une peine était écarté². Un jeune mineur dépourvu de discernement pouvait donc, conformément à ce système, commettre une infraction et subir une des mesures « de tutelle, de surveillance, d'éducation, de réforme et d'assistance » prévues par le Code pénal, ce qui démontre la possibilité de caractériser une infraction en l'absence de discernement³.

259 - Le droit positif consacre donc, semble-t-il, l'extériorité de l'imputabilité à l'égard de l'infraction et par conséquent son rattachement au concept de responsabilité. Rattacher l'imputabilité au concept de responsabilité conduit alors à les rapprocher et permet de mettre en lumière leur influence mutuelle. Si l'imputabilité confère ainsi à la responsabilité pénale la dimension subjective dont elle serait, sinon, dépourvue, il reste à étudier les conséquences de ce rattachement à la responsabilité sur le concept même d'imputabilité.

pour avoir agi sans discernement, c'est que le juge a reconnu préalablement qu'il a commis le fait dont il est accusé ou prévenu, que ce fait constitue une infraction punissable, qu'il a été exécuté avec une intention criminelle et qu'il n'est pas couvert par la prescription. ». V. également G. VIDAL et J. MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, A. ROUSSEAU, 6^e éd., 1921, n° 160-11 ; H. DONNEDIEU DE VABRES, *Supplément au Traité élémentaire de droit criminel*, Sirey, 2^e éd, 1946, n° 770, p. 391. Pour une opinion similaire au sujet de la loi du 22 juillet 1912, v. H. DONNEDIEU DE VABRES, *D.* 1945, I, Législation, p. 175 : « *Sous l'empire de la loi du 22 juillet 1912 comme de l'ancien art. 66 c. pén., la qualification légale était formelle : le mineur serait acquitté. Mais cette qualification, qui cadrerait mal avec les solutions concrètes de la loi, était en général, repoussée par la doctrine* ».

¹ Cette possibilité correspond aujourd'hui à la dispense de peine prévue par les articles 132-58 et s. du Code pénal et 469-1, 469-2, 469-3 et 539-3 du Code de procédure pénale.

² C'est d'ailleurs très probablement ce régime particulier de responsabilité pénale du mineur qui explique la décision de la CA de Colmar ayant donné lieu à l'arrêt *Laboube* : C.A. Colmar, 1^{er} déc. 1953, *D.* 1955, Somm., p. 3 ; *Gaz. Pal.* 1954, 2, p. 147 ; *Gaz. Pal.* 1955, II, p. 26 et s. ; *S.* 1954, II, p. 65 et s. ; *RSC* 1954, p. 537 et s., note A. LEGAL. En constatant l'absence de raison suffisante du mineur tout en prononçant une mesure éducative, la CA a en effet appliqué au mineur le régime mis en place par le Code pénal de 1810.

³ A condition toutefois qu'il soit doté du minimum de volonté cohérente permettant de caractériser l'élément moral de l'infraction, v. *supra* n° 103 et s.

B – Les conséquences du rattachement de l'imputabilité à la responsabilité

260 - Définir l'imputabilité comme la condition subjective indispensable à l'engagement de la responsabilité pénale d'un individu aboutit à en faire également la condition de sa conséquence naturelle, la sanction pénale. L'imputabilité semble en effet indissociable du but de cette imputation, à savoir le prononcé d'une sanction pénale puisque comme l'écrit GARRAUD, imputer une infraction à son auteur vise en effet à « *mettre ce résultat à son compte pour lui en faire subir les conséquences* »¹, ce qui en matière pénale se traduit généralement par le prononcé d'une sanction. Rattacher l'imputabilité à la responsabilité permet en effet de mettre en évidence le lien très fort de l'imputabilité avec la finalité de la responsabilité, qu'elle soit répressive en matière pénale ou réparatrice en matière civile. C'est pourquoi on peut qualifier l'imputabilité de concept « *téléologique* »² dans la mesure où elle dépend très étroitement de la finalité de la responsabilité qu'elle conditionne. Mais ce caractère téléologique n'est pas la seule conséquence du rattachement de l'imputabilité à la responsabilité. Il confère en effet également à l'imputabilité un caractère « absolu ». Ce qualificatif, peut-être un peu imprécis *a priori*, exprime en réalité l'idée que l'imputabilité n'est ni une donnée variable dans son intensité, ni une donnée relative dont le contenu dépendrait du type d'infraction.

261 - L'influence du rattachement de l'imputabilité à la responsabilité apparaît donc aussi bien à travers le caractère téléologique de l'imputabilité (1), qu'à travers son caractère absolu (2).

1- Le caractère téléologique de l'imputabilité

262 - On a vu précédemment que le rattachement de l'imputabilité à la responsabilité permettait de concilier le principe d'unité des fautes civile et pénales avec la dichotomie opposant le droit pénal qui continue d'exiger un acte libre et conscient pour pouvoir engager

¹ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, T.2, Sirey, 3^e éd., 1913, n° 268.

² Du grec *telos* signifiant la fin, le but : v° « *Téléologie* », *Le nouveau Littré*, Garnier, 2007.

la responsabilité pénale de l'auteur d'une infraction au droit civil qui a fini par se départir de l'exigence d'imputabilité. Il reste pourtant à comprendre pourquoi l'imputabilité est toujours une condition de la responsabilité pénale alors qu'elle a disparu en matière civile. Il semble que la réponse à cette question réside dans la fonction répressive du droit pénal. Si l'imputabilité continue d'être exigée dans ce domaine, c'est que l'engagement de la responsabilité pénale se solde, en principe, par l'imposition d'une sanction. Il en résulte que la responsabilité ne doit donc être admise que lorsque la sanction pénale se révèle non seulement opportune mais surtout légitime aux yeux de la société. L'existence de causes d'irresponsabilité¹ démontrent ainsi que le droit pénal admet qu'il est parfois injuste, voire inefficace, d'engager la responsabilité pénale d'un individu et par conséquent de le sanctionner pénalement. La notion d'imputabilité est donc essentielle puisqu'elle permet d'empêcher l'imputation d'une infraction², en fonction des conséquences de cette imputation, à savoir l'imposition d'une peine ou d'une obligation de réparer le dommage. L'exigence d'imputabilité peut alors varier en fonction de la conséquence juridique de la déclaration de responsabilité, ce que l'on peut qualifier de caractère « *utilitaire* »³ ou « *téléologique* » de l'imputabilité⁴.

263 - Dans un article consacré aux rapports entre la notion d'imputation et la complicité⁵, un auteur a ainsi démontré que les conditions d'imputation variaient selon le fait à imputer et surtout selon la finalité de cette imputation. Il constate ainsi que le droit administratif, par exemple, n'oblige pas le fonctionnaire à réparer les dommages résultant d'une faute de service, prenant ainsi acte de l'inopportunité de faire supporter au fonctionnaire les conséquences de ce type de faute, l'État étant mieux à même de supporter une telle responsabilité pécuniaire. Le même raisonnement a d'ailleurs conduit la jurisprudence à

¹ Qu'il s'agisse de causes objectives d'irresponsabilité (les faits justificatifs par exemple) ou subjectives comme l'absence d'imputabilité.

² Ou en matière civile, d'une faute.

³ L'expression est de J.-H. ROBERT dans l'article *Imputation et complicité*, JCP 1975, I, 2720, note de bas de page n° 70.

⁴ « *S'il est vrai [...] que le sens de toute opération se détermine du but qu'elle poursuit, il en résulte que, si l'on savait pourquoi mettre l'acte sur le compte de l'auteur, la portée de cette appréciation serait déterminée. Sur cette question, la doctrine répond d'une façon unanime ; si l'on cherche à mettre l'acte sur le compte de l'auteur, c'est pour lui en faire subir les conséquences* », E. DASKALAKIS, *Réflexions sur la responsabilité pénale*, PUF, 1975, p. 15.

⁵ J.-H. ROBERT, *op. cit.*, spéc. n° 40 et s.

consacrer en matière civile une véritable immunité du préposé pour les fautes n'excédant pas les limites de leur mission¹. En matière répressive, on retrouve cette idée à travers le mécanisme mis en place par la loi du 10 juillet 2000, soumettant la responsabilité pénale de « l'auteur indirect » d'une infraction d'imprudence à la commission d'une faute qualifiée². En effet, en consacrant une véritable « immunité » de l'auteur indirect, ce système traduit l'inopportunité de l'imputation des infractions de faible gravité³ à ceux qui n'ont commis qu'une faute d'imprudence simple. C'est donc, une fois encore, la conséquence de cette imputation – obligation de réparer le dommage causé en matière civile ou obligation de subir une peine en matière pénale – qui justifie le choix de mettre un acte au compte de son auteur, autrement dit de lui imputer ou non sa faute.

264 - Ce raisonnement explique alors que l'imputabilité, condition morale de l'imputation d'une faute ou d'une infraction, puisse être exigée de manière variable selon la nature et les conséquences de la responsabilité envisagée. L'exigence d'imputabilité différerait donc selon le type de responsabilité⁴ ou la nature des sanctions encourues⁵. P. JOURDAIN distingue ainsi trois types de situation. L'imputabilité est, en premier lieu, indifférente dans les responsabilités qu'il qualifie d'« indirectes »⁶ puisqu'il n'y a pas de véritable lien unissant le

¹ Ass. Plén., 25 fév. 2000, *Costedoat* : *Bull. Civ.* n° 2 ; *D.* 2000, 673, note Ph. BRUN ; *ibidem* somm. 467, note Ph. DELEBECQUE ; *JCP* 2000, II, 10295, concl. R. KESSOUS et note M. BILLIAU ; *ibidem* I, 241, n° 16, obs. G. VINEY ; *Gaz. Pal.* 2000, 2, 1462, note F. RINALDI ; *RCA* 2000, chron. 11, H. GROUDEL, et chron. 22, C. RADÉ ; *RTD Civ.* 2000, 582, P. JOURDAIN. Notons toutefois que la jurisprudence a ensuite limité cette immunité, notamment lorsque le préposé avait commis une faute pénale intentionnelle, voire une faute d'imprudence qualifiée au sens de l'article 121-3, alinéa 4 du Code pénal (Ass. Plén., 14 déc. 2001, *Cousin*, *Bull. Civ.* n° 17, *D.* 2002, 1230, note J. JULIEN, *ibidem*, somm. 1317, obs. D. MAZEAUD ; *ibidem*, somm. 2117, obs. THUILLIER). La jurisprudence récente semble refuser le bénéfice de l'immunité lorsque le préjudice de la victime résulte de la commission de toute infraction pénale ou faute intentionnelle : *Civ.* 2^e, 21 févr. 2008, *JCP* 2008, I, 186, n° 5 note Ph. STOFFEL-MUNCK ; *D.* 2008, 2125, note LAYDU.

² Article 121-3, alinéa 4 du Code pénal.

³ Cet article ne concerne en effet que les contraventions ou les délits non intentionnels, à l'exclusion toutefois de ceux qui exigent une faute délibérée ou caractérisée.

⁴ On pourrait ainsi opposer les responsabilités du fait personnel aux responsabilités sans faute, ni fait personnel du responsable, v. ainsi P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, th. Paris, 1982, n° 239, p. 266.

⁵ On pense bien sûr à l'opposition entre la responsabilité civile qui vise la réparation et la responsabilité pénale qui tend à sanctionner l'auteur d'une infraction, même si l'auteur souligne la difficulté de cette distinction dont la simplicité n'est qu'apparente : v. ainsi les mécanismes de responsabilité civile à caractère répressif (peines privées) et les mesures préventives ou éducatives qu'on trouve parfois en matière répressive, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 240 et s., p. 268 et s.

⁶ Responsabilité civile du fait des choses (art. 1384, al. 1^{er} du Code civil), des animaux (art. 1385 du Code civil), du fait d'autrui (art. 1384, al. 4 et 5 du Code civil), etc.

responsable et le fait dommageable. Une imputabilité « imparfaite »¹ sera en revanche exigée en matière de responsabilité civile pour faute² et de responsabilité pénale préventive³. Enfin, la responsabilité pénale qui conduit à prononcer des peines ainsi que la responsabilité civile lorsqu'il s'agit de prononcer des mesures civiles au contenu répressif⁴, comme les peines privées⁵ par exemple, exigent de caractériser chez l'auteur une imputabilité complète⁶ du fait du caractère répressif ou punitif des sanctions encourues.

265 - C'est pour cette raison que l'exigence d'imputabilité doit être conservée chaque fois que la responsabilité possède une dimension répressive : ainsi en est-il de la faute intentionnelle⁷ ou de la faute inexcusable⁸. Mais c'est surtout lorsque l'on envisage la question de la faute de la victime limitant son droit à réparation que l'abandon de l'imputabilité, surtout sa dimension morale, paraît la plus contestable⁹. En effet, si l'article 414-3 du Code civil, remplaçant l'ancien article 489-2, ainsi que la jurisprudence ont fini par consacrer une conception objective de la faute civile, de nombreux auteurs plaident toutefois pour le maintien de l'imputabilité dans l'hypothèse de la faute de la victime. Au lendemain

¹ L'auteur utilise ce terme pour désigner l'exigence de la seule imputabilité physique, « représentant le premier degré et une forme encore imparfaite de l'imputabilité », P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 242 et n° 246 et s.

² Art. 1382 et 1383 du Code civil.

³ C'est notamment le cas de mesures de sûreté ou de mesures éducatives à l'égard des mineurs, par exemple.

⁴ Comme en atteste l'arrêt du 9 novembre 1983 cassant une décision des juges du fond ayant condamné à la faillite personnelle un dirigeant social de fait placé sous tutelle, sans rechercher si celui-ci avait agi avec discernement. En effet, la faillite étant considérée comme une peine privée, la Cour reproche aux juges du fond de n'avoir pas, au préalable, caractérisé le discernement du dirigeant de la société : Civ. 1^{ère}, 9 nov. 1983, 1^{ère} espèce, D. 1984, 139, note F. DERRIDA. Aussi, même si l'on admet la responsabilité civile délictuelle de l'individu dépourvu de discernement, la faillite personnelle, de par son caractère punitif, ne peut se concevoir en l'absence de discernement.

⁵ Sur la notion de peine privée, v. S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995, spéc. n° 297 et A. JAU, *La notion de peine privée*, LGDJ, 2005.

⁶ Imputabilité « physique » et « morale », selon l'auteur précité, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 241 et le tableau qui figure à la page 283.

⁷ « Cette faute a pour but moins la réparation que la sanction. Ce rôle, essentiellement répressif, assure la prévention de certains comportements, ce qui nécessite le maintien du discernement », Ph. JACQUES, note sous l'arrêt du Civ. 2^e, 28 fév. 1996 : *Gaz. Pal.* 1997, 1, p. 86, spéc. p. 91.

⁸ « La fonction de la faute inexcusable est répressive. Donc l'exigence de discernement doit encore s'imposer » puisque « si l'on synthétise les effets de cette faute, on s'aperçoit qu'ils tendent à priver une personne, une victime le plus souvent [...] d'un régime de faveur », Ph. JACQUES, *op. cit.*, p. 91. V. pourtant la jurisprudence contraire, admettant la faute inexcusable, selon la loi de 1985, d'un mineur handicapé mental : Civ. 2^{ème}, 7 juin 1989, *Gaz. Pal.*, 1989, 2, p. 783, note F. CHABAS ; *RTD. Civ.* 1989, p. 786, obs. P. JOURDAIN ; D. 1989, p. 559, note J.-L. AUBERT, *JCP* 1990, II, 21451, note J.-F. BARBIERI.

⁹ Sur cette question, v. la thèse de Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, *La responsabilité de la victime*, th. Bordeaux, 1977.

des arrêts de 1984, la doctrine a très rapidement souligné l'effet pervers de la solution consacrée par ces arrêts. Malgré la volonté d'améliorer l'indemnisation des victimes, l'abandon de l'imputabilité en matière civile a conduit à amoindrir, voire à exclure la réparation de la victime ayant contribué à la réalisation de son dommage¹. Arguant du caractère punitif de cette limitation du droit à réparation de la victime, qu'on peut assimiler à une véritable « *peine privée* »², quelques auteurs réclament le maintien de la condition d'imputabilité dans cette hypothèse. Au-delà de la question du bien-fondé de cette analyse à laquelle la jurisprudence reste sourde, cette différence de régime possible entre la faute de l'auteur et celle de la victime permet surtout d'illustrer le caractère variable de la condition d'imputabilité qui n'est indispensable que lorsque les conséquences de la responsabilité, c'est-à-dire les mesures sanctionnant la responsabilité d'un individu, présentent un caractère punitif.

266 - L'imputabilité varie donc en fonction des conséquences de la responsabilité, justifiant notamment l'opposition entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile, la seconde ayant fini par se départir de cette exigence. Si l'on ne raisonne qu'en matière pénale, l'exigence d'imputabilité dépend du type de mesures envisagées, véritables peines ou simples mesures de sûreté, révélant ainsi une différence de régime fondée sur la fonction de la sanction³. A ce caractère téléologique de l'imputabilité, s'ajoute un caractère « absolu ».

¹ Il est intéressant à ce titre de remarquer qu'aucun des cinq arrêts de 1984 ne concernait un dommage causé à autrui par la faute d'un enfant, les arrêts *Lemaire* et *Derguini* ne concernant que les mineurs victimes à qui l'on opposait leur propre faute. Il faudra attendre un arrêt du 12 décembre 1984 pour que soit appliqué l'article 1383 du Code civil à un mineur auteur d'un dommage : Ass. Plén., 5 mai 1984 : *Bull. Civ.* n° 4 ; *D.* 1984, jurispr. p. 525, concl. J. CABANNES, note F. CHABAS ; *JCP* 1984, II, 20255, note N. DEJEAN DE LA BÂTIE ; *ibidem* 20256, note P. JOURDAIN ; *RTD Civ.* 1984, p. 508, obs. J. HUET.

² Ph. JACQUES, *op. cit.*, p. 88 rejette ainsi les différents fondements juridiques permettant de justifier ce partage de responsabilité notamment le fondement causaliste défendu par M. CHABAS dans sa thèse (*L'influence de la pluralité de cause sur le droit à réparation*, LGDJ, 1967, spéc. n° 47 et 187 et l'article *Fait ou faute de la victime*, *D.* 1973, chron. p. 207) puisqu'aucun texte ne prévoit de rôle partiellement exonératoire à la faute de la victime : l'article 1382 visant le dommage causé à « autrui », non à soi-même, il ne peut expliquer pourquoi la victime doit supporter les conséquences de sa propre faute.

³ Comme le prouve la procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale prévue aux articles 706-119 et suivants du Code de procédure pénale qui consacrent la possibilité de prononcer des mesures de sûreté malgré l'existence d'un trouble mental ayant aboli le discernement de l'auteur des faits. Sur cette procédure, v. *supra* n° 256 et s.

2- Le caractère « absolu » de l'imputabilité.

267 - Le caractère « absolu » de l'imputabilité se manifeste de deux façons. L'imputabilité apparaît tout d'abord comme une condition qui existe ou fait défaut, autrement dit une condition insusceptible de degré (a). En outre, l'existence d'une cause de non-imputabilité empêche, en principe, l'imputation de toute infraction (b).

a) Une condition insusceptible de degré.

268 - Analyser l'imputabilité comme une application particulière de la notion de capacité nous permet de considérer qu'à l'instar de la capacité qui existe ou n'existe pas, l'imputabilité n'est pas susceptible de degré. Soit l'individu est doté des caractères psychologiques nécessaires permettant de lui imputer l'infraction, donc d'engager sa responsabilité, soit il en est dépourvu et sa responsabilité ne pourra pas alors être recherchée.

269 - Malgré l'apparente logique de cette analyse, l'idée d'une « responsabilité atténuée » a tout de même eu les faveurs d'une partie de la doctrine. En effet, le caractère absolu de l'imputabilité a conduit à des solutions parfois excessives puisque seuls les individus entièrement privés de leur faculté de discernement ou de leur liberté de vouloir pouvaient se voir exonérés de leur responsabilité pénale. C'est pourquoi de nombreux auteurs ont, dès la fin du XIX^e siècle, critiqué la trop grande rigidité du concept de responsabilité. Le mouvement néoclassique a alors développé le concept de « responsabilité atténuée » qui se situerait entre une responsabilité pleine et entière et une irresponsabilité fondée sur l'absence d'imputabilité. Cette responsabilité atténuée permettait ainsi d'assouplir la rigidité du système pénal classique, comme l'attestent la généralisation des circonstances atténuantes par la loi du 28 avril 1832 ou la création de mesures nouvelles, telles que la libération conditionnelle ou bien le sursis à l'exécution de la peine¹.

¹ Lois Bérenger des 14 août 1885 et 26 mars 1891.

270 - Toutefois, loin de résoudre les problèmes posés par ces solutions traditionnelles, le concept de « responsabilité atténuée » en posait d'autres. En effet, plus qu'une « responsabilité atténuée », il s'agissait davantage d'une « pénalité atténuée » puisque l'auteur d'une infraction, mineur ou majeur dont le discernement, sans être totalement aboli était altéré, était jugé responsable de cette infraction tout en bénéficiant en quelque sorte d'une « excuse atténuante » permettant de diminuer le quantum de la sanction. Ainsi, malgré l'immatunité due à leur âge ou leur état psychologique, ces « *demi-responsables* » comme on les appelait parfois, subissaient tout de même une sanction, bien qu'atténuée. Cela explique que de nombreux auteurs se soient élevés¹ contre ce qu'ils qualifient de « *mathématique déplorable* », condamnant la « *solution la plus malheureuse qui soit* »². Inopportune au regard de ses conséquences, la responsabilité atténuée est également difficile à concilier avec ce caractère « absolu » de l'imputabilité.

271 - L'analyse de l'imputabilité comme une condition insusceptible de degré permet en effet de justifier le rejet de la théorie de la responsabilité atténuée. Soit l'individu présente les caractères requis par l'imputation de l'infraction et il en sera reconnu responsable ; soit l'individu ne présente pas ces dispositions indispensables à l'imputation d'une infraction et sa responsabilité pénale ne saurait être engagée. C'est d'ailleurs la solution choisie par le législateur qui affirme à l'article 122-1, alinéa 2 du Code pénal, 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 ». Il s'agit donc davantage d'une pénalité atténuée, que d'une responsabilité atténuée. Parler de responsabilité atténuée lorsque le discernement d'un individu est altéré ou lorsque sa volonté a été simplement influencée par une force externe semble donc philosophiquement et

¹ « *Jamais la faillite du système actuel de responsabilité pénale ne se sera avérée plus évidente car ces sujets constitutionnellement dangereux bénéficieront [...] d'une diminution non souhaitable de la peine privative de liberté encourue* », J. PINATEL, *Biologie et responsabilité*, RSC 1968, p. 672 et s. V. également B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 22^e éd. 2011, n° 451 : « *C'est de toute façon un résultat fâcheux car ce système aboutit à condamner les déficients mentaux à de courtes peines d'emprisonnement qui n'ont ni valeur intimidante, ni valeur curative et même sont dangereuses car loin de guérir, elles risquent souvent de corrompre celui qui y est soumis ou d'aggraver son état* ». Pour une critique plus approfondie de la responsabilité atténuée et ses rapports avec le concept de capacité pénale à la sanction, v. *infra* n° 398 et s.

² G. LEVASSEUR, *L'imputabilité en droit pénal*, RSC 1983, p. 7.

juridiquement incorrect. Néanmoins, un problème subsiste. Si ce ne sont pas les notions d'imputabilité ou de responsabilité qui expliquent cette solution, comment justifier cette atténuation de pénalité ?

272 - MM. MERLE et VITU expliquent avec beaucoup d'habileté cette solution en distinguant la question de l'imputation de l'infraction, de celle, nécessairement postérieure du choix de la sanction. Selon ces auteurs, il n'est pas question d'abandonner la notion d'imputabilité, mais plutôt de la concilier avec un autre concept, celui de capacité pénale¹. « *L'imputabilité, poursuivent-ils, doit demeurer la condition nécessaire de toute responsabilité mise en cause à propos d'une infraction [...]. Mais c'est en fonction de la capacité pénale que [...] devrait être choisie la sanction applicable* »². Ainsi analysée, l'imputabilité devient le fondement de la sanction pénale et permet de savoir s'il y a lieu de sanctionner l'auteur³. La question de savoir si un individu présente les caractères nécessaires à l'imputation d'une infraction n'admet donc qu'une réponse positive ou négative conduisant ainsi à retenir ou à exclure sa responsabilité pénale. Ce n'est qu'une fois cette question résolue que la capacité pénale pourra être utilisée afin de permettre au juge de choisir la sanction la plus adaptée à la personnalité du délinquant.

273 - Circonscrire au domaine qui lui est propre, à savoir conditionner subjectivement la responsabilité pénale de l'auteur, l'imputabilité en tant qu'aptitude à se voir imputer une infraction apparaît donc comme une donnée qui, une fois constatée par le juge, autorise ou non l'imputation d'une infraction à son auteur⁴. Ce constat soulève alors une interrogation

¹ Il semble plus pertinent, comme on le verra plus tard, de qualifier cette aptitude de « capacité pénitentiaire » afin d'éviter toute confusion avec la capacité pénale qu'on a défini précédemment comme l'ensemble des aptitudes subjectives indispensables à l'engagement et à la sanction de la responsabilité pénale. Sur le concept de capacité pénitentiaire, v. *supra* n° 439.

² R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel - T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 617.

³ Ce qui explique que MM. MERLE et VITU définissent l'imputabilité comme l'aptitude à la sanction, *op. cit.*, p. 772.

⁴ Pour une opinion similaire à propos de la contrainte, v. P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, th. Paris, 1982, n° 640, p. 678 : « *La liberté d'agir n'est pas susceptible de degrés ; elle existe ou n'existe pas* », ce qui lui permet de conclure que l'absence d'imputabilité fondée sur la contrainte ou la force majeure en droit civil entraîne une irresponsabilité qu'il qualifie de « totale » ou d'« absolue », c'est-à-dire une irresponsabilité qui « *recouvre ainsi les imputations de toute nature [...] aussi bien civile que pénale* » et « *ne laisse, en principe, subsister aucune trace de responsabilité* », P. JOURDAIN, *op. cit.*, *loc. cit.*

quant à l'intensité de l'absence d'imputabilité. A-t-elle un effet relatif, c'est-à-dire qu'elle empêche l'imputation d'une infraction ou d'un type d'infraction ou empêche-t-elle, au contraire, l'imputation de toute infraction ? L'admission de son rattachement à la responsabilité pénale et non à l'infraction, conduit à penser que l'existence d'une cause de non-imputabilité empêche l'imputation d'une infraction, quelle qu'elle soit.

b) Une condition de l'imputation de toute infraction

274 - Certains arrêts, assez anciens avouons-le, semblent s'opposer à cette conclusion. Un arrêt de la Chambre criminelle¹ a ainsi confirmé la décision d'une Cour d'assises ayant prononcé l'acquittement d'un individu pour cause de démence tout en retenant sa culpabilité pour d'autres chefs d'accusation. Cette décision a d'ailleurs été confirmée en matière de contrainte², la Cour de cassation considérant que « *la responsabilité et la culpabilité peuvent être appréciées différemment suivant chaque infraction poursuivie* ». Ces solutions, bien qu'approuvées par certains auteurs³ doivent être tempérées car elles font figure d'exception. En effet, le contenu subjectif de l'imputabilité ainsi que son appréciation particulière nous conduisent à penser qu'elle est générale et donc applicable à toute infraction contemporaine d'une cause de non-imputabilité. Résumant l'exigence de lucidité et de liberté de l'auteur, l'imputabilité est unique et ne varie donc pas selon l'infraction considérée, contrairement à la capacité délictuelle dont le contenu peut dépendre de l'élément moral de l'infraction que l'on cherche à caractériser. Ainsi, que l'on raisonne sur l'absence de discernement ou sur la contrainte, il faut admettre que ces deux causes de non-imputabilité exonèrent l'auteur de sa responsabilité pénale, quelle que soit l'infraction commise, sous réserve bien sûr que la commission de l'infraction soit contemporaine de l'absence de discernement⁴ ou de la contrainte. Comment expliquer par conséquent les arrêts évoqués plus haut ?

275 - Il convient en réalité de bien les comprendre afin de limiter leur portée. Le premier concernant l'absence de discernement peut s'expliquer par le principe selon lequel le trouble

¹ Crim. 23 sept. 1847, *D.* 1847, 4, 118.

² Crim. 28 fév. 1952, *D.* 1952, 341.

³ V. ainsi E. DASKALAKIS, *Réflexions sur la responsabilité pénale*, PUF, 1975, p. 46-47.

⁴ Sur l'incidence d'un trouble postérieur à la commission de l'infraction, v. *infra* n° 301.

mental doit être contemporain de l'infraction. Cette exigence permet en effet de s'assurer que le trouble est en relation directe avec l'infraction, expliquant qu'on admette, dans le cas contraire, la responsabilité pénale de celui qui, malgré un trouble mental de nature à abolir le discernement, commet une infraction sans aucun lien avec lui. Il s'agit alors par cet arrêt de rejeter l'idée d'une irresponsabilité totale du dément¹ ne tenant pas compte de la réalité de son état mental au moment des faits, solution qui ne remet pas en cause, selon nous, le caractère général de l'imputabilité. On peut, de la même façon, tempérer la portée de l'arrêt concernant la contrainte, cette décision apparaissant plus justifiée par des circonstances de fait particulières que comme une véritable preuve du caractère « relatif » de l'imputabilité. L'arrêt précité de 1952 semble en effet s'expliquer par le rejet de l'application du principe *non bis in idem* invoqué par le demandeur, comme l'indique expressément la Cour de cassation : « *L'exception de chose jugée ne peut être invoquée que lorsque le fait sur lequel est fondée la seconde poursuite est identique dans ses éléments tant légaux que matériels à celui qui a motivé la première* »². On comprend par cette formule que la Cour qui avait précédemment rejeté la culpabilité d'un individu pour une infraction douanière du fait de la contrainte, refuse simplement d'appliquer le principe *non bis in idem* invoqué par le demandeur, acceptant par conséquent de statuer sur une seconde qualification criminelle, celle de pillage. Or en l'espèce, l'accusé aurait, selon la Chambre criminelle, « *fait montre d'initiative et aurait développé une activité d'organisateur et de chef* »³, les juges en déduisant donc qu'il « *ne saurait se prévaloir d'une appréciation valable en matière d'infractions douanières* ». Loin de consacrer la relativité de l'imputabilité, ces deux arrêts démontrent donc que l'absence d'imputabilité possède, en principe, un effet absolu, permettant d'exclure l'imputation de toute infraction, sauf à lorsqu'il n'existe aucun lien entre la cause de non-imputabilité et l'infraction reprochée.

¹ La même solution est appliquée en droit civil, tant en matière contractuelle, puisqu'un acte juridique conclu lors d'un intervalle lucide par un individu atteint d'un trouble mental est valable, qu'en matière délictuelle, au moins avant la réforme de 1968 obligeant l'auteur d'un dommage à le réparer malgré son trouble mental.

² Crim. 28 fév. 1952, *D.* 1952, 341.

³ Excluant de ce fait l'existence d'une force à laquelle il n'aurait pu résister, seule à même de caractériser la contrainte.

276 - Une dernière objection doit cependant être écartée. En effet, la loi du 15 juin 2000 a introduit dans le Code de procédure pénale un article 349-1¹ selon lequel, lorsqu'est invoquée, devant la Cour d'assises, une des causes d'irresponsabilité prévues aux articles 122-1 à 122-7 du Code pénal, deux questions distinctes doivent être posées : l'une tenant à la commission des faits, l'autre tenant à l'absence d'imputabilité. Si cet article conduit *a priori* à penser que l'imputabilité est relative puisqu'une question distincte doit être posée pour chacune des infractions, cette analyse n'est toutefois pas incontestable. En effet, l'avant-dernier alinéa de l'article 349-1 prévoit la possibilité pour le président de ne poser qu'une seule question relative à l'irresponsabilité pour l'ensemble des chefs d'accusation², révélant ainsi le caractère absolu de l'imputabilité qui exclut, en principe, l'imputation de toute infraction. On ne peut donc que regretter que le législateur ait choisi d'en faire une exception alors qu'il s'agit plutôt du principe. Il semblerait plus logique et plus cohérent de considérer que si une cause de non-imputabilité est retenue, elle exclut toute responsabilité pénale, la seule exception restant l'absence de lien entre une des infractions et la cause de non-imputabilité invoquée, justifiant alors de se prononcer séparément sur l'imputabilité de chacune des infractions envisagées³.

277 - Il ressort de ces développements consacrés à la notion d'imputabilité qu'elle apparaît comme une donnée subjective fondamentale permettant de relier l'infraction à son auteur. Inexistante à l'origine puisque les premières hypothèses de responsabilité pénale restaient très objectives, l'imputabilité a tout de même fini par s'imposer, du fait notamment d'un

¹ Art. 349-1, al. 1^{er} du Code de procédure pénale : « Lorsque est invoquée comme moyen de défense l'existence de l'une des causes d'irresponsabilité pénale prévue par les articles 122-1 (premier alinéa), 122-2, 122-3, 122-4 (premier et second alinéas), 122-5 (premier et second alinéas) et 122-7 du Code pénal, chaque fait spécifié dans le dispositif de la décision de mise en accusation fait l'objet de deux questions posées ainsi qu'il suit :

« 1° L'accusé a-t-il commis tel fait ? ;

« 2° L'accusé bénéficie-t-il pour ce fait de la cause d'irresponsabilité pénale prévue par l'article ... du Code pénal selon lequel n'est pas pénalement responsable la personne qui ... ?" »

² Article 349-1, al. 2 du Code de procédure pénale : « Le président peut, avec l'accord des parties, ne poser qu'une seule question concernant la cause d'irresponsabilité pour l'ensemble des faits reprochés à l'accusé ».

³ Remarquons pour finir que l'erreur de droit, dont on a vu qu'elle était analysée par la majorité de la doctrine comme une cause de non-imputabilité, ne fait disparaître que l'infraction incriminant le comportement au sujet duquel l'individu s'est trompé, ce qui n'équivaut pas à une irresponsabilité générale. Ainsi, l'individu qui, induit en erreur par la mairie, construit sur une zone non constructible, commettant donc une infraction aux règles d'urbanisme, ne pourra arguer de cette erreur pour justifier une autre infraction consécutive à cette construction, comme par exemple une infraction aux règles de l'environnement. Cet effet « relatif » de l'erreur de droit qui semble assez conforme à l'application très restrictive de celle-ci par la jurisprudence, permet de justifier une nouvelle fois le rattachement de l'erreur de droit à l'infraction plutôt qu'à l'imputabilité.

mouvement de spiritualisation de la responsabilité pénale, comme une condition indispensable à l'engagement de celle-ci. Elle contribue alors, par sa dimension subjective fondamentale, à faire de l'imputation, non un simple lien matériel entre une infraction et un auteur, mais un lien subjectif permettant de relier une infraction à « son » auteur. Au-delà de ce rôle technique, l'imputabilité reflète les valeurs de la société et présente à cet égard un contenu axiologique essentiel, comme le souligne deux auteurs lorsqu'ils écrivent que l'imputabilité « confère à la culpabilité de l'agent la pleine signification morale qui appelle le blâme et justifie le reproche »¹. C'est pourquoi le droit pénal, contrairement à certaines autres disciplines², continue de subordonner l'imputation d'une infraction et donc la responsabilité pénale, à la présence de certaines aptitudes psychologiques rendues nécessaires par le reproche social exprimé par la sanction pénale³.

278 - A cette analyse correspond une conception doctrinale moderne de l'imputabilité considérée comme une donnée extérieure à l'infraction. L'autonomie de l'imputabilité à l'égard de l'infraction et son rattachement à la responsabilité illustrent très bien le rôle de l'imputabilité : conditionner l'imputation d'une infraction à un individu en fonction de l'existence chez ce dernier de certaines facultés intellectuelles indispensables à l'engagement de la responsabilité pénale. Cette approche théorique de la notion d'imputabilité était donc nécessaire pour en saisir non seulement l'importance, mais également la signification. Pour autant, il semble indispensable de poursuivre l'examen de l'imputabilité, en étudiant son régime.

¹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel - T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 616.

² L'exigence d'imputabilité ou tout au moins de discernement a ainsi progressivement été abandonnée en matière de responsabilité civile délictuelle. V. *supra* n° 65.

³ MM. MERLE et VITU parlent à ce titre « *le soutien moral légitime* » de la condamnation pénale, *op. cit.*, n° 617, p. 778.

Chapitre II :

Le régime de l'imputabilité.

279 - La question du régime de l'imputabilité suppose d'identifier les facultés intellectuelles indispensables à l'imputation d'une infraction à son auteur. La tâche semble *a priori* plus aisée qu'en matière de capacité délictuelle dans la mesure où le législateur prévoit expressément des hypothèses que la doctrine analyse comme des causes de non-imputabilité¹. Cependant, la lecture des principaux manuels de droit pénal général permet de nuancer cette affirmation puisque les auteurs n'analysent pas toutes ces causes d'irresponsabilité comme des causes de non-imputabilité. Il faudra donc nous attacher moins à l'analyse de la doctrine qu'à l'effet de ces causes d'irresponsabilité, nous obligeant ainsi à vérifier si elles agissent effectivement sur l'imputation d'une infraction à son auteur.

280 - En tant que condition morale de la responsabilité pénale, l'imputabilité traduit « *les sentiments de commisération et de la mansuétude qu'inspire à la collectivité la personnalité du responsable* »². Elle vise en effet à limiter, voire à empêcher la sanction de l'auteur de l'infraction en fonction de la sympathie éprouvée par le corps social envers le responsable. Si ces références à la mansuétude ou à la sympathie traduisent assez bien la dimension morale de l'imputabilité, elles démontrent également son caractère essentiellement humain. Cela explique que la doctrine se soit interrogée, après la consécration de la responsabilité pénale des personnes morales en 1994, sur la difficulté, voire l'impossibilité³, de concilier l'exigence d'imputabilité avec le caractère désincarné des personnes morales.

¹ Qu'il s'agisse de l'abolition du discernement, de la contrainte ou de l'erreur de droit.

² P. JOURDAIN, *Retour sur l'imputabilité*, in *Les droits et le droit, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2006, p. 517. L'auteur poursuit d'ailleurs en écrivant que « *reflet de la sensibilité sociale, la fonction de l'imputabilité consiste à limiter la responsabilité en faisant obstacle, en son absence, à l'application de la sanction prévue au responsable désigné par son action* », *op. cit.*, *loc. cit.*

³ V. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, n° 350 et n° 367 et s. Ces auteurs considèrent que la question de l'imputabilité de l'infraction à une personne morale n'a pas de sens et choisissent par conséquent de la qualifier d'*imputation* de l'infraction à une personne morale. Pour une position similaire, v. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel - T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 616 : « *Il est préférable de parler à ce sujet d'imputation de la responsabilité, plutôt que d'imputabilité* ».

281 - C'est pourquoi il semble indispensable de distinguer, à l'image de nos développements consacrés au régime de la capacité délictuelle, la situation des personnes physiques de celle des personnes morales, en étudiant en premier lieu, le contenu de l'imputabilité de l'infraction commise par une personne physique (Section 1) puis par une personne morale (Section 2).

Section 1 :

L'imputabilité de l'infraction commise par une personne physique

282 - En tant qu'application du concept de plus large de capacité au sens juridique, l'imputabilité possède surtout un rôle négatif¹, celui de limiter l'engagement de la responsabilité pénale aux individus aptes à en saisir la signification, notamment la signification morale. C'est pourquoi l'imputabilité est généralement étudiée, négativement, à travers l'analyse des causes de non-imputabilité ; ces causes de non-imputabilité permettant de brosser un portrait « en creux » de l'imputabilité. Aussi classique soit-elle, cette analyse de l'imputabilité présente le défaut de réduire l'exigence d'imputabilité à l'absence de cause de non-imputabilité.

283 - L'étude du contenu positif de l'imputabilité permet d'identifier deux éléments, le discernement et la liberté d'agir ou libre arbitre, rappelant ainsi les deux composantes de la capacité délictuelle, à savoir la faculté de comprendre et la faculté de vouloir. Comme l'aptitude à l'infraction, l'imputabilité comprendrait une composante intellectuelle, le discernement, et une composante volontaire, le libre arbitre. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal en 1994, certains auteurs s'accordent toutefois pour analyser l'erreur de droit consacrée à l'article 122-3 comme une troisième cause de non-imputabilité, au même titre que l'absence de discernement ou de liberté. Il semble cependant plus pertinent, comme nous avons pu le démontrer précédemment², de considérer l'erreur de droit comme une cause de non-culpabilité puisqu'elle empêche de caractériser la faute et partant l'élément moral de l'infraction. Son effet est donc plus « profond » que celui des causes de non-imputabilité qui agissent seulement, on l'a vu, sur la responsabilité pénale de celui qui l'invoque.

284 - C'est pourquoi nous étudierons successivement les deux éléments composant l'imputabilité que sont le discernement ou l'aptitude à discerner le bien du mal (§ 1) et la liberté de la volonté ou libre arbitre (§ 2).

¹ V. la phrase de J. CARBONNIER citée en exergue de l'introduction.

² V. *supra* n° 140.

§1- Le discernement ou l'aptitude à discerner le bien du mal

285 - L'exigence de discernement apparaît comme la première composante de l'imputabilité. Pourtant, il est intéressant de remarquer que ni le législateur¹, ni la doctrine ne donne de définition précise de cette notion². Cela s'explique, comme on l'a souligné à plusieurs reprises, par le fait que le rôle de l'imputabilité apparaît négativement à travers les différentes causes de non-imputabilité. La lecture des différents manuels de droit pénal général confirme d'ailleurs cette opinion, les auteurs consacrant plus de développements à la question des troubles mentaux comme causes de non-imputabilité qu'à la notion même de discernement proprement dite.

286 - C'est pourquoi l'étude de l'hypothèse classique du défaut de discernement (B) sera précédée d'une analyse positive de cette question, autrement dit de l'exigence par le droit pénal d'une faculté de discernement de l'auteur d'une infraction (A).

A – L'exigence d'une faculté de discernement de l'auteur d'une infraction

287 - Le discernement peut être considéré comme une aptitude morale à distinguer le bien du mal (1). Cette définition traduit très bien son contenu axiologique, ce qui permet non seulement de le distinguer de l'intelligence, mais contribue également à donner à la responsabilité pénale une dimension morale essentielle (2).

¹ Contrairement au droit français, la notion de discernement a tout de même fait l'objet d'analyses approfondies en droit suisse pour l'interprétation des articles 13 et 16 du Code civil suisse qui s'y réfèrent expressément. L'article 16 du Code civil suisse précise ainsi que « toute personne qui n'est pas dépourvue de la faculté d'agir raisonnablement à cause de son jeune âge ou qui n'en est pas privée par suite de maladie mentale [...] est capable de discernement ». Sur cette question, v. ainsi X. DANDOY, *Appréciation in abstracto de la faute civile extracontractuelle*, *Annales de Droit de Louvain*, vol. 70, 2007, n° 2, p. 141 : « La notion de faculté de discernement [...] suppose alors la faculté de pouvoir participer à un échange rationnel, ce qui nécessite une maîtrise au moins minimale du langage, mais aussi de comprendre non seulement que certaines choses sont bonnes ou mauvaises, mais aussi pourquoi elles le sont. Cette faculté, à son tour, nécessite une reconnaissance de l'altérité, d'autrui comme être capable de souffrir à cause de mes actes ».

² V. par exemple B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 22^e éd. 2011, n° 442 et s. qui consacre plusieurs pages à la question des troubles mentaux, sans réellement définir la notion de discernement. *Contra* Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 3^e éd., 2010, n° 220.

1 –La définition du discernement comme une aptitude morale à distinguer le bien du mal

288 - A défaut de définition légale, c'est donc généralement à son commun que se réfère la doctrine lorsqu'elle cherche à définir le discernement en matière pénale. Il désigne en effet « l'action de séparer »¹ et au sens figuré l' « opération de l'esprit par laquelle on distingue des objets de pensée »². Il renvoie ainsi au terme latin « *discernere* » qui signifiait distinguer, comprendre la différence entre plusieurs choses³. En matière juridique, il est généralement défini comme « l'aptitude à discerner le juste de l'injuste, le moral de l'immoral »⁴, ou plus simplement comme la « conscience du bien et du mal »⁵.

289 - Cette référence au juste et à l'injuste ou au bien et au mal permet de mettre en évidence le fort contenu axiologique du discernement et nous permet de préciser quelque peu la pensée de certains auteurs qui, à l'image de GARRAUD, définissent le discernement comme « la faculté de discerner l'illégalité, au point de vue pénal, de l'acte qu'il s'agit d'imputer »⁶. On peut en effet regretter le manque de rigueur de cette définition qui confond deux questions différentes : la licéité d'un acte d'une part, et la moralité de celui-ci d'autre part⁷. On a en effet démontré, lors de l'étude du contenu de l'intelligence⁸, que la conscience de l'illicéité des faits était, avec la conscience matérielle, la composante intellectuelle de la capacité délictuelle. Elle doit donc être nettement distinguée du discernement qui désigne l'aptitude à comprendre la signification morale d'un acte. Conformément à la jurisprudence *Mc Naghten* précitée⁹, la doctrine anglo-saxonne a élaboré une distinction entre le *discernement intellectuel*, que l'on peut définir comme la faculté de juger la nature et la

¹ V° « Discernement », *Le nouveau petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, sous la direction de J. REY-DEBOVE et d'A. REY, Le Robert, 2009.

² *Ibidem*.

³ Comme le prouve l'expression latine attribuée à CICERON : « *alba et atra discernere* », distinguer le blanc du noir.

⁴ J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 18^e éd., 2010, n° 463.

⁵ V. par exemple, Ph. BONFILS, *Le discernement en droit pénal*, in *Mélanges offerts à Raymond GASSIN*, PUAM, 2007, n° 21 p. 106.

⁶ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, T.2, Sirey, 3^e éd., 1913, n° 275.

⁷ Cette confusion apparaît d'ailleurs par la suite puisque le célèbre pénaliste évoque indifféremment le discernement et l'intelligence : v. par exemple, « avoir agi avec intelligence, c'est avoir fait usage de cette faculté [de discerner l'illégalité] dans l'acte particulier dont on est l'auteur », R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 275.

⁸ V. *supra* n° 129 et s.

⁹ *Mc Naghten*, 1843, 8, E.R., 718. Sur cet arrêt, v. *supra* n° 122 et s.

qualité d'un acte et le *discernement moral*, désignant l'aptitude à comprendre le caractère moralement blâmable d'un comportement. Or, nous avons démontré que si la faculté de discerner l'illégalité d'un acte renvoyait à la question de l'illicéité d'une infraction et par conséquent à sa constitution, il nous semble au contraire que la faculté de percevoir le caractère blâmable d'un acte, du fait de son contenu moral, relève davantage de la question de l'imputabilité de l'infraction question nécessairement postérieure à celle de la caractérisation de l'infraction¹. Le discernement auquel il est fait référence aux articles 122-1 et 122-8 du Code pénal correspond donc selon nous à la notion anglo-saxonne de discernement moral qui désigne la faculté de distinguer le bien du mal et par conséquent d'apprécier la portée morale de ses actes². Cette définition illustre la très grande proximité qui existe entre le discernement, élément de l'imputabilité et l'intelligence, dont on a vu qu'elle se rattache au concept de capacité délictuelle, nous obligeant à bien distinguer ces deux notions.

290 - La nécessité de distinguer l'intelligence du discernement apparaît très bien chez ORTOLAN lorsqu'il écrit que « *toutes les parties de l'intelligence ne sont pas constitutives de l'imputabilité. [...] La partie de l'intelligence qui est indispensable à l'imputabilité, c'est la partie la plus haute, la faculté supérieure ; la faculté des rapports (ratio), qui tire de là son nom de raison. Encore est-ce la raison dans le plus élevé des rapports qu'elle conçoit, dans*

¹ Cette distinction nous permet de repousser une nouvelle fois l'opinion de la majorité de la doctrine analysant l'erreur de droit comme une cause d'irresponsabilité subjective. Si cette dernière semble *a priori* assez proche des autres causes d'irresponsabilité subjectives que sont l'absence de discernement ou la contrainte, on peut tout de même distinguer l'erreur de droit – qui fait disparaître l'infraction –, des hypothèses d'irresponsabilité pour défaut d'imputabilité qui laissent subsister l'infraction mais empêchent son imputation. Cette présentation présente, en outre, le mérite de rapprocher l'erreur de fait de l'erreur de droit en considérant que toutes deux agissent sur l'élément moral de l'infraction.

² Un autre auteur semble également adopter une définition très large du discernement puisqu'il le définit comme « *l'aptitude à percevoir le monde environnant* », J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2005, p. 288 et 290. Cette définition du discernement peut être critiquée dans la mesure où elle aboutit, à l'image de la définition précitée de GARRAUD, à confondre discernement et imputabilité. D'ailleurs, lorsqu'il traite de la question de la responsabilité du mineur, le Professeur ROBERT donne une seconde définition du discernement qui désigne alors la faculté du mineur à distinguer le bien du mal. Cette distinction entre le discernement du majeur, défini comme l'aptitude à percevoir le monde environnant, et le discernement du mineur qui représenterait quant à lui l'aptitude à distinguer le bien du mal n'est pas satisfaisante. S'il peut sembler envisageable que le contenu du discernement varie selon le type d'individu et plus particulièrement selon son âge, sa définition, elle, ne doit pas fondamentalement changer selon l'âge d'un individu. Pour une opinion similaire, v. J. CARBONNIER : « *la même notion peut être applicable au jeune enfant et au psychopathe adulte* », *Droit civil - T.1 Les personnes : personnalité, incapacités, personnes morales*, PUF, 21^e éd. 2000, n° 115 p. 211.

le rapport du juste et de l'injuste »¹. Il en conclut alors que « *ce n'est donc pas l'intelligence en général qu'il faut indiquer au nombre des conditions constitutives de l'imputabilité ; mais seulement la raison morale* »². Limiter le discernement à ce qu'ORTOLAN qualifie de « *raison morale* », c'est-à-dire la faculté de comprendre la portée morale de ses actes, nous semble pertinent car cela permet de distinguer le discernement des deux composantes de l'intelligence que sont la conscience de l'illicite et la connaissance matérielle, contribuant ainsi à donner au discernement une certaine autonomie à l'égard de l'élément moral de l'infraction et plus largement à l'égard de l'infraction elle-même.

2 –La justification de la définition morale du discernement

291 - Cette distinction n'est pas uniquement théorique puisqu'elle permet d'admettre la possibilité de caractériser une infraction indépendamment de la question du discernement de son auteur. On peut ainsi considérer qu'il existe chez le mineur très jeune et chez l'individu souffrant de troubles mentaux un minimum de conscience et de volonté leur permettant de commettre une infraction³. En effet, si la dichotomie que nous proposons d'établir entre la faculté intellectuelle de comprendre la nature et la portée physique de ses actes et la faculté de comprendre la portée morale de ceux-ci semble assez ténue, elle présente toutefois l'avantage de prendre en compte de façon plus précise l'état d'esprit de l'individu que l'on cherche à juger. Distinguer l'intelligence du discernement permet ainsi de différencier la situation de celui qui a commis un acte sans en percevoir la nature ou les conséquences matérielles de celui qui a agi en connaissance de cause, tout en n'étant pas conscient de leur caractère immoral ou mauvais. En effet, dans le premier cas, il semble impossible de parler d'infraction tandis que dans le second, il y a bien une infraction, mais faute de cette conscience morale que traduit le discernement, cette infraction ne pourra être imputée à son auteur qui sera donc irresponsable.

¹ J. ORTOLAN, *De l'âge de l'agent des délits quant à l'imputabilité pénale*, *Revue de législation et de jurisprudence*, 1843, p. 464 et 465.

² J. ORTOLAN, *op. cit.*, *loc. cit.*

³ En ce sens, v. A. DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 154 : « *Il semble bien exister, chez le mineur sorti de l'enfance ou chez certains malades mentaux, assez de volonté cohérente pour que l'on puisse parler d'acte volontaire, intentionnel ou fautif, sans que, pour autant, cette volonté soit assez mûre ou saine, pour que l'on doive moralement imputer l'acte à son auteur* ».

292 - Cette distinction entre conscience matérielle des faits et discernement, si elle n'est pas aisée à mettre en œuvre, apparaît toutefois fondamentale car elle permet une meilleure prise en compte de l'état d'esprit du délinquant. Il paraît ainsi plus cohérent de considérer que l'individu qui n'a pas la faculté de se représenter correctement la réalité ou qui ne saisit pas la portée matérielle de ses actes ne puisse pas commettre une infraction et par conséquent de distinguer cette situation de celle de l'individu qui tout en s'étant correctement représenté les faits est donc pleinement conscient de commettre une infraction mais n'en a pas saisi la portée morale.

293 - En outre l'intérêt d'une telle définition du discernement est de montrer l'importance de son contenu subjectif, et plus précisément moral, de celle-ci. En effet, en exigeant de la part de l'auteur d'une infraction une volonté lucide lui permettant de comprendre la portée morale de ses actes, le droit pénal réaffirme le lien très fort qui unit la responsabilité pénale et la responsabilité morale. Les concepts de faute, de peine et d'imputabilité témoignent ainsi du rôle joué par la morale dans l'élaboration et le développement du droit pénal. En choisissant de limiter le domaine de la responsabilité pénale aux individus capables « *de comprendre, non seulement que certaines choses sont bonnes ou mauvaises, mais aussi pourquoi elles le sont* »¹, le droit pénal marque donc son refus d'engager la responsabilité pénale et donc de sanctionner les individus qui, faute de discernement, ne seraient pas à même de comprendre le sens de la sanction pénale.

294 - C'est donc le contenu moral de la responsabilité pénale² qui explique l'exigence du discernement³, conduisant un auteur à affirmer qu'« *il ne saurait y avoir de responsabilité pénale sans discernement* » puisqu'il est « *une exigence capitale de la responsabilité pénale, qui traduit sa dimension morale et son objet sanctionnateur* »⁴. En effet, c'est bien la possibilité d'imposer une sanction pénale au fautif qui conduit le droit pénal à rejeter toute

¹ X. DANDOY, *op. cit.*, *loc. cit.*

² Qui apparaît également à travers certaines des fonctions assignées à la sanction pénale telle que la punition, ou la rétribution.

³ Pour une opinion similaire, v. Ph. BONFILS, *Le discernement en droit pénal*, in *Mélanges offerts à Raymond GASSIN*, PUAM, 2007, n° 2 p. 97 : « *en ce qu'il entend réprimer l'auteur d'une infraction, le droit pénal comporte une dimension morale essentielle, qui fait du discernement une condition de la responsabilité* ».

⁴ Ph. BONFILS, *op. cit.*, n° 21, p. 106.

imputation objective, c'est-à-dire indifférente à l'état d'esprit de l'auteur de l'infraction. Ce faisant, le droit pénal se distingue du droit civil qui s'est finalement départi de l'exigence d'une volonté lucide, permettant aujourd'hui de retenir la responsabilité civile d'un individu sans avoir à prouver son discernement¹. En effet, dès lors que le but du droit civil est la réparation du dommage causé à la victime, non la sanction de l'auteur du dommage, l'exigence d'imputabilité ne semble plus indispensable ou au moins justifiée. D'ailleurs, lorsque le droit civil ne vise plus à réparer mais à sanctionner, on remarque que le discernement retrouve à nouveau un rôle, notamment lorsque sont prononcées des mesures civiles au contenu répressif, comme les peines privées par exemple². Très étroitement lié à la fonction assignée à la responsabilité³, le discernement, en tant que capacité de saisir la portée morale de ses actes, apparaît indispensable en matière pénale et plus largement dès que l'on cherche à sanctionner un individu, contribuant ainsi à donner au concept de responsabilité la dimension morale et subjective dont il est, lui-même, dépourvu. En pratique, c'est lorsqu'il fait défaut qu'il est appréhendé par le droit, nous invitant par conséquent à étudier l'absence de discernement.

B – L'absence de discernement

295 - Identifier les hypothèses dans lesquelles le discernement est absent est relativement simple puisque, contrairement aux hypothèses d'incapacité délictuelle fondée sur le défaut d'intelligence, le défaut de discernement est une cause légale d'irresponsabilité pénale prévue par le Code pénal. Cette consécration de l'absence de discernement n'a rien d'étonnant et

¹ V. *supra* n° 65 et s. Cet abandon s'est fait, rappelons-le, en deux temps : tout d'abord pour les majeurs non discernants, par la loi du 3 janvier 1968 ayant introduit dans le Code civil l'article 489-2 devenu aujourd'hui l'article 414-3, puis cette solution a été étendue par la jurisprudence aux mineurs quel que soit leur âge dans les célèbres arrêts de l'Assemblée plénière du 5 mai 1984 par l'Assemblée Plénière. Sur ces arrêts, v. *D.* 1984, jurispr. p. 525, concl. J. CABANNES, note F. CHABAS ; *JCP* 1984, II, 20255, note N. DEJEAN DE LA BÂTIE ; *ibidem* 20256, note P. JOURDAIN ; *RTD Civ.* 1984, p. 508, obs. J. HUET.

² Ainsi de la faillite qui est considérée comme une peine privée et qui nécessite donc de rechercher le discernement du dirigeant d'une société, comme en témoigne l'arrêt du 9 novembre 1983 évoqué précédemment (n° 265, note 2), *Civ.* 1^{ère}, 9 nov. 1983, *1^{ère} espèce*, *D.* 1984, 139, note F. DERRIDA. Sur la notion de peine privée : S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995, spéc. n° 297 et A. JAU, *La notion de peine privée*, LGDJ, 2005.

³ Ce que l'on a qualifié précédemment de caractère « téléologique » de la responsabilité pénale, v. *supra* n° 261 et s.

découle du concept même d'imputabilité. En effet, cette dernière, on l'a vu, n'est pas une donnée inhérente à la responsabilité qui était, à l'origine, largement objective. Aussi, conformément à la règle classique concernant le droit des incapacités, selon laquelle la capacité étant la règle, c'est au législateur de prévoir, s'il l'estime nécessaire, des hypothèses spéciales d'incapacités¹. Contrairement à la capacité délictuelle qui n'apparaît pas expressément au sein du Code pénal, l'imputabilité est donc réglementée par le législateur qui distingue ainsi deux hypothèses d'incapacité de discerner la portée morale de ses actes, l'existence d'un trouble mental (1) et le jeune âge (2).

1 – L'abolition du discernement par un trouble mental

296 - Afin de bien comprendre l'influence de l'abolition du discernement sur la responsabilité pénale de celui qui s'en prévaut, il est nécessaire d'étudier les caractères que doit présenter l'abolition du discernement (a) puis son domaine et plus précisément, ses limites temporelles (b).

a) Les caractères de l'abolition du discernement

297 - L'article 122-1 du Code pénal énonce ainsi 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 ». Le Code pénal consacre donc l'abolition du discernement consécutive à un trouble mental comme la première cause possible d'irresponsabilité subjective. On peut d'ores et déjà remarquer que, malgré le caractère restrictif de la formule utilisée par le législateur qui ne vise que l'abolition du discernement consécutif à un « trouble psychique ou neuropsychique », la doctrine entend largement ce terme et étend généralement le domaine de cet article à toutes les hypothèses dans lesquels le discernement fait défaut, hypothèses que la doctrine qualifie d'« états voisins » du trouble mental² : qu'il s'agisse du somnambulisme¹, de la surdi-mutité², de

¹ V. ainsi pour la capacité contractuelle, l'article 1123 du Code civil.

² V. par exemple B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 22^e éd., 2011, n° 452 et s. ou bien J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2005, p. 290.

l'hypnose³, de l'épilepsie⁴ ou plus souvent de l'intoxication du délinquant⁵... Cette dernière situation est probablement celle qui a suscité le plus de développements doctrinaux. En effet, de nombreux auteurs se sont interrogés sur la question de savoir si l'ivresse ou l'usage de produits stupéfiants pouvaient exonérer un individu de sa responsabilité pénale dans la mesure où ces substances avaient ôté à l'auteur toute faculté de discernement. Si la réponse paraît assez simple lorsque l'infraction réprime précisément l'ivresse ou l'usage de stupéfiants⁶, le problème est plus délicat lorsque l'ivresse est concomitante de la commission d'un crime ou d'un délit. Après une certaine période d'incertitude, la Chambre criminelle a jugé que « *l'influence de l'ivresse sur la responsabilité pénale d'un individu est une question de fait qui ne peut être résolue qu'en fonction de chaque espèce, et, partant, qui relève du pouvoir d'appréciation des juges du fond* »⁷, reconnaissant donc implicitement la possibilité d'exclure la responsabilité pénale de l'individu ayant perdu la faculté de discerner le bien du mal conséquemment à l'absorption d'alcool. En pratique toutefois, la jurisprudence refuse généralement de considérer l'ivresse comme une cause d'irresponsabilité pénale⁸, malgré l'opinion contraire soutenue par certains auteurs⁹. Il semble ainsi que le législateur ait choisi,

¹ Il s'agit d'une hypothèse théorique puisque, comme le souligne un auteur, il n'y a pas de jurisprudence en la matière : E. BONIS-GARÇON, *Rép. pén.*, v^{is} « *Troubles psychiques - Malades mentaux* », n° 53.

² Ce handicap n'abolit pas en lui-même le discernement mais est souvent accompagné d'un développement insuffisant des facultés mentales à même de justifier une irresponsabilité pénale.

³ L'irresponsabilité, si elle a été admise dans son principe, paraît cependant davantage justifiée par la contrainte dans la mesure où la jurisprudence conditionne l'irresponsabilité au fait que la suggestion doit avoir enlevé toute liberté au moment de la commission de l'acte : v. ainsi Trib. corr. Versailles, 13 mai 1970, *Gaz. Pal.* 1971, 1, 34, obs. J.-P. DOUCET.

⁴ Là encore, bien que certains arrêts assimilent l'épileptique au dément lors d'une crise (Crim. 14 déc. 1982 : *Gaz. Pal.* 1983, 1, pan. 178), il semble que l'irresponsabilité s'explique plutôt par la force majeure puisque certains arrêts rejettent ce moyen de défense lorsque la crise était prévisible : v. ainsi Crim. 8 mai 1974 : *Bull. Crim.* n° 165.

⁵ Que l'intoxication du délinquant découle de l'absorption d'alcool ou de la consommation de produits stupéfiants.

⁶ V. par exemple l'article L. 234-1-II du Code de la route réprimant la conduite d'un véhicule en état d'ivresse manifeste. Dans ce cas, l'état d'ivresse – et par conséquent la possible absence de discernement qui en découle – ne fait pas obstacle à l'engagement de la responsabilité pénale de l'auteur, sauf à rendre totalement inapplicable cette disposition. MM. CONTE et MAISTRE DU CHAMBON analysent ces infractions comme des « *hypothèses exceptionnelles où l'imputabilité n'est pas requise* », *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, n° 356.

⁷ Crim. 5 févr. 1957 : *Bull. Crim.* n° 112 ; RSC 1958, p. 93 obs. A. LEGAL.

⁸ V. par ex. CA Amiens 26 mai 1954 : *D.* 1954, p. 579.

⁹ V. notamment Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, *loc. cit.* : « *la réponse ne fait apparemment aucun doute : si l'ivresse a aboli le discernement au moment de l'action, l'imputabilité disparaît* ». *Contra* B. BOULOC, *op. cit.*, n° 455 pour qui « *l'ivresse, malgré l'altération de volonté qu'elle entraîne,*

malgré la lettre de l'article 122-1 du Code pénal, de faire prévaloir l'effet c'est-à-dire l'abolition du discernement, sur la cause ou l'origine même de cette abolition¹. Une fois délimitée la nature du trouble mental à même d'exonérer un délinquant de sa responsabilité pénale, il reste à s'interroger sur les modalités que doit présenter l'abolition du discernement.

298 - L'abolition du discernement consécutive à un trouble psychique ou neuropsychique peut être temporaire ou, plus rarement, permanente. Toutefois, l'individu qui souhaite bénéficier de l'irresponsabilité pénale prévue à l'article 122-1 du Code pénal doit prouver que l'abolition du discernement est contemporaine de la commission de l'infraction². Cette exigence traduit la volonté de rejeter le principe d'une irresponsabilité générale des malades mentaux. L'individu atteint de troubles mentaux mais qui a commis l'infraction dans un intervalle de lucidité ne pourra donc bénéficier de cette cause de non-imputabilité. Variables dans leur durée, les troubles mentaux sont aussi variables dans leur intensité. En effet, l'alinéa 2 de l'article 122-1 du Code pénal³ qui précise que la personne dont le discernement n'est qu'altéré, c'est-à-dire dont le discernement est incomplet sans toutefois disparaître complètement, reste responsable permet de considérer *a contrario* que le discernement doit avoir été totalement anéanti. Cette hypothèse d'une simple altération du discernement n'était pas à l'origine réglementée par l'article 64 du Code pénal. Comblant cette lacune, la circulaire Chaumié du 12 décembre 1905, permettait aux experts de signaler les individus « atteints d'anomalies mentales assez marquées pour justifier à leur égard une certaine modération dans l'application des peines édictées par la loi ». C'est ce système qui a été repris et qui est aujourd'hui consacré à l'article 122-1 alinéa 2 du Code pénal. Cette exigence qui peut sembler sévère à première vue est en réalité dictée par la nature de l'imputabilité elle-même. En effet, l'imputabilité est une capacité juridique qui conditionne l'imputation de l'infraction, par

laisse subsister la responsabilité pénale », justifiant cette solution par l'application de la théorie du dol éventuel ; v. également J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 296 et 297.

¹ En ce sens, E. BONIS-GARÇON, *Rép. pén.*, *v^{is}* « Troubles psychiques-Malades mentaux », n° 49 : « *Tout le monde s'accorde aujourd'hui à inclure dans le trouble de l'article 122-1, alinéa 1^{er}, toutes les maladies et troubles de l'intelligence. Le trouble psychique renvoie à l'aliénation mentale, mais aussi à des causes autres d'abolition du discernement* » ; Ph. CONTE & P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 354.

² Comme le suggère l'article 122-1 puisqu'il précise que le trouble doit exister « au moment des faits ».

³ « 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 ».

conséquent soit l'individu est capable de discerner le bien du mal et une infraction pourra lui être imputée, soit l'individu n'a pas cette capacité et faute de discernement, il ne peut être considéré comme responsable pénalement¹.

299 - Enfin, conformément au droit commun de la preuve des causes de non-imputabilité, c'est à celui qui invoque l'abolition de sa faculté de discernement de la prouver, et ce, par tout moyen. En pratique, la juridiction qui suspecte un trouble psychique ou neuropsychique à même d'avoir aboli le discernement d'un individu ordonne généralement une expertise psychiatrique² afin de savoir s'il peut être considéré comme capable de discerner la portée morale de ses actes³ et si l'on peut, par conséquent, lui imputer une infraction. Une fois les conditions de l'abolition du discernement bien comprises, il reste à le limiter temporellement.

b) Les limites temporelles de l'abolition du discernement

300 - Identifier les limites temporelles de l'absence de discernement conduit à s'interroger sur l'incidence d'un trouble mental antérieur ou postérieur à la commission de l'infraction. Si la question d'un trouble antérieur à l'infraction ne semble pas soulever de difficultés particulières, dès lors que ce trouble a disparu au moment de l'infraction, celle de l'apparition d'un trouble mental après l'infraction est plus complexe. Il faut en effet distinguer selon que le trouble se manifeste lors de la procédure pénale mais avant qu'une décision de condamnation intervienne, ou bien après que la décision de condamnation soit devenue définitive. Seule la première hypothèse sera étudiée ici dans la mesure où la seconde renvoie moins à l'imputabilité, *stricto sensu*, qu'à la question de la compatibilité d'un trouble mental avec l'exécution « normale » de la sanction⁴, c'est-à-dire à l'aptitude à la sanction¹.

¹ Pour une réflexion plus approfondie sur cette question, v. *infra* n° 268 et s.

² Art. 156, al. 1^{er} du Code de procédure pénale : « Toute juridiction d'instruction ou de jugement, dans le cas où se pose une question d'ordre technique, peut, soit à la demande du ministère public, soit d'office, ou à la demande des parties, ordonner une expertise ».

³ Notons que cette expertise ne lie pas le juge qui reste libre de conclure à l'existence ou à l'absence du discernement de l'auteur : Crim. 11 mars 1958 : *Bull. Crim.* n° 238.

⁴ S'est également posée la question du trouble psychique survenant lors de l'exercice des voies de recours. Dans ce cas, la Cour de cassation juge classiquement qu'elle doit surseoir à statuer jusqu'à ce que le condamné ou le prévenu ait recouvré l'exercice de ses facultés mentales : Crim. 23 déc. 1859 : *Bull. Crim.* n° 287 ; Crim. 31 oct.

301 - Dans le silence des textes, c'est la jurisprudence qui a tranché cette question en jugeant, dans un arrêt du 5 juin 1997², que « lorsque l'altération des facultés d'une personne mise en examen est telle que celle-ci se trouve dans l'impossibilité absolue d'assurer effectivement sa défense, il doit être sursis à son renvoi devant la juridiction de jugement »³. On le voit, le fondement de cette décision n'est pas l'exigence d'imputabilité mais la nécessité pour la personne poursuivie d'assurer sa défense. L'arrêt *Vaudelle* rendu le 30 janvier 2001⁴ par la Cour européenne des droits de l'homme confirme cette analyse puisque la Cour condamne la France pour une violation de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui résulte de l'inaptitude du prévenu à exercer effectivement son droit à un procès équitable⁵. Cette solution a d'ailleurs été consacrée en droit interne par la Cour de cassation dans un arrêt du 11 juillet 2007⁶ qui reprend la solution de l'arrêt précité du 5 juin 1997, en se fondant sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et sur l'article préliminaire du Code de procédure pénale⁷.

1912 : *Bull. Crim.* n° 525, et plus récemment, *Crim.* 5 juin 1997 : *Bull. Crim.* n° 228 ; *JCP* 1997, II, 22908, rapp. H. DE LA ROSIERE DE CHAMPFEU.

¹ Cette question sera donc étudiée au sein de la deuxième partie consacrée à l'aptitude à la sanction, v. *infra* n° 566 et s.

² Notons que la jurisprudence avait déjà eu à se prononcer sur l'incidence d'un trouble psychique apparu lors de l'instruction. Selon une jurisprudence classique, les juridictions d'instruction ne peuvent interroger la personne mise en examen lorsque celle-ci est atteinte d'un trouble mental, *Crim.* 13 oct. 1853 : *DP* 1853, 5, p. 204.

³ *Crim.* 5 juin 1997, précité. V. également la solution antérieure admettant qu'une ordonnance de renvoi pouvait être rendue lorsque l'intéressé se trouvait en état de démence, dès lors que cet état était apparu postérieurement aux faits et avait cessé avant la comparution devant la juridiction de jugement, *Crim.* 10 juin 1985 : *Bull. Crim.* n° 221.

⁴ CEDH, 30 janv. 2001, *Vaudelle c. France*, *D.* 2002, p. 2164, obs. J.-J. LEMOULAND et p. 354, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et E. RUBI-CAVAGNA ; *RTD Civ.* 2001, p. 330, note J. HAUSER ; *D.* 2002.

⁵ En l'espèce, une personne placée sous curatelle avait été jugée en son absence par le tribunal correctionnel qui l'avait condamnée à douze mois d'emprisonnement dont huit avec sursis ainsi qu'à des dommages-intérêts. La citation à comparaître n'ayant pas été envoyée au curateur, ce dernier n'avait pas pu être informé des suites de cette affaire. Estimant que les autorités nationales n'avaient pas donné les moyens au requérant de comprendre la procédure en cours et d'être informé de manière détaillée de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui, la Cour conclut à l'unanimité à la violation de l'article 6 de la Convention.

⁶ *Crim.* 11 juill. 2007 : *Bull. Crim.* n° 185 ; *Gaz. Pal.* 2008, 1, somm. 1992, note MONNET ; *AJ Pénal* 2007, p. 485, obs. C. SAAS ; v. également D. GUIHAL et Th. FOSSIER, *Le régime des poursuites pénales engagées contre un majeur protégé*, *JCP* 2007, I, 146.

⁷ La question de l'aptitude du prévenu ou de l'accusé à subir son procès vient d'ailleurs de se poser dans le cadre de l'affaire des emplois présumés fictifs de la ville de Paris, puisque l'ancien président de la République, J. CHIRAC, a récemment adressé une lettre au président du tribunal correctionnel de Paris dans laquelle il reconnaît qu'il ne dispose pas « de sa pleine capacité pour assister à son procès ». Dans le rapport médical déposé le vendredi 2 septembre 2011, le Professeur O. LYON-CAEN évoque ainsi « un état de vulnérabilité qui ne lui permet pas de répondre aux questions sur son passé », v. P. ROBERT-DIARD, *Selon un rapport médical, Jacques Chirac ne peut pas affronter son procès*, *Le Monde* (dimanche 4 et lundi 5 septembre 2011), p. 1 et 9 ; v. également L. NEUER, *Chirac dispensé d'audience : quid des droits de la défense ?* [en ligne] :

302 - On peut dès lors s'étonner de l'absence de disposition législative concernant la question de l'inaptitude d'un individu à subir son procès. C'est d'autant plus regrettable que plusieurs droits étrangers, notamment les droits de *common-law*, reconnaissent cette hypothèse, qu'il s'agisse de la notion de « *fitness to stand trial* » au Royaume-Uni¹, « *de competency to stand trial* » aux Etats-Unis² ou de l'« *aptitude au procès* » consacré par le droit pénal canadien aux articles 672-22 à 672-33 du Code criminel³. L'article 2 du Code criminel canadien définit ainsi l'inaptitude à subir son procès comme l'« incapacité de l'accusé en raison de troubles mentaux d'assumer sa défense, ou de donner des instructions à un avocat à cet effet, à toute étape des procédures, avant que le verdict ne soit rendu, et plus particulièrement [l']incapacité de comprendre la nature ou l'objet des poursuites ; [de] comprendre les conséquences éventuelles des poursuites ; [de] communiquer avec son avocat »⁴. Les droits anglo-saxons reconnaissent donc l'inaptitude à subir son procès comme un élément permettant de suspendre les poursuites ou le jugement lorsqu'est prouvée « l'incapacité de comprendre la nature de l'accusation, le sens et la portée des témoignages et l'incapacité de vérifier la véracité des témoignages »⁵. On voit alors clairement la différence d'approche des droit anglo-saxons avec le droit français puisque si les premiers

http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/laurence-neuer/chirac-dispense-d-audience-quoi-des-droits-de-la-defense-03-09-2011-1369621_56.php

¹ Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles (King's Bench Division), *R. v. Pritchard*, 1836. Selon cet arrêt, l'accusé doit faire preuve d'une compréhension suffisante pour saisir la nature du procès, afin de présenter une défense appropriée (« *sufficient understanding to comprehend the nature of the trial, so as to make a proper defence* »). Conformément à cet arrêt, la jurisprudence postérieure considère que l'aptitude à subir son procès suppose notamment de pouvoir comprendre les accusations, suivre le cours de la procédure, témoigner pour sa propre défense, etc.

² Cour Suprême des Etats-Unis, *Dusky v. United States* (1960). Selon cet arrêt, le défendeur doit être capable « *de consulter son avocat avec un degré suffisant de compréhension rationnelle* » (« *present ability to consult with his lawyer with a reasonable degree of rational understanding* ») et doit avoir « *une compréhension factuelle et rationnelle de la procédure engagée contre lui* » (« *rational as well as factual understanding of the proceedings against him* »).

³ Selon l'article 672-22 du Code criminel canadien, « l'accusé est présumé apte à subir son procès sauf si le tribunal, compte tenu de la prépondérance des probabilités, est convaincu de son inaptitude ».

⁴ Consacrant ainsi l'avant-projet de loi de la Commission de réforme du droit du Canada en 1973 qui proposait d'apprécier l'inaptitude en fonction de trois critères : « la capacité mentale de comprendre la nature ou l'objet des procédures engagées contre elle », « la capacité mentale de comprendre quel est le rapport entre elle et les procédures engagées contre elle » et enfin « la capacité mentale de communiquer avec un avocat », Rapport de la Commission de réforme du droit du Canada : *Droit pénal, Principes généraux, L'aptitude à la peine*, p. 35, [en ligne] : <http://www.lareau-legal.ca/FitnessFrench.pdf>. Notons que la Commission avait dans un premier temps retenu un quatrième critère, « la capacité mentale de conduire sa défense », abandonné car « *très peu de personnes comprennent la complexité de la procédure judiciaire et du droit* », *op. cit.*, p. 34.

⁵ H. DUMONT, *L'auteur de l'infraction, L'infraction*, Université du Québec, 1977, p. 38, cité par G. COTE-HARPER, A. MANGANAS, *Droit pénal canadien*, éd. Yvon Blais Inc., 1984, p. 409 et 410.

relient la question de l'aptitude au procès à l'existence d'une capacité mentale, proche de l'acceptation classique du discernement, le droit pénal français choisit plutôt d'envisager l'aptitude au procès comme une facette de la question plus large de l'exercice par la personne poursuivie des droits de la défense.

303 - Bien que la majorité des hypothèses d'abolition du discernement présentent un caractère pathologique, il existe également une absence « naturelle » de discernement, lorsque du fait de son jeune âge, un enfant n'a pas encore acquis la faculté de discerner le bien du mal. L'absence de discernement s'explique dans ce cas, non par l'existence d'un trouble mental, mais par l'immaturation des jeunes délinquants.

2 – L'absence de discernement due à l'âge

304 - Il faut bien comprendre qu'il ne s'agit pas ici de l'hypothèse de l'absence d'intelligence dont on a vu qu'elle pouvait entraîner une incapacité délictuelle chez les très jeunes enfants. Le discernement, en tant qu'aptitude à distinguer le bien du mal, postule chez l'auteur d'une infraction la compréhension et l'intégration des impératifs sociaux régissant le groupe auquel il appartient. En tant qu'aptitude à discerner la portée morale de ses actes, le discernement est variable dans son intensité. Or, les travaux de la psychologie infantile ont montré que l'acquisition de ce sens moral, faculté indispensable à l'engagement de la responsabilité pénale d'un individu, n'est pas innée. Ainsi, à l'image de l'intelligence, la conscience morale apparaît progressivement au cours du développement psychique de l'enfant. Le discernement se développerait donc peu à peu pour ne devenir total qu'à un certain âge que les auteurs qualifient parfois « *d'âge de raison* »¹.

305 - Les travaux de psychologie cognitive ont démontré que, de deux à six ans, l'enfant commence à pouvoir apprécier la portée morale de certains de ses actes² ; cette conscience

¹ Pour la critique de ce terme lorsqu'il désigne le degré minimal de conscience constituant la capacité délictuelle, v. *supra* n° 125 et s.

² L'enfant est ainsi capable d'un « *regard rétrospectif sur une conduite passée pour en estimer la valeur morale, faisant partager à ses parents ce jugement de valeur et leur demandant leur avis. C'est le cas de l'enfant qui*

morale n'est cependant pas suffisante pour pouvoir constituer le discernement indispensable à la responsabilité pénale. Si le comportement de l'enfant perd peu à peu en égocentrisme, il n'a pas, avant l'âge de six ans, de réelle conscience du groupe social. Les notions de bien et de mal que l'enfant commence à intégrer relèvent plus de l'affectif que du domaine normatif¹. L'échelle de valeur de l'enfant est étroitement liée au cercle familial : si l'enfant peut donc comprendre qu'il ne faut pas frapper autrui par exemple, c'est surtout parce qu'en se comportant ainsi, il sait qu'il risque de mettre en colère ou de décevoir ses parents². Ce n'est qu'à partir de l'âge de six ans ou sept ans que l'enfant est à même de comprendre les impératifs sociaux lui permettant de saisir la portée morale de ses actes. On estime qu'à partir de cet âge, l'enfant acquiert les premiers rudiments d'un sens du bien et du mal, détaché des activités particulières autorisées ou désapprouvées par ses parents³. Un enfant de sept ans est alors généralement à même de concevoir que certains comportements abstraits sont bons et d'autres mauvais, autrement dit, « *il commence à sentir qualitativement le bien et le mal et à édifier des normes de conduites à suivre plus universelles* »⁴.

306 - Au vu de ces données, il semble par conséquent difficile, pour ne pas dire impossible, de considérer qu'un enfant de moins de six ou sept ans soit doté du discernement suffisant pour pouvoir lui imputer une infraction pénale. L'absence d'une réelle conscience morale de l'enfant avant cet âge permet alors de faire obstacle au mécanisme d'imputation indispensable à l'engagement de la responsabilité pénale de l'auteur d'une infraction. Cette apparition progressive du discernement ainsi que l'existence d'un âge de raison au-dessous duquel la responsabilité pénale ne peut être engagée a d'ailleurs conduit la doctrine à distinguer des

demande à sa mère s'il a été gentil avec elle aujourd'hui et se rappelle précisément certains actes positifs et d'autres négatifs », J.-F. VEZIN, *Psychologie de l'enfant, L'enfant capable*, L'Harmattan, 1994, pp. 252-253.

¹ Le sens moral de l'enfant de cinq ans est « *si neuf, si embryonnaire qu'il ne peut guère être classé sous ce nom* », A. GESELL et F. ILG, *L'enfant de cinq à dix ans*, PUF, 11^e éd., 1999, p. 76.

² « *[L'enfant de cinq ans] aime faire plaisir, faire les choses comme il faut, de la manière reconnue bonne [...]. Son sens du bon et du mauvais, s'il en possède un, ne différencie pas encore le bien et le mal. Il tient l'un ou l'autre de ses comportements comme permis, ou pense seulement en termes de relations pratiques avec les autres. L'enfant de cinq ans est « sage » parce qu'il aime sa mère et veut lui faire plaisir, il ne veut pas faire « ce qui est mal » parce que sa conduite ennuie les gens et les met mal à l'aise.* », A. GESELL et F. ILG, *op. cit.*, loc. cit.

³ « *Les idées qu'un enfant de sept ans se fait du bien et du mal commencent à être plus abstraites. Elles ne concernent plus uniquement des actions spécifiques autorisées ou défendues par les parents, mais impliquent le début d'une notion généralisée du bien et du mal* », A. GESELL et F. ILG, *op. cit.*, p. 154.

⁴ A. GESELL et F. ILG, *op. cit.*, p. 429

paliers permettant de faire varier le régime applicable au délinquant en fonction du développement de cette aptitude morale. ORTOLAN¹ identifiait ainsi quatre périodes distinctes au sein de la minorité. Au dessous de sept ans, le mineur serait totalement dépourvu de discernement ; faute d'imputabilité de l'infraction, aucunes poursuites ne seraient possibles. De sept à seize ans, il existerait des doutes sur l'imputabilité, nécessitant de poser au cas par cas la question du discernement. En cas de réponse négative, le mineur devrait être acquitté, tandis qu'en cas de réponse positive, il serait condamné mais la sanction sera atténuée du fait de son jeune âge. De seize à vingt et un ans², le discernement, donc l'imputabilité est certain, justifiant de condamner le mineur, toutefois une atténuation de pénalité est possible, même si elle est moindre que dans le cas précédent. Enfin, au-delà de vingt et un ans, l'individu est majeur, le discernement est là encore avéré, l'agent peut se voir imputer une infraction et encourt donc une peine ordinaire.

307 - Cette présentation permet de mettre en évidence les deux éléments principaux de la législation applicable aux mineurs à l'époque d'ORTOLAN : l'importance du discernement, qui justifie l'engagement et la sanction de la responsabilité pénale du mineur³ et l'atténuation de pénalité⁴. Cela conduit finalement à distinguer, au sein de la minorité, deux grandes périodes séparées par un « *âge de raison* », fixé à sept ans environ⁵. Au-dessous de cet âge, aucune infraction ne peut être imputée, faute de discernement ; au-dessus, la question du discernement doit être posée, la peine devant alors être atténuée pour tenir compte de l'absence de maturité⁶ du mineur.

¹ J. ORTOLAN, *De l'âge chez l'agent des délits quant à l'imputabilité pénale*, *Revue de législation et de jurisprudence*, 1843, p. 473.

² Age de la majorité à cette époque.

³ *Infra* n° 472 et s.

⁴ Toutefois, ce schéma montre aussi les limites d'un système qui ne prévoit pas de véritables réponses spécifiques à la délinquance des mineurs. C'est pour cette raison que l'ordonnance du 2 févr. 1945, reformera en profondeur la matière, en affirmant la primauté des réponses éducatives sur les sanctions répressives, même atténuées. Sur ce texte, v. *supra* n° 481 et s.

⁵ Sur ce point ORTOLAN considère que c'est au législateur de fixer un âge au-dessous duquel une infraction ne peut être imputée : « *La période durant laquelle il ne peut pas y avoir imputabilité [...] appelle presque forcément une disposition législative* », J. ORTOLAN, *op. cit.*, p. 470.

⁶ Ou plutôt, comme on le verra plus tard, pour tenir compte de la capacité pénitentiaire réduite du mineur, v. *infra* n° 527.

308 - L'exigence de la faculté de comprendre le sens moral de ses actes que traduit le discernement apparaît donc comme une condition fondamentale de la responsabilité pénale, puisqu'à défaut de cette conscience, aucune infraction ne peut être imputée à celui qui l'aurait commise. Le discernement n'est cependant pas la seule condition de cette imputation, le droit pénal exigeant également que l'auteur d'une infraction ait agi librement, nous conduisant alors à étudier l'autre composante de l'imputabilité, la faculté d'exercer librement sa volonté ou libre arbitre.

§2- La liberté ou le libre arbitre

309 - Le second élément de l'imputabilité est relatif à la liberté de la volonté ou libre arbitre. Il apparaît en effet indispensable, pour pouvoir imputer une infraction à son auteur, que ce dernier en soit la cause efficiente et plus précisément la seule cause, ce qui suppose donc l'absence de toute contrainte extérieure. Il nous faut par conséquent distinguer, là encore, l'exigence positive du libre arbitre de l'auteur de l'infraction avant de voir les hypothèses dans lesquelles ce libre arbitre fait défaut.

A – L'exigence du libre arbitre de l'auteur

310 - Dans la mesure où la question du libre arbitre renvoie à des questions qui dépassent le cadre juridique, un bref détour par la philosophie s'impose car il permet de mesurer l'influence de l'approche philosophique de ce concept sur le droit pénal et plus précisément sur la responsabilité pénale. A l'analyse de l'approche philosophique du libre arbitre (1), succèdera donc l'étude l'approche juridique de ce concept (2).

1 –L'approche philosophique du libre arbitre

311 - Définir le libre arbitre ou la liberté est complexe. Etre libre signifie tout d'abord ne pas être empêché d'agir ou de penser. Cette définition découle d'ailleurs du sens originel de ce terme qui désignait la condition de l'homme qui n'était pas esclave : le *liber*, homme libre ou

citoyen s'opposait ainsi au *servus*, c'est-à-dire à l'esclave. Peu à peu, la notion de liberté¹ s'est détachée de la simple question de statut de l'individu pour désigner la faculté qu'a l'homme de se décider comme il lui convient. En ce sens, la liberté peut être conçue comme la faculté, la capacité d'agir sans aucune contrainte. Autrement dit, pour pouvoir être libre, il faut pouvoir agir autrement. Cette dernière acception du concept de liberté est plus généralement désigné sous le terme de libre arbitre².

312 - La notion de libre arbitre apparaît comme une des questions centrales de la philosophie. S'inspirant notamment des travaux de THOMAS D'AQUIN³, de nombreux philosophes modernes se sont interrogés sur les rapports qu'entretenaient les notions de liberté et de responsabilité. Chef de file de l'existentialisme moderne, J.-P. SARTRE a ainsi contribué à démontrer le rôle de la liberté de l'homme qui décide par ses choix du sens qu'il entend donner à sa vie. Selon le célèbre philosophe, la responsabilité apparaît ainsi comme la « *simple revendication logique des conséquences de notre liberté* »⁴, soulignant ainsi le lien fondamental unissant la liberté et la responsabilité⁵. De la même façon, P. RICOEUR a mis en évidence l'importance de la liberté dans le jugement de responsabilité, et plus précisément en ce qui concerne l'imputation de ses actes à un individu⁶. Toutefois, malgré l'importance de

¹ On considère que l'apparition du sens moderne de liberté remonte au début du XIII^e s. : v° « *Liberté* », *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Le nouveau petit Robert*, sous la direction de J. REY-DEBOVE et A. REY, 2008. V. également : v° « *Liberté* », *Le nouveau Littré*, Garnier, 2007.

² V° « *Libre arbitre* » : « *Faculté de se déterminer sans autre cause que la volonté* », *Le nouveau petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, sous la direction de J. REY-DEBOVE et d'A. REY, Le Robert, 2009. Sur cette notion, A. SCHOPENHAUER, *Essai sur le libre arbitre*, trad. F. REINACH, éd. Rivages, 1992. Par souci de simplification, on assimilera dans cette étude ces deux notions au contenu assez proche. Contra GARRAUD qui distingue « *la liberté* » désignant la faculté *externe* d'agir ou de ne pas agir et « *le libre arbitre* » ou faculté *interne* de vouloir ou de ne pas vouloir, de se déterminer sans y être contraint, R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français, T.2*, Sirey, 3^e éd., 1913, n° 275, p. 560.

³ THOMAS D'AQUIN, *Somme Théologique*, Les éditions du cerf, 1984, Question 83, art. 1 p. 715.

⁴ J.-P. SARTRE, *L'Être et le néant - Essai d'ontologie phénoménologique*, Gallimard, 2005, p. 598.

⁵ « *Liberté et responsabilité sont deux concepts complémentaires et indissociables. Enlevez-en un que toute notre civilisation semble vaciller.* », Ph. LE TOURNEAU, *La verueur de la faute dans la responsabilité (ou de la relativité de son déclin)*, RTD Civ, 1988, p. 506.

⁶ « *Ce caractère de pouvoir être imputé à quelqu'un [NDLR : qui n'est autre que l'imputabilité] est une des choses que nous comprenons et que nous présupposons lorsque nous tenons une action pour "libre"* », P. RICOEUR, v° « *Liberté* », *Encyclopædia Universalis*, 1984.

ces travaux, la liberté reste encore aujourd'hui une notion assez difficile à cerner¹ et son rôle en matière pénale mérite donc d'être approfondi.

2 – L'approche juridique du libre arbitre

313 - La plupart des juristes s'accordent sur le rôle fondamental du libre arbitre en matière pénale², conduisant d'ailleurs MM. MERLE et VITU à écrire que « *le libre arbitre est la clé de voûte du droit pénal classique* » car « *lui seul confère à la culpabilité de l'agent la pleine signification morale qui appelle le blâme et justifie le reproche* »³. Ainsi, il ne peut y avoir de responsabilité pénale en l'absence de cette capacité de se déterminer soi-même, spontanément et volontairement que représente le libre arbitre⁴. En attestant de l'absence d'influence extérieure sur la volonté, le libre arbitre apparaît de ce fait comme une qualité supplémentaire de la volonté. Un acte volontaire ne peut ainsi être considéré comme un acte libre que lorsqu'il résulte de la seule volonté de son auteur. Cette distinction entre la simple volonté et la volonté libre nous semble particulièrement intéressante en matière pénale car elle permet de différencier la question de *l'existence* d'une volonté, qui conditionne l'élément moral de l'infraction⁵, de celle de la *liberté* de cette volonté, qui conditionne l'imputation de cette infraction. On a vu précédemment que l'infraction commise par un individu qui n'avait pas conscience de la portée morale de ses actes ne pouvait lui être imputée, faute de discernement. De la même façon, 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. En d'autres termes, si la contrainte n'empêche

¹ Selon le philosophe écossais D. HUME, il s'agit de « *la plus épineuse question de la métaphysique* », *Enquête sur l'entendement humain*, (trad. de A. LEROY), GF Flammarion, 2006, Section 8, I^{ère} partie, p. 163.

² Sur cette question v. le titre II de la thèse de P. JOURDAIN consacré à la liberté, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, th. Paris, 1982, n° 116 et s.

³ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel - T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 616. Notons toutefois que ces auteurs entendent largement la notion de libre arbitre puisqu'ils y incluent aussi bien la faculté de discerner le bien et le mal, c'est-à-dire le discernement, que la faculté de déterminer sa conduite par la puissance de sa volonté.

⁴ V° « *Libre arbitre* » : « *Faculté de se déterminer sans autre cause que la volonté* », *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Le nouveau petit Robert*, sous la direction de J. REY-DEBOVE et A. REY, 2009.

⁵ Et fait par conséquent référence à la capacité délictuelle.

pas nécessairement de caractériser une infraction¹, elle empêche en revanche l'imputation de cette infraction à son auteur et peut, à ce titre, être analysée comme une cause de non-imputabilité. Aussi fondamentale soit-elle, la notion de libre arbitre a pourtant été l'objet de critiques.

314 - En effet, certains auteurs ont reproché au libre arbitre son caractère théorique, allant même jusqu'à contester son bien-fondé en matière pénale. Parmi ces courants de pensée, le plus important reste bien sûr le déterminisme prôné par l'Ecole positiviste italienne. Pour les déterministes, le comportement de l'homme n'est jamais réellement libre puisque sa conduite est toujours influencée, voire déterminée par des facteurs aussi bien endogènes² qu'exogènes³. Au-delà des questions philosophiques que soulevait l'opposition entre le libre arbitre et le déterminisme, s'opposaient en réalité deux conceptions différentes de la responsabilité pénale : à une responsabilité morale classique fondée sur le libre arbitre s'opposait ainsi une responsabilité sociale fondée sur la dangerosité et cherchant à prévenir la criminalité.

315 - Refusant de prendre parti dans un débat métaphysique qui le dépasse⁴, le droit pénal moderne reste toutefois attaché à la dimension morale de la responsabilité. En effet, l'irresponsabilité de celui qui n'a commis l'infraction que parce qu'il était contraint,

¹ Puisqu'elle n'agit pas sur l'existence de la volonté et ne fait donc pas disparaître la faute.

² Qu'il s'agisse de facteurs physiologiques, psychiques, génétiques... On peut ainsi citer l'œuvre de C. LOMBROSO, *L'homme criminel*, paru en Italie en 1876, dans lequel le médecin italien tente, à partir d'études anthropométriques et notamment phrénologiques, d'établir les caractéristiques physiques de l'homme délinquant. Selon LOMBROSO, la criminalité serait innée, l'analysant même comme un atavisme, c'est-à-dire une prédisposition primitive qui réapparaîtrait après plusieurs générations.

³ Peuvent ainsi être citées les études tendant à démontrer l'influence de la société elle-même sur la criminalité. Comme le démontre E. FERRI dans son ouvrage *La sociologie criminelle* paru en Italie en 1892 et traduit en français dès 1893, le crime est essentiellement causé par le milieu social dans lequel vit l'individu, permettant à l'auteur de formuler sa célèbre loi de la saturation criminelle selon laquelle « *de même qu'un volume donné d'eau, à une température donnée, dissout une quantité rigoureusement fixe d'une certaine substance, de même dans un entourage social donné, un certain nombre d'individus dans une certaine condition physique, commettront un nombre fixe de crimes* », *La sociologie criminelle*, A. Rousseau, 1893, Chap. II, IV, n° 35.

⁴ « *Le droit criminel moderne repose donc, avant tout, sur la notion de la liberté considérée comme une condition essentielle de la responsabilité légale. Mais il ne considère cette notion qu'à un point de vue empirique, non métaphysique. Il reste étranger, soit au matérialisme ou déterminisme qui la nient, soit au spiritualisme qui l'exagère* », R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, T.2, Sirey, 3^e éd., 1913, n° 275, p. 560. V. aussi sur ce point l'article de P. CUCHE, *De la possibilité pour l'école classique d'organiser la répression pénale en dehors du libre arbitre*, *Annales de l'Université de Grenoble*, T. IX, n° 1, 1897, p. 509.

physiquement ou moralement, de le faire¹ a toujours été reconnu en matière pénale. Peut-on alors considérer qu'à travers l'article 122-2 du Code pénal admettant l'irresponsabilité de « la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister »², le droit pénal français choisit de consacrer la théorie du libre arbitre ? Il faut en réalité bien comprendre que cette disposition ne fait qu'admettre la contrainte comme une cause possible d'irresponsabilité pénale. Si l'on peut donc analyser cette disposition comme une reconnaissance implicite du libre arbitre, il faut toutefois tempérer ce constat en remarquant que ce n'est pas la notion métaphysique de libre arbitre qu'adopte le droit pénal, mais une transposition imparfaite de celui-ci. Comme l'écrit un auteur : « *depuis des siècles, le droit criminel s'évertue à ajuster la notion de libre arbitre en fonction de ses propres besoins. Il s'obstine à développer, à travers les interstices d'un langage à peine codé, les paramètres d'une notion essentiellement juridique du libre arbitre* », et de poursuivre, « *il s'agit toujours du libre arbitre, mais d'un libre arbitre qui est à la fois taillé et sculpté en fonction des objectifs que poursuit la justice pénale* »³.

316 - Si la notion de liberté est donc indispensable en matière pénale, on constate toutefois qu'elle reste encore assez complexe à identifier de manière précise. Si le droit pénal reconnaît le libre arbitre comme un fondement théorique mais néanmoins indispensable à son action, il ne le consacre qu'indirectement et de manière imparfaite par le biais de la contrainte prévue à l'article 122-2 du Code pénal. Il nous faut donc étudier l'hypothèse de l'absence de libre arbitre que représente la contrainte.

¹ Pour les déterministes au contraire, la contrainte joue un rôle moindre puisque l'homme n'est jamais totalement libre de ses choix qui restent déterminés par des forces extérieures : rien ne s'oppose donc à la condamnation d'un individu dont le comportement s'explique par la contrainte.

² Art. 122-2 du Code pénal.

³ H. PARENT, *Discours sur les origines et les fondements de la responsabilité morale en droit pénal*, Les Editions Thémis, 2001, p. 266. Pour une opinion similaire, v. également P. JOURDAIN, *Retour sur l'imputabilité*, in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2006, p. 517 : « [La liberté] n'est peut-être pas le libre arbitre indémontrable et mythique des métaphysiciens conçue comme une liberté absolue d'indifférence dans le choix des possibles » ; X. DANDOY, *Appréciation in abstracto de la faute civile extracontractuelle*, *Annales de Droit de Louvain*, vol. 70, 2007, n° 2, p. 111 et s.

B – L'absence de libre arbitre

317 - La notion de libre arbitre exprime, on vient de le voir, l'adhésion morale de l'individu à l'acte qu'il a commis, justifiant par conséquent tant l'engagement de sa responsabilité pénale que le prononcé possible d'une sanction pénale. Or, l'importance de distinguer le caractère volontaire d'un acte, c'est-à-dire le fait que cet acte puisse être rattaché à un individu capable de vouloir, de la question du libre arbitre, ou liberté de cette volonté qui traduit l'absence d'influence extérieure sur la volonté d'un individu, l'acte ne procédant donc que de la volonté non contrainte de son auteur¹. C'est pourquoi, il ne sera question ici que la contrainte morale, c'est-à-dire la force qui « agit sur la volonté et supprime les facultés de libre et complète détermination de l'agent »², ainsi que des cas de contrainte physique qui n'auraient pas totalement privé un individu de sa faculté de vouloir³. En effet, conformément à nos développements précédents⁴, la contrainte physique, lorsqu'elle prive l'individu de toute faculté de vouloir, c'est-à-dire lorsqu'elle présente les caractères de la force majeure, doit être considérée, non comme une cause de non-imputabilité, mais comme un obstacle à la caractérisation même de la faute, autrement dit comme une cause d'incapacité délictuelle⁵. C'est donc moins la distinction entre la contrainte physique et la contrainte morale, que la distinction entre la suppression de la volonté⁶ et la suppression de liberté⁷ qui justifie la distinction entre la force majeure, cause d'incapacité délictuelle qui agit sur l'élément moral de l'infraction, et la contrainte, *stricto sensu*, qui empêche l'imputation d'une infraction à son auteur.

318 - Ont ainsi pu être retenus comme pouvant faire disparaître la liberté d'un individu certains événements naturels comme par exemple un cyclone ayant contraint un pilote à

¹ V. *supra* n° 149 et s.

² M. DANTI-JUAN, *Rép. de droit pénal et de procédure pénale*, v° « Force majeure », n° 15.

³ Sur cette hypothèse v. *infra* n° 323.

⁴ V. *supra* n° 157 et s.

⁵ C'est pourquoi, nous l'avons vu, il serait préférable de qualifier ces hypothèses d'incapacité délictuelle de cas de « force majeure », et de réserver l'expression de « contrainte » aux seules hypothèses de contrainte qui privent l'individu de son libre arbitre.

⁶ Que traduit la force majeure.

⁷ Que traduit la contrainte morale et parfois physique, lorsqu'elle ne supprime pas totalement la volonté.

effectuer un atterrissage forcé dans un champ¹ ou bien une tempête ayant placé un voiturier dans l'impossibilité de maintenir sa lanterne allumée pendant la nuit². De même, la panne du fusible du limiteur imposé au chauffeur routier l'exonère de sa responsabilité pénale dès lors qu'il n'est pas tenu de posséder un fusible de rechange³. Bien qu'en principe, les provocations policières ne sont pas reconnues comme pouvant priver un individu de son libre arbitre⁴, certaines hypothèses exceptionnelles ont permis de retenir la contrainte lorsque le rôle des policiers a été déterminant dans la commission de l'infraction et que « *les prévenus n'ont eu à aucun moment la volonté libre d'enfreindre la loi pénale* »⁵. L'individu ivre qui déplace son véhicule sur ordre des gendarmes ne peut également pas être considéré responsable du délit de conduite en état alcoolique⁶. Enfin, la Cour de cassation a retenu la contrainte morale externe au profit d'un Algérien ayant dû héberger une quarantaine de rebelles armés qui le menaçaient de mort⁷ ou d'un ressortissant allemand ayant exporté frauduleusement de marchandises vers son pays, ce dernier ayant agi sur les ordres et sous le strict contrôle des autorités allemandes⁸.

319 - Bien qu'assez rares, ces hypothèses de contraintes morales externes⁹ illustrent donc la possibilité d'admettre l'irresponsabilité de celui qui est contraint de commettre une infraction. Si l'on peut alors considérer que la volonté de l'individu n'avait pas totalement disparu, il

¹ Crim. 14 août 1852 : DP 1852, 5, p. 194.

² Crim. 28 fév. 1861 : DP 1861, 1, p. 140 ; Crim. 10 janv. 1879 : Bull. Crim. n° 16.

³ CA Toulouse, 20 déc. 2001, *JurisData* n° 2001-165942.

⁴ Crim. 28 oct. 1942 : DC 1943, p. 89, note H. DONNEDIEU DE VABRES ; Crim. 27 janv. et 3 mars 1944 : DA 1944, p. 92.

⁵ CA Toulouse, 23 avr. 1942 : JCP 1942, II, 1886, note MAGNOL, DC 1943, p. 94 note H. DONNEDIEU DE VABRES.

⁶ CA Caen, 28 juin 1996, *JurisData* n° 1996-044277. Bien que le fait justificatif de commandement de l'autorité légitime prévu à l'article 122-4 paraissait dans ce cas plus adapté.

⁷ Crim. 26 févr. 1959 : D. 1959. 301.

⁸ Crim. 29 déc. 1948 : JCP 1949, II, 4681.

⁹ Notons que la contrainte morale interne (telles les émotions, la colère, la passion, etc.) n'entraîne jamais l'irresponsabilité de celui qui l'invoque puisque comme l'enseigne la majorité de la doctrine depuis l'arrêt de la Chambre criminelle du 11 avr. 1908 (D. 1908. I. 261, rapport MERCIER ; S. 1909. I. 473, note J.A. ROUX), « *le droit pénal est précisément édicté pour ceux qui ne savent pas résister à leur passion criminelle* », R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. I, Sirey, 3^e éd., 1913, n° 355, p. 690. Certains auteurs sont cependant plus nuancés : J. A. ROUX, *Cours de droit criminel français*, Sirey, 1927, p. 176, note 16 et H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 3^e éd., 1947, n° 372 et 377. V. ainsi un arrêt qui semble retenir la contrainte morale interne au sujet d'une impossibilité morale pour la survivante d'un double suicide de porter secours à la seconde victime : CA Paris, 27 juin 1968 : D. 1968, somm. 104 ; JCP 1969, II, 15728, note R. DE LESTANG.

reste que cette volonté n'explique pas, à elle seule, la commission de l'infraction. C'est pourquoi, il semble donc plus juste d'analyser cette situation comme une hypothèse d'absence de libre arbitre, plutôt que comme une hypothèse d'absence de volonté¹. L'individu a bel et bien exercé sa volonté mais ne l'a pas exercé librement, ce qui permettrait de considérer qu'une infraction a bien été commise, mais qu'elle ne peut être imputée, reprochée à son auteur, faute de liberté suffisante. Cette analyse, bien qu'assez ténue, justifie alors que la majorité de la doctrine² considère la contrainte comme une cause de non-imputabilité empêchant l'imputation d'une infraction à son auteur. Cette position semble d'ailleurs conforme à la pratique judiciaire de l'ancien droit puisque la contrainte morale n'était pas, comme la contrainte physique, une cause d'irresponsabilité totale mais seulement une cause éventuelle d'atténuation de responsabilité pénale laissée à l'appréciation des juges³. Historiquement, la contrainte morale n'apparaissait donc ni comme un obstacle à la caractérisation d'une infraction, ni comme une circonstance atténuante permettant de limiter la rigueur de la sanction. Il était donc possible de caractériser une infraction et de prononcer une peine, alors même que l'auteur était privé de son libre arbitre⁴.

320 - S'il existe donc des hypothèses d'irresponsabilité pénale fondée sur la contrainte, il faut tout de même remarquer qu'elles sont très rares. En effet, pour être retenue, la contrainte morale externe doit, selon la doctrine, avoir fait disparaître totalement la liberté de l'auteur. C'est la force externe à l'origine de la contrainte qui doit expliquer la commission de l'infraction. D'ailleurs, le critère de l'absence de liberté est fondamental car il permet

¹ V. ainsi l'opinion de GARRAUD : « *Il est certain que la menace d'un mal grave et imminent, devant nécessairement frapper l'agent, si celui-ci ne commet pas un acte illicite, est de nature à affaiblir ou même à détruire par la crainte qu'elle inspire la liberté de la volonté, qui est une condition de la responsabilité ; et, de même qu'elle constitue un vice du consentement en matière civile (C. Civ., art. 1109, 1111, 1112 et 1113), elle constitue un vice de la volonté en matière pénale* », R. GARRAUD, *op. cit.*, n° 346, p. 685.

² V. notamment Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7e éd., 2004, n° 364 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16e éd., 2009, n° 661 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 3e éd., 2010, n° 458 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel - T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 7e éd., 1997, n° 618 et s., spéc. n° 623.

³ A. LAINGUI et A. LEBIGRE *Histoire du droit pénal*, Cujas, 1979, p. 80, qui distinguent « *l'irresponsabilité totale déterminée par la contrainte physique et la simple atténuation de responsabilité née de la contrainte morale* ».

⁴ L'exemple de l'homicide qu'un individu est contraint d'exécuter, sous la menace d'être tué lui-même s'il refuse est à cet égard assez significatif puisque l'accusé qui a commis un tel acte ne subissait pas la peine ordinaire de l'homicide mais une peine extraordinaire, à l'arbitrage du juge, A. LAINGUI et A. LEBIGRE *op. cit.*, *loc. cit.*

également de distinguer la contrainte morale de l'état de nécessité. La doctrine est unanime¹ pour distinguer la contrainte, cause subjective d'irresponsabilité de l'état de nécessité, cause objective d'irresponsabilité, en fonction du degré de liberté qui subsiste chez l'agent. Si l'individu prouve qu'il n'avait pas d'autre choix que celui de commettre l'infraction, cette absence totale de liberté empêchera l'imputation de l'infraction du fait de la contrainte prévue à l'article 122-2 du Code pénal. Au contraire, s'il subsistait chez l'auteur au moment des faits, une certaine liberté lui permettant de choisir entre commettre une infraction ou subir un péril imminent, il ne s'agit plus alors de contrainte morale mais d'état de nécessité. Dans cette situation, l'individu capable d'orienter sa volonté a en effet volontairement choisi d'enfreindre la loi² et a donc bien commis une infraction. Cependant, l'auteur ayant enfreint la loi afin d'éviter la réalisation d'un péril, il pourra invoquer le fait justificatif d'état de nécessité pour s'exonérer de sa responsabilité.

321 - L'exigence d'une abolition totale de liberté est donc essentielle puisqu'elle permet non seulement de distinguer la contrainte de l'état de nécessité mais également d'expliquer la sévérité de la jurisprudence dans l'appréciation de la contrainte morale³, la jurisprudence exigeant en la matière, une véritable « *suppression de la liberté d'action* »⁴. Elle refuse par conséquent de retenir la contrainte en cas de simples difficultés ou de crainte suscitée par l'existence d'un lien de subordination⁵, autrement dit en cas de force « *qui n'est ni assez pressante, ni assez directe, pour enlever au prévenu sa liberté d'esprit* »⁶. Bien que très

¹ V. ainsi J.-M. AUSSEL, *La contrainte et la nécessité en droit pénal*, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, dir. STEPHANI G., Dalloz, 1956, p. 253 et s., spéc. n° 36 et 51 ; Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, *loc. cit.* ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op. cit.*, n° 671 ; Y. MAYAUD, *op. cit.*, *loc. cit.* ; R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 623.

Quelques auteurs militent pourtant pour reconnaître la contrainte morale comme un cas particulier d'état de nécessité : v. en ce sens, H. BAUDRY, *La force majeure en droit pénal*, thèse Lyon, 1938, p. 102 ; M.-E. CARTIER, *Contrainte et état de nécessité*, *Annales de la faculté de Toulouse*, 1982, p. 27 et s. ; P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, thèse Paris II, 1982, n° 551 ; F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, 2009, n° 91 et s.

² Comme l'écrit M. DANTI-JUAN, « *l'agent n'est pas tant contraint de commettre l'infraction qu'acculé à faire le choix de la commettre* », *Rép. Pén.*, V° « *Etat de nécessité* », n°1.

³ La jurisprudence semble d'ailleurs plus sévère en matière de contrainte morale qu'en matière de contrainte physique comme le remarque un auteur, M. DANTI-JUAN, *Rép. pén.*, v° « *Force majeure* », n° 43.

⁴ Crim. 9 oct. 2002 (inédit), pourvoi n° 01-88865 ; v. également Crim. 15 juin 1965 (inédit), *JCP* 1965. IV. 106.

⁵ Crim. 28 janv. 2004 : *Bull. Crim.* n° 22.

⁶ Crim. 29 déc. 1949 : *Bull. Crim.* n° 360 ; *D.* 1950, p. 419 ; *JCP* 1950, II 5614.

rigoureuse¹, cette position respecte toutefois la nature particulière de la contrainte qui exige, pour être caractérisée, une suppression totale² de la faculté de se déterminer librement. Si quelques décisions³ ont pu admettre l'irresponsabilité pénale de celui qui était, au moment des faits, privé de la faculté de se déterminer librement, il s'agit en réalité d'une hypothèse assez exceptionnelle, qui relèverait d'ailleurs davantage de l'état de nécessité⁴.

322 - Il résulte de tout ce qui précède que si la contrainte morale et certaines hypothèses de contrainte physique⁵ ont parfois un rôle exonératoire, c'est en tant que cause de non-imputabilité et non en tant que cause d'incapacité délictuelle, comme la force la majeure⁶. Cela justifie une nouvelle fois la distinction entre la capacité à l'infraction et la capacité à l'imputation de celle-ci. L'imputabilité apparaît bien comme une aptitude subjective conditionnant l'engagement de la responsabilité pénale de l'auteur d'une infraction. En excluant la responsabilité pénale des personnes qui, bien qu'ayant commis une infraction, n'ont pas agi librement ou n'ont pas saisi la portée morale de leurs actes, l'imputabilité contribue à donner à la responsabilité pénale une dimension subjective ou axiologique

¹ V. le célèbre arrêt refusant le bénéfice de la contrainte morale au propriétaire d'un bois en Corse poursuivi pour recel de malfaiteurs après y avoir donné asile à des bandits qui menaçaient de le tuer (Crim., 28 déc. 1900 : *DP* 1901. 1. 81, note LE POITTEVIN) ou l'arrêt condamnant un paysan qui avait, pendant la première guerre mondiale, fourni des renseignements aux allemands par crainte de voir des otages fusillés (Crim., 20 avr. 1934 : *S.* 1935. 1. 398). Ces arrêts confinant à l'héroïsme sont d'ailleurs souvent critiqués par la doctrine pour leur excessive sévérité.

² Qu'on peut d'ailleurs rapprocher par analogie de l'abolition totale de discernement en matière de troubles mentaux.

³ Emanant principalement des juges du fond : v. ainsi CA Toulouse, 23 avr. 1942 : *DC* 1943. 94, note J. DONNEDIEU DE VABRES, dans laquelle des provocations policières caractérisées ont été considérées comme pouvant priver un individu de son libre arbitre ; CA Dijon, 19 déc. 1984 : *RSC* 1985, p. 812, G. LEVASSEUR et Trib. corr. Agen, 22 mai 1985, *RSC* 1986, p. 87, A. VITU, et p. 102, G. LEVASSEUR. Dans ces décisions, les juges ont admis la contrainte pour exonérer l'auteur de l'infraction de non-représentation d'enfant eu égard au risque élevé d'enlèvement de l'enfant qui possédait une santé fragile (1^{er} arrêt) ou aux risques psychologiques que pourrait provoquer la visite d'un enfant à son père incarcéré pour tentative de vol et d'assassinat (2^e arrêt).

⁴ V. ainsi les observations d'A. VITU dans sa chronique *Contrainte morale ou état de nécessité*, *RSC* 1986, p. 87.

⁵ Lorsque celle-ci ne supprime pas totalement la volonté de celui qui subit la contrainte. Si cette hypothèse semble assez rare, on peut toutefois reprendre l'exemple cité par un auteur (F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, 2009, n° 78) d'un détenu bénéficiant d'une semi-liberté qui ne réintégrerait pas son établissement pénitentiaire du fait d'une prise d'otage dans une banque. S'il s'agit d'une situation de contrainte physique qui prive, *a priori*, l'individu de toute faculté de vouloir, on peut également imaginer que, dans le cas où il serait prouvé que l'individu était, de toute façon, déterminé à ne pas réintégrer l'établissement pénitentiaire, le délit d'évasion soit caractérisé mais que, faute d'être expliqué par la seule volonté de l'individu, ce délit ne puisse pas lui être imputé.

⁶ V. *supra* n° 157 et s.

essentielle. Pour autant, si cette aptitude morale est indispensable lorsqu'il s'agit d'imputer une infraction à une personne physique, cette exigence semble beaucoup plus complexe à concilier avec le caractère abstrait des personnes morales.

Section 2 :

L'imputabilité de l'infraction commise par une personne morale

323 - On peut se demander si, au vu de son contenu axiologique, l'imputabilité est compatible avec la particularité de la responsabilité pénale des personnes morales. Cette dernière est en effet parfois présentée comme une responsabilité technique, dans laquelle les considérations morales classiques du droit pénal n'auraient pas leur place. La notion d'imputabilité telle qu'on l'a présentée n'aurait, par conséquent pas sa place, l'imputation d'une infraction à un personne morale apparaissant alors davantage comme une simple imputation matérielle¹ dénuée de tout contenu moral². Si cette analyse est peut-être excessive, elle reflète toutefois la difficulté de transposer le concept classique d'imputabilité, tel qu'on le conçoit chez les personnes physiques, à ces responsables particuliers que sont les personnes morales.

324 - On peut en effet s'interroger sur l'application directe de l'exigence d'imputabilité à la personne morale, c'est-à-dire sur la possibilité d'admettre l'existence d'une cause de non-imputabilité à l'égard de la personne morale elle-même (§ 1). En outre, l'activité délictuelle de la personne morale étant, on l'a vu, appréhendée par le biais de ses organes ou représentants, il faut également étudier les conséquences pour le personne morale de l'existence d'une cause de non-imputabilité invoquée par un organe ou un représentant de la personne morale, ce qu'on peut qualifier d'application indirecte ou « par ricochet » de l'exigence d'imputabilité (§ 2).

¹ Se rapprochant ainsi de la définition objective de l'imputabilité que nous avons évoqué précédemment, n° 221 et s.

² Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, A. Colin, 7^e éd., 2004, n° 350 et n° 367 et s. Pour une position similaire, v. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général, T.1*, Cujas, 1997, 7^e éd., n° 616 : « *Il est préférable de parler à ce sujet d'imputation de la responsabilité, plutôt que d'imputabilité* ».

§1- L'application directe de l'exigence d'imputabilité aux personnes morales

325 - La question est ici de savoir si une personne morale auteur d'une infraction, peut s'exonérer en invoquant une cause subjective d'irresponsabilité, qu'il s'agisse du trouble mental ou de la contrainte¹. A priori, l'exigence de lucidité et de liberté du comportement semble en effet difficilement compatible avec le caractère abstrait et technique de la personne morale. Ce constat doit pourtant être précisé. Si certaines causes de non-imputabilité semblent effectivement impossibles à transposer à la personne morale (A) d'autres sont en revanche susceptibles de lui être appliquées (B).

A – L'exclusion de la minorité ou d'un trouble mental abolissant le discernement

326 - Si l'on s'intéresse tout d'abord à la première composante de l'imputabilité, à savoir le discernement, il paraît difficile de soutenir, comme on l'a vu, que la personne morale puisse être dotée d'une conscience ou d'une quelconque intelligence, en tout cas d'une intelligence distincte de celle de ses organes ou représentants. Malgré les termes généraux de l'article 122-1 du Code pénal² qui ne semblent pas exclure³ la possibilité pour une personne morale d'être atteinte d'un trouble psychique ou neuropsychique, il faut bien reconnaître que, faute d'être dotée d'une intelligence propre, distincte de celle de ses membres, la personne morale n'a pas

¹ Nous avons vu que l'erreur de droit pouvait être analysée comme une cause d'incapacité délictuelle supprimant la conscience de l'illicite, c'est pourquoi, elle ne sera pas étudiée ici. Toutefois, si l'on admet, comme de nombreux auteurs, que l'erreur de droit est une cause d'irresponsabilité subjective, il semble possible de caractériser une erreur de droit chez la personne morale elle-même. Comme l'écrit M. PLANQUE : « *il n'existe a priori, aucun obstacle à ce qu'une personne morale puisse s'exonérer en invoquant le fait qu'elle ait été victime d'une erreur de droit* », J.-C. PLANQUE, *La détermination de la personne morale pénalement responsable*, L'Harmattan, 2003, n° 651. Sur les difficultés pratiques quant à l'application de l'erreur de droit à la personne morale, J.-C. PLANQUE, *op. cit.*, n° 653 et s.

² « 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'article 122-1 vise donc « la personne » non simplement « la personne physique ».

³ Un auteur, s'appuyant sur les termes généraux de l'article 122-1 du Code pénal considère d'ailleurs, non sans humour, qu'en n'excluant pas la possibilité pour une personne morale d'être atteinte d'un trouble psychique ou neuropsychique, le législateur admettrait *a contrario* que la personne morale posséderait un psychisme propre distinct de celui de ses membres : Ph. CONTE, *La responsabilité des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal*, in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, sous la direction de J.-H. ROBERT et S. TZITZIS, éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 112.

de véritable conscience et *a fortiori* de conscience de la portée morale de ses actes. Si on peut supposer que la plupart des auteurs s'accordent sur ce point, peu évoquent pourtant explicitement cette question¹. Dans une thèse sur la détermination de la personne morale pénalement responsable², un auteur consacre toutefois un chapitre aux causes d'irresponsabilité pénale et à leur éventuelle application aux personnes morales. Evoquant tout d'abord les causes subjectives d'irresponsabilité pénales, l'auteur remarque d'emblée la nécessité d'écarter la minorité pénale, impossible à transposer à la personne morale³. Concernant ensuite le discernement, l'auteur démontre que cette exigence, « *créée, à l'évidence, pour s'appliquer à des êtres humains* »⁴ n'est pas adaptée au caractère abstrait des personnes morales qui restent dépourvues d'une véritable personnalité⁵ ou tout au moins d'un psychisme propre. Bien que peu d'auteurs aient pris position sur cette question, cette opinion mérite d'être approuvée tant il semble raisonnable de considérer que seule une personne physique peut être atteinte de troubles psychiques à même d'abolir ou d'altérer son discernement. Faute d'une réelle conscience de la personne morale, les causes de non-imputabilité que sont le développement insuffisant ou l'abolition du discernement semblent par conséquent impossibles à transposer aux personnes morales. Qu'en est-il alors de la contrainte, autre cause de non-imputabilité ?

¹ V. toutefois F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, n° 641 : selon ces auteurs, bien qu' « aucune raison de principe ne s'oppose à ce que la personne morale, responsable par elle-même, puisse bénéficier des causes d'irresponsabilité pénale prévues par le Code », force est de constater qu'en fait « certaines causes d'irresponsabilité sont inconcevables au profit des personnes morales. Le délabrement mental, par exemple ».

² J.-C. PLANQUE, *op. cit.*

³ Sauf à admettre qu'elle correspondrait à la période de formation de la personne morale, ce qui nous semble pousser trop loin l'analogie entre la personne morale et la personne physique.

⁴ J.-C. PLANQUE, *op. cit.*, n° 616, p. 407.

⁵ On constate pourtant une certaine tendance moderne reconnaissant à la personne morale de plus en plus de droits : elle peut ainsi demander réparation de son préjudice moral ou bien agir en diffamation, consacrant *a contrario* un véritable droit à l'honneur des personnes morales. V. ainsi V. WESTER-OUISSE, *La jurisprudence et les personnes morales : du propre de l'homme aux droits de l'Homme*, JCP 2009, I, 121.

B – L'admission limitée de la contrainte

327 - A côté du discernement, on trouve, on l'a vu, l'exigence d'une volonté libre, ou plutôt négativement, l'absence de contrainte, qu'elle soit morale ou physique¹. Si l'on raisonne tout d'abord sur la contrainte morale externe², on est conduit à penser que malgré la possibilité théorique de l'admettre, certains auteurs évoquant ainsi la contrainte économique pouvant pousser une entreprise à commettre une infraction³, la sévérité de la jurisprudence en la matière⁴ permet de penser qu'elle ne sera probablement jamais retenue. Si la solution contraire reste donc juridiquement possible⁵, elle semble tout de même exceptionnelle⁶. Au contraire, malgré l'apparente contradiction terminologique entre personne morale et contrainte physique, cette dernière semble plus facilement envisageable.

328 - Il faut alors tout d'abord distinguer la contrainte physique externe qui désigne l'événement irrésistible et imprévisible, qu'il s'agisse d'un événement naturel⁷ ou d'un fait de l'homme⁸, poussant l'individu à commettre une infraction, de la contrainte physique interne qui ne diffère de la première que par son origine, puisqu'elle doit émaner de l'auteur même de l'infraction. Comme on l'a déjà dit au sujet des troubles mentaux, il semble difficile, bien entendu, d'admettre que la personne morale, dépourvue de chair et de sang, soit atteinte d'une

¹ Bien que nous ayons formulé des doutes (*supra* n° 318 *in fine*) quant au rattachement de la contrainte physique à l'imputabilité, nous étudierons ici conjointement la contrainte morale et physique, conformément à l'analyse dominante en doctrine.

² Seule la contrainte morale externe est admise comme causes d'irresponsabilité. En effet, la contrainte morale interne (telles les émotions, la colère, la passion, etc.) n'entraîne jamais l'irresponsabilité pénale de celui qui l'invoque.

³ Hypothèse citée par J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2005, p. 383 et J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, in *Le risque pénal dans l'entreprise*, Ouvrage collectif, Litec, Collection Carré Droit, 2003, p. 107. Remarquons d'ailleurs que cette hypothèse est utilisée par ces auteurs pour justifier l'irresponsabilité de la personne physique à l'origine de l'infraction tout en retenant la responsabilité pénale de la personne morale.

⁴ Pour un exemple de cette sévérité, v. par exemple : Crim 28 déc. 1900 : *DP*, 1901, I, 81, note LE POITTEVIN (condamnation pour recel de malfaiteurs d'un propriétaire de forêt en Corse ayant caché des bandits qui le menaçaient de mort).

⁵ Du fait, on l'a dit, de la formulation large de l'article 122-2 du Code pénal qui vise « la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte... », non « la personne physique ».

⁶ « *En ce qui concerne la personne morale, même si l'on admet que sa « vie » est menacée, il ne s'agit pas de valeurs comparables puisque dans le cas de la personne morale, il ne s'agit que d'un risque de pertes financières* », J.-C. PLANQUE, *op. cit.*, n° 641.

⁷ Ainsi de la tempête, du verglas, d'un tremblement de terre, etc.

⁸ Ainsi d'une guerre, d'une émeute, d'un incendie, etc.

maladie ; toutefois, en raisonnant par analogie, quelques auteurs ont tenté d'analyser comme une contrainte physique interne¹, les agissements des dirigeants poussant la personne morale à commettre une infraction². On doit rejeter cette observation car elle conduirait à l'irresponsabilité systématique de la personne morale, anéantissant ainsi l'intérêt de la réforme de 1994. Agissant toujours par le biais de ses organes ou représentant, la personne morale pourrait toujours invoquer la contrainte. En outre, cette hypothèse semble plutôt relever de la contrainte morale que de la contrainte physique³. En effet, la doctrine définit classiquement la contrainte physique comme « *la mainmise sur le corps ou les biens d'une personne par une force de la nature, telle qu'un ouragan, ou par la force d'un animal ou d'un tiers* »⁴, privant ainsi le prévenu de sa « *liberté de mouvement* »⁵. Or, la personne morale étant dépourvue d'existence physique, la pression qu'elle subirait du fait de ses organes doit être analysée comme une contrainte morale interne, dont sait qu'elle n'est pas retenue par le droit pénal. *Quid* alors de la dernière hypothèse de contrainte, la contrainte physique externe ?

329 - Sous réserve de quelques limites inhérentes au caractère immatériel des personnes morales⁶, cette cause d'irresponsabilité subjective est susceptible d'être invoquée par une personne morale. Si l'effondrement d'un bâtiment blesse un passant par exemple, la personne morale propriétaire de l'immeuble pourrait s'exonérer de sa responsabilité pénale en prouvant que cette incurie trouve sa cause dans un tremblement de terre ou un incendie⁷. C'est pourquoi, seule la contrainte physique *externe*⁸ peut être invoquée avec succès par une personne morale pour échapper à sa responsabilité pénale⁹.

¹ Illustrant l'opinion d'un auteur selon lequel « *la personne morale n'a pas d'autre volonté que celle de ses dirigeants sous la contrainte de laquelle elle agit* », P. TRUCHE, *Allocution d'ouverture du colloque*, PA 1993, n° 120, p. 57.

² V. ainsi J.-C. PLANQUE, *op. cit.*, n° 630.

³ *Contra* J.-C. PLANQUE, *op. cit.*, n° 630.

⁴ J.-A. ROUX, *Cours de droit criminel français*, T. 1, Sirey, 1927, p. 173.

⁵ Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, A. Colin, 7^e éd., 2004, n° 365 ; J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 306.

⁶ Faute d'existence physique de la personne morale, la contrainte physique externe ne peut ainsi s'exercer que sur les biens de celle-ci.

⁷ A condition, bien sûr, de remplir les conditions d'imprévisibilité et d'irrésistibilité.

⁸ Conclusion à laquelle arrive d'ailleurs aussi J.-C. PLANQUE, *op. cit.*, n° 630, *in fine*.

⁹ Le fait que seule la contrainte physique externe permette à la personne morale de s'exonérer nous conduit d'ailleurs à penser que l'effet de la contrainte physique est probablement plus profond que la contrainte morale. En effet, en cas de contrainte physique, l'irresponsabilité de la personne morale ne s'explique-t-elle pas plutôt par l'absence de faute, donc d'infraction ? N'ayant pu ni prévoir ni résister à la contrainte, la personne morale ne

330 - Ainsi, du fait de leur absence de conscience, les personnes morales ne peuvent invoquer personnellement les causes d'irresponsabilités subjectives telles que la minorité, le discernement. Si la contrainte est envisageable, il semble que la sévérité de la jurisprudence en la matière rende cette cause d'exonération assez exceptionnelle. Il ne faut pourtant pas déduire de ce qui précède que ces causes de non-imputabilité n'auraient pas d'influence sur la responsabilité pénale de la personne morale. En effet, les personnes physiques organes ou représentants de celle-ci, peuvent invoquer une cause subjective d'irresponsabilité, nous invitant alors à nous interroger sur les conséquences de l'absence d'imputabilité sur la responsabilité pénale de la personne morale ?

serait pas fautive, ce qui justifie son irresponsabilité tant pénale que civile. Pour une analyse plus approfondie de la contrainte physique et de son assimilation possible à la force majeure, v. *infra* n° 155 et s.

§2- L'application indirecte de l'exigence d'imputabilité aux personnes morales

331 - La question est ici de savoir si l'irresponsabilité pénale de l'organe ou du représentant de la personne morale fondée sur une cause de non-imputabilité doit entraîner l'irresponsabilité de la personne morale. Contrairement à la possibilité pour une personne morale d'invoquer à titre personnel une cause de non-imputabilité, la question des conséquences de l'irresponsabilité d'une personne physique, organe ou représentant de la personne morale, est évoquée par la majorité des auteurs même s'ils n'aboutissent pas à un consensus. En effet, pour certains auteurs, le non-lieu ou la relaxe fondée sur une cause subjective d'irresponsabilité ne doit jouer qu'à l'égard de la personne physique. On pourrait donc imputer à la personne morale l'infraction commise pour son compte par une personne physique pourtant irresponsable¹. Pour d'autres, en revanche, l'imputabilité des personnes physiques est « *le support indispensable à l'imputabilité de la personne morale* »², justifiant par conséquent l'impossibilité d'imputer l'infraction tant à la personne physique, auteur physique de l'infraction, qu'à la personne morale, pour le compte de qui l'infraction a été commise³. Quelle est, alors, la solution à adopter ? Nous étudierons successivement ces deux positions afin d'apprécier celle qui paraît la plus pertinente.

A – Les arguments en faveur de l'irresponsabilité pénale conjointe des personnes physiques et de la personne morale

332 - Il semble que malgré le caractère subjectif de l'imputabilité, le mécanisme particulier de la responsabilité des personnes morales conduise à considérer que l'irresponsabilité de l'organe ou du dirigeant, qu'elle soit due à l'absence de discernement ou de liberté⁴, impose

¹ F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *op. cit.*, n° 641 ; J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 383.

² R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 649 *in fine*.

³ J.-C. SOYER, *Droit pénal et procédure pénale*, LGDJ, 20^e éd., 2008, n° 304 ; T. DALMASSO, *Responsabilité pénale des personnes morales, Evaluations des risques et stratégie de défense*, EFE 1996, n° 66 : « *Dénier à la personne morale le droit d'exciper d'une cause d'irresponsabilité prétendument personnelle à la personne physique qui, par exemple, n'aurait pas agi en état de discernement ne se justifie pas* ».

⁴ Les auteurs rattachant l'erreur de droit à l'imputabilité parviennent d'ailleurs à la même conclusion en matière d'erreur de droit, à savoir l'irresponsabilité conjointe de la personne morale et de la personne physique à sa tête : ainsi pour J.-C. PLANQUE, « *la doctrine semble penser que [...] l'erreur de droit admise pour le dirigeant*

l'irresponsabilité de la personne morale elle-même. Cette solution apparaît comme la conséquence logique de la théorie du *substratum*, c'est-à-dire de l'identification de la personne morale à ses organes ou représentants. En effet, les auteurs justifient généralement le caractère personnel de la responsabilité pénale des personnes morales en indiquant que l'organe ou le représentant de la personne morale n'est pas un « *autrui* », mais est la personne morale elle-même, qualifiant ainsi ce mécanisme de « *responsabilité par représentation* », « *par ricochet* » ou « *par identification* »¹. Or, si les organes ou représentants « sont » la personne morale, il faut alors accepter que le trouble mental qui pourrait les toucher empêcherait l'imputation de l'infraction, tant à l'égard des personnes physiques, qu'à l'égard de la personne morale. On peut d'ailleurs remarquer, si l'on s'en tient à l'hypothèse de l'abolition du discernement par un trouble mental, que la solution inverse conduirait à priver la personne morale du bénéfice de l'article 122-1 du Code pénal puisque, comme on l'a vu précédemment, l'application directe de cet article est exclue du fait de l'impossibilité de caractériser chez la personne morale, dépourvue d'un psychisme propre, une absence de discernement. En outre, elle ferait supporter à la personne morale les conséquences des troubles psychiques de ses dirigeants, irresponsables du fait de l'article 122-1 du Code pénal, ce qui semble difficilement justifiable au regard du principe de personnalité de la responsabilité pénale.

333 - Cette théorie de l'irresponsabilité conjointe présente toutefois un défaut majeur. Bien que cette solution ait l'avantage de respecter le mécanisme spécifique prévu à l'article 121-2 du Code pénal, elle peut être critiquée en ce qu'elle lie la responsabilité pénale de la personne morale à celle des personnes physiques à sa tête². Ainsi, dès lors qu'une cause d'irresponsabilité subjective sera retenue, elle bénéficiera *ipso facto* à la personne morale³.

devra aussi profiter à la personne morale. » La détermination de la personne morale pénalement responsable, L'Harmattan, 2003, n° 654 ; V. aussi F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, op. cit., n° 691.

¹ Sur ces qualificatifs, v. *supra* n° 184 et s., note 3.

² Voir leurs responsabilités pénale et civile lorsque la contrainte correspondra à la force majeure en droit civil.

³ Remarquons que la solution identique est retenue au sujet des faits justificatifs dont l'effet *in rem* bénéficie à tous les participants, empêchant ainsi d'engager la responsabilité d'une personne physique ou morale. V. cependant la remarque de J.-C. SAINT-PAU qui tempère cette affirmation en remarquant que si le fait justificatif suppose une qualité subjective particulière, la justification peut n'opérer qu'à l'égard d'un seul des participants : J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction*, in *Le risque pénal dans l'entreprise*, Ouvrage collectif, Litec, Collection Carré Droit, 2003, p. 108.

Cette identité de solution semble contraire à la lettre même de l'article 121-2, alinéa 1 du Code pénal. En effet, cet article conditionne la responsabilité pénale des personnes morales à l'existence d'une « infraction » commise pour leur compte par leurs organes ou représentants, non à l'engagement effectif de la responsabilité pénale de ces derniers. Or, si le défaut d'imputabilité ne fait pas disparaître l'infraction mais empêche seulement l'imputation de l'infraction à son auteur, il semble possible dans ce cas de caractériser chez l'organe ou le représentant une infraction, puis de ne l'imputer qu'à la personne morale puisque la personne physique bénéficiant d'une cause subjective d'irresponsabilité. Au surplus, la formulation négative de l'alinéa 3 de cet article¹, semble envisager l'indépendance de la responsabilité pénale de la personne morale à l'égard de celle des personnes physiques comme le principe, et leur cumul comme l'exception. C'est pour cette raison que certains auteurs plaident pour une indépendance des responsabilités pénales en la matière.

B – Les arguments en faveur de l'indépendance de la responsabilité pénale des personnes physiques et morales

334 - Refusant de lier de manière automatique la responsabilité pénale de la personne morale à celle des personnes physiques qui la composent, un auteur écrit : « *Il est certain, dès lors qu'on a une saine notion de ce qu'est la responsabilité pénale des personnes morales, qu'il ne saurait y avoir de liaison absolue entre l'état mental du dirigeant et la responsabilité de la personne morale les deux choses devant être distinctement appréciées* »².

335 - Cette théorie pragmatique conduit donc à vérifier l'existence d'une cause d'irresponsabilité pour chaque responsable potentiel. En pratique, cette hypothèse ne sera applicable qu'en cas de contrainte, puisque seule la personne physique pourra bénéficier d'une irresponsabilité fondée sur l'article 122-1 du Code pénal, la personne morale ne pouvant pas, comme nous l'avons déjà dit, être personnellement atteinte d'un trouble mental. .

¹ « La responsabilité des personnes morales *n'exclut pas* celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits », article 121-2 du Code pénal.

² M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, 2^e éd., 2006, n° 310 *in fine*. V. également J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 383.

336 - Un autre auteur a d'ailleurs tenté de justifier cette indépendance en analysant le comportement de la personne morale comme une faute, en l'occurrence le fait d'avoir « choisi » de nommer à sa tête un individu atteint de troubles mentaux¹. Cette solution, inspirée du mécanisme de la responsabilité du chef d'entreprise pour les infractions commises au sein de celle-ci, n'est cependant pas exempte de reproches. Elle aboutit en effet à assimiler la prétendue faute de la personne morale à celle qui est nécessaire pour caractériser l'infraction que l'on cherche à lui imputer et contrevient ainsi aux dispositions de l'article 121-2 du Code pénal, exigeant de caractériser l'élément moral de l'infraction chez un organe ou un représentant de la personne morale. Si l'on comprend le souhait de certains auteurs de ne pas lier de manière automatique la responsabilité pénale des personnes morales à celle des personnes physiques qui la composent, il reste que la justification théorique de cette indépendance n'est pas aisée à admettre.

337 - Difficilement conciliable avec le principe d'une responsabilité personnelle par identification, l'indépendance de la responsabilité pénale de la personne morale à l'égard de celle des personnes physiques qui la composent est également délicate à concevoir en pratique. Un auteur évoque toutefois l'exemple d'une infraction de pollution due à la vétusté des équipements d'une entreprise. Dans ce cas, on pourrait, selon cet auteur, engager la responsabilité pénale de la personne morale ayant refusé de mettre aux normes ou de moderniser ses équipements, alors que les dirigeants personnes physiques pourraient bénéficier de la contrainte. Si cette différence de régime peut s'expliquer par l'appréciation variable de la contrainte, en fonction des aptitudes de chacun pour lui résister², il reste que cette solution semble plus relever d'un cas d'école que d'une véritable solution jurisprudentielle.

338 - En conclusion, on ne peut qu'apporter une réponse mitigée à la question de l'influence d'une cause de non-imputabilité caractérisée à l'égard d'une personne physique, organe ou représentant de la personne morale, sur la responsabilité pénale de la personne morale elle-

¹ J.-H. ROBERT, *op. cit.*, *loc. cit.*

² L'article 122-2 du Code pénal prévoit en effet l'irresponsabilité pénale d'une personne subissant « une force à laquelle *elle* ne pouvait résister », formule que les auteurs interprètent parfois comme une invitation à une appréciation *in concreto* de la contrainte.

même. S'il semble logique, en cas de contrainte, d'exonérer de leur responsabilité pénale tant la personne morale que la personne physique, la solution à apporter en cas de trouble mental du dirigeant est quant à elle plus incertaine¹.

¹ « Les problèmes liés à la possibilité d'application de la cause d'irresponsabilité évoquée par l'article 122-1 du Code pénal, et plus spécialement l'absence d'éléments de réponse précis dans les textes, montrent une fois de plus que la réforme a été adoptée sans que l'on tienne vraiment compte des particularités des personnes morales en laissant à la doctrine, et plus encore à la jurisprudence, le soin de régler les modalités de mise en œuvre », J.-C. PLANQUE, *op. cit.*, n° 623.

CONCLUSION DU TITRE II :

339 - Il ressort des développements précédents que l'imputabilité, conçue comme une aptitude à l'imputation d'une infraction à son auteur est bien une application du concept plus large de capacité pénale. L'imputabilité permet en effet d'exclure l'engagement de la responsabilité pénale des personnes qui seraient dépourvues de certaines qualités essentielles à l'engagement de la responsabilité pénale, telles que le discernement, c'est-à-dire de la faculté de discerner le bien du mal, ou le libre arbitre. Cette définition de l'imputabilité permet alors non seulement de la rattacher au concept de responsabilité, mais surtout de la distinguer de la capacité délictuelle, aptitude subjective à l'infraction. Cette distinction n'est pas uniquement théorique puisqu'elle permet de distinguer la contrainte morale de la contrainte physique ou d'expliquer la possibilité de caractériser une infraction indépendamment de la question de son imputabilité, dans le cadre par exemple de la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

CONCLUSION DE LA PARTIE I :

340 - On mesure, au terme de cette étude, l'importance de la capacité pénale et plus précisément de ses deux premières applications que sont la capacité délictuelle et l'imputabilité. Toutes deux permettent en effet de limiter le domaine du droit pénal en excluant les sujets dépourvues des facultés psychologiques indispensables soit à la commission d'une infraction, soit à son imputation. Bien qu'assez proches puisqu'elles partagent cette même fonction négative, ces deux aptitudes pénales doivent être distinguées. Les aptitudes nécessaires à l'infraction restent en effet très sommaires puisqu'il s'agit de l'intelligence et de la volonté, présumées exister chez tout individu. L'imputabilité, elle est plus complexe. Elle désigne en effet le discernement et le libre arbitre de l'auteur de l'infraction. Il s'agit alors, non plus de conditionner l'existence de l'infraction, mais plutôt l'engagement de la responsabilité pénale d'un individu en fonction des conséquences ou de la finalité de celle-ci. Ce rôle négatif, classique de la notion juridique de capacité n'est toutefois pas le seul.

341 - En délimitant le domaine du droit pénal, la capacité délictuelle et l'imputabilité contribuent en effet à le définir. La capacité délictuelle permet ainsi de réserver la qualification d'infraction aux actes qui reflètent l'intelligence et la volonté de leur auteur, autrement dit aux actes humains. Elle traduit ainsi la dimension humaine et éthique de l'infraction et contribue, pour reprendre les mots d'un auteur, « à promouvoir l'homme dans la définition de l'infraction »¹. De la même façon, l'imputabilité apporte à la responsabilité pénale un caractère subjectif et axiologique, essentiel en matière répressive du fait, non seulement de la dimension morale symbolique du jugement de responsabilité pénale mais surtout de sa conséquence principale, le prononcé d'une sanction pénale. Spécificité de la responsabilité pénale, la sanction est, avec l'infraction, un des concepts clés du droit pénal, nous invitant par conséquent, après avoir évoqué l'aptitude à l'infraction et à son imputation, à nous pencher sur l'aptitude à la sanction.

¹ A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982, n° 34.

PARTIE II :
LA CAPACITE PENALE A LA SANCTION DE LA
RESPONSABILITE PENALE

« C'est le crime que l'on punit, mais c'est la considération de l'individu qui détermine le genre de mesure qui lui convient. La responsabilité, fondement de la peine, et l'individualisation, critérium de son application : telle est la formule du droit pénal moderne »

R. SALEILLES,
L'individualisation de la peine, Paris, 1898.

342 - Troisième application de la notion plus large de capacité pénale, l'aptitude à la sanction est probablement celle qui est la plus complexe à appréhender. Cette remarque peut sembler paradoxale dans la mesure où c'est généralement au sens restrictif d'aptitude à la sanction qu'est employée l'expression de « capacité pénale ». Cette difficulté s'explique en réalité par le fait que, contrairement à la capacité délictuelle ou à l'imputabilité, la capacité pénale à la sanction est un concept essentiellement doctrinal dont la définition et le contenu diffère en fonction des auteurs qui l'emploient. Si pour certains auteurs, la capacité pénale à la sanction renvoie à l'aptitude psychologique à la sanction, d'autres choisissent de la définir de manière plus précise en l'analysant comme une aptitude à profiter de la sanction. L'analyse de ce concept supposera donc de le définir clairement et d'en cerner le contenu.

343 - En outre, la capacité à la sanction se caractérise par sa très grande originalité. Elle ne se présente pas comme un équivalent, au stade de la sanction, de la capacité délictuelle ou de l'imputabilité. Ainsi, bien que son absence empêche parfois le prononcé d'une sanction pénale, excluant ainsi certains individus du domaine de répressif ou d'un type de peine, elle ne peut être considérée comme une véritable capacité au sens juridique. Contrairement à cette dernière qui est généralement appréhendée de manière négativement, c'est surtout dans sa dimension positive, que l'aptitude à une sanction est consacrée en droit pénal. En ce sens, la capacité pénale à la sanction renverrait moins à la capacité en tant qu'aptitude, qu'à la capacité en tant que mesure puisqu'elle permet d'individualiser la sanction en fonction des possibilités réceptives, voire des besoins de celui qui devra la subir.

344 - Capacité plus criminologique que juridique, la capacité pénale à la sanction se présente donc comme un concept qu'il semble indispensable d'étudier (Titre I) avant de voir sa consécration en droit positif (Titre II).

TITRE I :

LE CONCEPT DE CAPACITE PENALE A LA SANCTION

345 - Le concept de capacité pénale à la sanction, au départ assez flou et difficile à distinguer de la responsabilité elle-même, va, sous l'influence de quelques auteurs, se préciser pour finir par désigner l'aptitude d'un délinquant à subir une sanction. C'est cette troisième application de la capacité pénale qui sera désignée par certains auteurs sous le terme de « capacité pénale ». Si cette dénomination nous semble maladroite puisqu'elle conduit à réduire le concept plus large de capacité pénale à son seul versant répressif, il reste que c'est sous ce sens restrictif que le concept de capacité pénale a vu le jour. C'est pourquoi nous avons choisi dans ce titre de conserver, malgré sa polysémie, le terme de « capacité pénale » pour désigner l'aptitude à la sanction. Ce terme nécessitera toutefois d'être précisée à la lumière des travaux de chacun des auteurs qui l'ont employé dans la mesure où, s'agissant d'un concept doctrinal élaboré par plusieurs auteurs, chacun a, par son approche, contribué à en définir les contours et à en fixer le contenu.

346 - Aussi, afin de rendre compte de l'extrême complexité du concept de capacité pénale, il convient tout d'abord d'en approfondir la lente genèse (Chapitre I) avant d'étudier le rôle qui lui a été attribuée en matière pénale (Chapitre II).

Chapitre I :

La genèse du concept de capacité pénale

347 - Le concept de capacité pénale¹ illustre très bien l'évolution des réflexions modernes sur la peine. Son apparition coïncide en effet avec la remise en cause de la conception classique de la responsabilité pénale fondée sur la volonté et le libre arbitre. Le concept de capacité pénale apparaît alors comme un palliatif à aux insuffisances de la responsabilité pénale telle qu'on la concevait traditionnellement. Mais il s'agit également d'une question éminemment complexe puisqu'elle embrasse aussi bien le droit pénal que la criminologie² et plus particulièrement la sociologie et la psychiatrie criminelle.

348 - Dès lors, il nous semble important de retracer fidèlement la lente genèse de ce concept en évoquant l'émergence progressive d'une individualisation subjective de la sanction (Section 1), ce qui nous permettra, dans un deuxième temps, de mieux comprendre comment ce mouvement est à l'origine de la naissance, à la fin du XIX^e siècle, du concept de capacité pénale, entendu à l'origine comme l'aptitude subjective du délinquant à une sanction (Section 2).

¹ Que nous entendrons ici comme l'aptitude à la sanction, conformément au sens qui était le sien lors de sa création.

² On peut d'ailleurs considérer que l'histoire du concept de capacité pénale reflète assez fidèlement l'histoire de la criminologie. Née des insuffisances de la conception classique de la responsabilité pénale, la criminologie, comme la capacité pénale, est apparue à la fin du XIX^e siècle pour connaître son apogée après la Seconde guerre mondiale. Le concept de capacité pénale, qualifié par ses principaux promoteurs de concept « *criminologique* » (R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel - T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n^o 617) symbolise mieux que tout autre le statut de la criminologie en France.

Section 1 :

L'émergence progressive d'une individualisation subjective de la sanction

349 - Lorsque l'on étudie l'évolution qu'a connue la question de la détermination judiciaire de la sanction depuis l'Ancien Régime jusqu'à la fin du XIX^e siècle, on ne peut qu'être frappé par le lent mouvement tendant à imposer¹ une individualisation judiciaire de la sanction pénale. Après une période dominée par l'arbitraire des juges puis l'absence totale d'individualisation, le Code pénal de 1810 choisit de consacrer une individualisation objective et judiciaire de la sanction, véritable point de départ d'un mouvement continu visant à faire du juge le pivot central de l'individualisation de la sanction².

350 - Le Code pénal de 1791 s'impose, en matière de détermination de la sanction, comme une législation de rupture. Le droit criminel sous l'Ancien Régime était en effet dominé par le principe selon lequel toutes les peines sont arbitraires. Cela signifie que le juge devait mesurer la peine selon la responsabilité du délinquant et les circonstances précises de l'acte. Un édit de mars 1680 relatifs aux faussaires dispose ainsi que « les juges pourront les condamner à telles peines qu'ils jugeront, même de mort, selon l'exigence des cas et la qualité des crimes ». De plus, de nombreuses infractions pouvaient être sanctionnées alors même qu'aucun texte ne les punissait expressément, le juge déterminant alors la sanction par analogie avec une infraction voisine : ainsi de la bigamie, de l'inceste, des crimes contre nature, de l'incendie³... En réaction contre cet arbitraire des juges, le Code pénal de 1791 choisit de mettre en place un système légaliste de détermination de la peine très rigide. Le législateur révolutionnaire a ainsi instauré un système de peines fixes extrêmement précis et a également aboli le droit de grâce ou de commutation de la sanction. Les peines sont donc fixées par la loi pour chaque infraction sans que le juge ne puisse en augmenter ou en modérer le quantum. Comme l'écrit

¹ Ou pour être plus précis, à rétablir l'individualisation judiciaire puisque l'arbitraire des juges était la règle sous l'Ancien Régime.

² R. GARRAUD affirmait ainsi que la suppression de la fixité des peines par le Code constituait « le point de départ de ce phénomène qui caractérise l'évolution du droit pénal depuis un siècle : l'abdication constante et progressive de la loi, au profit du juge, dans la fixation de la peine », cité par A. LAINGUI, *La sanction pénale dans le droit français du XVIII^e et XIX^e siècle*, in *La peine (III^e Partie)*, Société Jean BODIN pour l'histoire comparative des institutions, 1991, p. 184.

³ A. LAINGUI, *op. cit.*, p. 175.

très bien SALEILLES, « *la peine était absolument fixe, comme dans la loi salique. C'était un taux invariable : pour tel vol, tant de prison ou tant de galères [...]. Le juge n'était qu'un instrument mécanique d'application de la peine. C'était le rouage qui distribuait la peine conformément à la loi : c'était un distributeur automatique* »¹. Cette analyse montre bien qu'il s'agit d'un système fondé sur l'égalité des citoyens et dans lequel aucune place n'est laissée à l'individualisation de la sanction, qu'elle soit objective² ou subjective³. Extrêmement critiqué pour son manque de souplesse, ce système sera finalement supprimé par la loi du 25 frimaire an VIII qui préférera lui substituer un système de peines variables limitées par un minimum et un maximum, système qui sera d'ailleurs conservé par le Code de 1810.

351 - Le Code pénal de 1810 opte en effet pour une individualisation judiciaire de la sanction qui reste toutefois strictement encadrée par le législateur. Ainsi, abandonnant le principe de fixité des sanctions, le législateur établit pour certaines infractions une échelle de peine dont il fixe le maximum et le minimum. Il appartient alors au juge « d'arbitrer », c'est-à-dire de fixer le quantum de la sanction en fonction des circonstances de l'espèce. Le législateur prévoit également la possibilité pour le juge de dépasser ces limites par le jeu de circonstances aggravantes ou atténuantes, même si ces dernières ne sont possibles que dans des cas très spécifiques⁴. Si cette innovation est importante car elle apparaît comme le point de départ d'un mouvement tendant à développer les pouvoirs du juge dans la détermination de la sanction pénale, il reste que l'individualisation consacrée par le Code pénal en 1810 demeure encore très limitée. En effet, le législateur a choisi de conserver en matière criminelle le système pourtant critiqué des peines fixes sans admettre une quelconque possibilité d'atténuation. Cette situation a d'ailleurs conduit les jurys d'assises à acquitter certains condamnés faute de pouvoir modérer la sanction légale prévue par le Code lorsqu'ils la jugeaient trop sévère. Ces acquittements injustifiés sont l'illustration du manque de souplesse évident dont faisait preuve le système mis en place en 1810. De plus, le Code pénal

¹ R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine, De Saleilles à aujourd'hui (réédition de la troisième édition de l'ouvrage de Raymond Saleilles, et L'individualisation de la peine, Cent ans après Saleilles)*, Erès, 2001, p. 52.

² En fonction des circonstances de faits de l'espèce.

³ En fonction de la qualité ou de la personnalité du délinquant.

⁴ Ainsi des délits ayant entraîné un préjudice peu important.

de 1810 partage avec celui de 1791 la même représentation abstraite de l'individu¹. Le délinquant y est appréhendé comme un individu dont on postule le libre arbitre et dont les choix² sont analysés comme résultant d'une délibération rationnelle. L'article 64 prévoyant ainsi l'irresponsabilité pénale de celui qui est atteint de démence ou qui a subi une contrainte est d'ailleurs révélateur de cette façon de penser la responsabilité pénale. En effet, si l'irresponsabilité pénale semble fondée puisqu'en cas de contrainte, la liberté du délinquant peut être considérée comme faisant défaut, on peut déplorer le caractère assez manichéen de cette solution. Soit le délinquant prouve qu'il n'était pas libre ou discernant au moment des faits et il sera jugé irresponsable pénalement, soit sa liberté est présumée comme ne faisant pas défaut et sa responsabilité pénale peut être engagée, sans possibilité d'atténuation. Si le Code pénal de 1810 consacre donc par rapport au Code de 1791 un certain assouplissement en matière de détermination de la sanction, cette individualisation judiciaire reste toutefois encore embryonnaire et en grande partie objective.

352 - Ce n'est qu'avec l'apparition de deux mouvements essentiels critiquant le fondement moral et le manque d'humanisme du Code pénal, que se développera une véritable individualisation subjective de la sanction pénale. Deux courants très différents vont en effet développer l'idée selon laquelle la sanction doit être déterminée par des considérations subjectives, c'est-à-dire propres à l'auteur de l'infraction. Cette remise en cause du juridisme du Code pénal initiée par les néo-classiques sera ainsi reprise par l'école pénitentiaire qui tendra à développer une prise en compte de l'individu jusque dans l'exécution de la sanction, spécialement en matière carcérale (§ 1). Mais c'est l'école positiviste italienne qui bouleversera cette question en préconisant une individualisation de la sanction fondée sur la dangerosité sociale ou *témibilité* du délinquant, substituant à l'étude du crime celle du criminel (§ 2).

¹ FERRI reprochait d'ailleurs à l'école classique de se fonder sur une « *étude abstraite du délit considéré comme une entité juridique* » et proposait d'y substituer une « *étude complète du délit, non comme abstraction juridique, mais comme action humaine, comme fait naturel et social* », E. FERRI, *La sociologie criminelle*, Félix Alcan, 2^e éd., 1914, Introduction, I, n° 5.

² Y compris celui de commettre une infraction.

§ 1 – L’individualisation humaniste de la sanction par le courant néoclassique puis par l’école pénitentiaire

353 - Les excès du système classique que l’on vient d’évoquer ainsi que l’émergence d’une individualisation judiciaire de la sanction vont permettre à de nouveaux courants doctrinaux de se développer. Certains auteurs vont alors chercher à assouplir le droit pénal classique en s’inspirant notamment des réflexions philosophiques utilitaristes (A) tandis que d’autres vont s’efforcer d’humaniser la peine, notamment la peine privative de liberté (B).

A- L’assouplissement du système classique par le courant néo-classique

354 - L’utilitarisme, bien que né au XVIII^e siècle, sera ainsi repris par certains auteurs critiquant le manque de subjectivité du Code pénal. En effet, l’apport principal du courant utilitariste est son pragmatisme. La conception utilitariste du droit pénal développée notamment par J. BENTHAM pousse alors certains auteurs à s’interroger sur l’efficacité de la sanction en mettant en avant l’importance de sa fonction dissuasive. C’est justement cette conception utilitariste de la peine qui va permettre d’introduire progressivement une certaine part de subjectivité dans la détermination de la sanction, offrant ainsi un nouveau fondement à l’irresponsabilité pénale de certains individus. Les sujets considérés irresponsables par la théorie classique du fait de leur absence de liberté (jeunes enfants, individus au discernement aboli, etc.) sont ainsi également jugés irresponsables dans la théorie utilitariste puisque la menace de la peine n’exerce chez eux aucune influence, rendant de ce fait la peine inefficace donc inutile.

355 - Ces nouvelles réflexions sur la peine ont conduit le législateur à assouplir le système prévu en 1810, notamment en ce qui concerne l’individualisation de la sanction. La loi du 28 avril 1832 apparaît à ce titre comme le symbole de ce mouvement croissant d’individualisation de la peine puisqu’elle étend à toutes les infractions le bénéfice des circonstances atténuantes. Cette loi permet au jury qui estime que la sanction encourue est trop sévère, de décider d’accorder au condamné des circonstances atténuantes, obligeant ainsi

la Cour à atténuer la peine. Cette réforme qui avait pour objectif de « rendre la répression moins rigoureuse mais plus égale et plus assurée »¹ peut ainsi être rattachée au courant néo-classique qui cherche, on l'a vu, à concilier la fonction rétributive classique et l'utilitarisme en matière pénale. Ce « juste milieu pénologique »² est d'ailleurs très bien résumé par la formule de ROSSI selon laquelle il faut punir « pas plus qu'il n'est juste pas plus qu'il n'est utile », respectant ainsi à la fois les objectifs moraux et utilitaristes du droit pénal³. Ainsi, la rétribution⁴ doit rester un élément indispensable de la condamnation pénale tandis que la recherche de la sanction doit être guidée par des considérations utilitaristes. Cette dichotomie aboutit d'ailleurs à distinguer deux phases distinctes au sein de la procédure pénale : la phase du procès pénal qui doit rester dominée par l'expiation et la culpabilité, et l'exécution même de la sanction qui peut alors être guidée par d'autres objectifs, comme l'amendement du délinquant par exemple⁵. De cette dissociation de la phase de jugement de l'exécution de la sanction découlera une réflexion nouvelle centrée sur l'exécution de la sanction, spécialement la peine privative de liberté.

B- L'humanisation de la peine par l'école pénitentiaire

356 - A la suite du retour en France de BEAUMONT et de TOCQUEVILLE après leurs visites des prisons américaines⁶, se développe ainsi en Europe et notamment en France, une réflexion d'ensemble sur la question pénitentiaire. Une Société royale des prisons est ainsi

¹ Propos du rapporteur de la loi devant la Chambre des députés (séance du 11 novembre 1831), rapporté par J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 2^e éd., 2006, n° 244, p. 447.

² J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, n° 242, p. 445.

³ On trouve la même idée chez J. ORTOLAN, autre représentant majeur de l'école néo-classique : « *La théorie de la justice absolue établit que le coupable mérite un châtement ; celle du droit de conservation, en venant s'y joindre, établit que la société a droit d'infliger ce châtement. L'une contient l'idée du juste, l'autre celle de l'utile ; l'une répond à l'ordre purement spirituel, l'autre aux nécessités de l'ordre physique : la réunion de toutes les deux est indispensable pour fonder le droit social de punir.* », *Eléments de droit pénal*, Plon, 3^e éd., 1863, n° 188, p. 85.

⁴ Ainsi que les valeurs morales qu'elle véhicule

⁵ J. LEAUTE, *Le néo-classicisme*, in *La Responsabilité pénale, Travaux du Colloque de philosophie pénale (12 au 21 janvier 1959)*, Dalloz, 1961, p. 354.

⁶ G. de BEAUMONT et A. de TOCQUEVILLE ont effectué deux missions aux Etats-Unis en 1831 et 1836, ce qui leur a permis de publier leur ouvrage *Du système pénitentiaire aux États-Unis et de son application en France*, C. GOSSELIN, 2^e éd., 1836 (2 vol.).

créée par l'ordonnance du 2 avril 1819 afin d'améliorer les conditions de vie en prison¹ et de nombreux rapports sont rédigés sur cette question. L'un d'eux² souligne ainsi que « *le crime est une infirmité que l'on traiterait mal si l'on se bornait à l'amputation : il faut savoir le guérir* »³. Une réflexion humaniste va alors naître afin de développer une fonction nouvelle de la sanction pénale : l'amendement⁴ des coupables. Ce mouvement qualifié d'école pénitentiaire apparaît à partir des années 1830 sous l'influence d'auteurs comme Ch. LUCAS⁵ ou E. DUCPETIAUX⁶ en Belgique. Développant une conception de la prison qu'on peut qualifier de « philanthropique »⁷, le mouvement pénitentiaire du début du XIX^e siècle considère la prison comme un lieu permettant la rééducation morale et l'apprentissage de la discipline.

357 - Les réflexions de Ch. LUCAS sur cette question apparaissent encore aujourd'hui novatrices. Il publie dès 1828 un ouvrage dans lequel il compare les systèmes pénitentiaires

¹ Les prisons rassemblent à cette époque un ensemble très hétérogène de personnes : délinquants bien sûr mais aussi prévenus, prisonniers politiques, vagabonds et parfois même fous ou prostitués...

² Rapport LABORDE de 1819, cité par C. DEBUYST, F. DIGNEFFE, J.-M. LABADIE et A. P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, T.2 : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, éd. Larcier, 2008, p. 198.

³ Rappelant ainsi la devise que le Pape Clément XI avait fait graver sur le fronton de la prison pour adolescents Saint Michel à Rome en 1703 : « *parum est coercere improbos poena, nisi probos efficias disciplina* » (il ne suffit pas d'effrayer les malhonnêtes gens par la menace de la peine, il faut les rendre honnêtes par une discipline effective).

⁴ Le terme amendement vise la modification en vue d'une amélioration et désigne en matière juridique « *l'amélioration escomptée en la personne du condamné qui endure sa peine, du fait de celle-ci, objectif de politique criminelle, fondée sur la vertu correctrice prêtée au châtement* », v^o « Amendement », *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. CORNU, Quadrige/PUF, 8^e éd., 2010.

Pour une vision plus critique de l'amendement, v. G. KELLENS, *Précis de pénologie et de droit des sanctions pénales*, éd. Collection scientifique de la faculté de droit de Liège, 1991, p. 36, dans lequel l'auteur définit l'amendement comme une « *opération de réforme morale plus négative que positive* » puisqu'« *amender, au sens courant du terme, c'est retrancher, supprimer, atténuer. En l'occurrence, il s'agit simplement de dépénaliser le sujet, de faire du délinquant d'hier un non délinquant de demain, un être inoffensif qui ne violera plus les lois pénales et aura donc perdu sa dangerosité* ».

⁵ Ch. LUCAS, *Du système pénitentiaire en Europe et aux États-Unis*, Bossange, 1828-1830 (2 vol.) ; *De la réforme des prisons, ou De la théorie de l'emprisonnement, de ses principes, de ses moyens et de ses conditions pratiques*, E. Legrand et J. Bergounioux, 1836-1838 (3 vol.). Pour une étude approfondie de cet acteur majeur de l'école pénitentiaire, v. J. PINATEL, *La vie et l'œuvre de Charles LUCAS*, RIDP, 1947, p. 121 et s.

⁶ E. DUCPETIAUX, *Des progrès et de l'état actuel de la réforme pénitentiaire et des institutions préventives, aux États-Unis, en France, en Suisse, en Angleterre et en Belgique*, Hauman, Cattoir et Cie, 1837-1838 (3 vol.).

⁷ Les acteurs de ce mouvement pénitentiaire sont d'ailleurs parfois qualifiés de « *philanthropes de 1819* », C. DEBUYST, F. DIGNEFFE, J.-M. LABADIE et A. P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine -T.2 : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, éd. Larcier, 2008, p. 197 et s.

européen et américain¹ et sera nommé Inspecteur général des prisons en 1830. Véritable plaidoyer pour l'amélioration du régime pénitentiaire français et pour l'abolition de la peine de mort², cet ouvrage prône une réforme globale du régime d'exécution de la peine d'enfermement. Critiquant le système carcéral inorganisé du début du XIX^e siècle qui punit sans corriger, le mouvement pénitentiaire prône au contraire l'idée d'un droit *perfectionnel* qui vise à améliorer l'homme, non plus seulement à le sanctionner. Ch. LUCAS vante ainsi les mérites du travail en prison, censé développer le sens des responsabilités et lutter contre l'oisiveté, inspirant probablement la loi du 30 mai 1854 sur l'exécution de la peine des travaux forcés. Cette loi introduit en effet en droit pénal la transportation, nouveau mode d'exécution de la peine des travaux forcés imposant à tous les condamnés aux travaux forcés (à l'exception des femmes et des hommes de plus de 60 ans) d'être « transportés » dans une colonie pénitentiaire autre que l'Algérie afin d'y effectuer les « travaux les plus pénibles de la colonisation et tous autres travaux d'utilité publique »³. Soulignant à la fois le bien-fondé théorique et les limites d'une telle pratique, R. SALEILLES estimera qu'il s'agit d' « *un premier essai, encore bien grossier, il faut le reconnaître, d'adaptation de la peine à la progression de l'amendement individuel* ». L'introduction du sursis en 1891⁴ participe de cette même volonté d'adapter la sanction à l'individu, conduisant parfois à ne pas mettre la sanction à exécution et à utiliser celle-ci comme un outil, voire une menace permettant d'éviter la récidive. En effet, cette mesure vise spécialement un type de délinquants, les délinquants occasionnels ou primaires, par opposition aux délinquants d'habitude considérés comme incorrigibles⁵. Notons enfin dans le même ordre d'idée que le mouvement pénitentiaire s'intéresse également au problème de la délinquance des mineurs et sera à l'origine des premières réformes tendant à organiser un régime spécifique d'exécution de leur peine orienté vers l'idée de rééducation. Persuadé qu'on peut « *améliorer l'homme par la terre et la terre par l'homme* », F.-A. DEMETZ fondera par exemple en 1840 la colonie

¹ Ch. LUCAS, *op. cit.*

² Proche des idées de Ch. LUCAS, E. DUCPETIAUX publiera d'ailleurs en 1827 *De la peine de mort* aux éd. Tarlier, dans lequel il montre l'inefficacité de la peine de mort, ouvrage qui sera complété par un article intitulé *De la justice de répression et particulièrement de l'inutilité et des effets pernicieux de la peine de mort*, Impr. de J. J. Cautaearts, 1827.

³ Article 2 de la loi du 30 mai 1854.

⁴ Lois Bérenger du 14 août 1885 et du 26 mars 1891.

⁵ Pour qui la relégation prévue par la loi du 27 mai 1885 semble la seule sanction adaptée.

pénitentiaire pour mineurs de Mettray¹ ayant pour objectif de rééduquer les mineurs délinquants par le travail agricole.

358 - Afin de réaliser cet objectif fondamental qu'est l'amendement du délinquant, le mouvement pénitentiaire préconise un régime pénitentiaire individualisé et progressif. L'exemple du système anglais d'épreuves progressives conduit la France à développer à la fin du XIX^e siècle une individualisation du régime de la peine privative de liberté en fonction non plus de circonstances objectives mais d'un certain nombre d'éléments subjectifs, propres à l'auteur de l'infraction. L'école pénitentiaire propose ainsi de mettre en place un traitement différencié des détenus en fonction de leurs antécédents criminels mais aussi de leur personnalité et de leur comportement en détention. LUCAS préconisait ainsi une séparation des détenus en trois quartiers : le quartier d'épreuve pour les « *douteux* », le quartier d'espérance pour ceux qui « *donnaient l'espoir d'amendement* » et enfin le quartier d'exception pour « *les pervers récalcitrants* »². Cette individualisation subjective était pour LUCAS une des conditions permettant de contribuer à l'amendement des condamnés. Enfin, le choix d'un traitement pénitentiaire progressif sera lui aussi consacré par le droit positif avec l'introduction en août 1885 de la libération conditionnelle. L'adoption de cette mesure permettant au détenu de bénéficier d'une libération anticipée sous réserve d'une bonne conduite pendant sa détention traduit assez bien l'influence de l'école pénitentiaire en matière pénale. Cette combinaison originale entre individualisation subjective et progressivité au stade de l'exécution de la peine privative de liberté apparaît d'ailleurs encore aujourd'hui très novatrice puisqu'elle préfigure l'attention croissante accordée à l'exécution des peines³. On peut ainsi lire l'article 707 du Code de procédure pénale⁴ introduit par la loi du 9 mars 2004 comme la consécration tardive de certaines des idées phares de l'école pénitentiaire.

¹ Sur cette colonie, v. L. FORLIVESI, G.-F. POTTIER et S. CHASSAT, *Eduquer et punir - La colonie agricole et pénitentiaire de Mettray (1839-1937)*, Presses universitaires de Rennes, 2005.

² Sur cette question, v. J. PINATEL, *op. cit.*, p. 141.

³ Spécialement depuis la création en 1958 d'un juge de l'application des peines chargé de fixer les modalités de l'exécution des sanctions pénales telles que les peines privatives de liberté.

⁴ Spécialement ses alinéas 2 et 3 : « L'exécution des peines favorise, dans le respect des intérêts de la société et des droits des victimes, l'insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive (alinéa 2). A cette fin, les peines peuvent être aménagées en cours d'exécution pour tenir compte de l'évolution de la personnalité et de la situation du condamné. L'individualisation des peines doit, chaque fois que cela est

359 - La nécessité de rechercher l'amendement du délinquant est donc devenue, avec l'école pénitentiaire, un des buts fondamentaux de la sanction pénale, contribuant ainsi à l'adoption de certaines réformes importantes de la fin du XIX^e siècle. On peut dès lors regretter que ce courant de pensée essentiel soit généralement assez peu étudié par les auteurs. Ce désintérêt injustifié s'explique toutefois par le fait qu'un autre courant majeur, le positivisme italien, a véritablement éclipsé l'influence de l'école pénitentiaire sur le droit pénal de cette période. En proposant en effet de faire table rase du passé, le positivisme italien est à l'origine de la critique la plus profonde que le droit pénal classique ait jamais connue¹.

possible, permettre le retour progressif du condamné à la liberté et éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire (alinéa 3). »

¹ Un auteur qualifie à cet égard le système classique fondé sur la responsabilité morale et le système positiviste fondé sur la dangerosité comme des « *systèmes premiers de réaction sociale au crime* », A. GIUDICELLI, *Le fait de la personne atteinte d'un trouble mental, in Un droit pénal postmoderne ?, Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, 2009, p. 166.

§ 2 – L’individualisation scientifique de la sanction par le positivisme italien

360 - L’apport essentiel de l’école positiviste italienne a été de replacer l’homme au sein du droit pénal en déplaçant ainsi l’objet d’étude des pénalistes de l’infraction au délinquant (A), proposant de redéfinir tant le but de la sanction que la question de la mesure de celle-ci (B).

A- Une théorie subjective axée sur le délinquant, auteur de l’infraction

361 - Le système élaboré par les positivistes italiens à la fin du XIX^e siècle cherche à substituer à la responsabilité morale, fondement classique du système pénal, une responsabilité sociale qui place la défense de la société au cœur des préoccupations du droit pénal. On pourrait par conséquent penser que le délinquant n’a pas sa place dans un tel système de Défense sociale. La réalité est pourtant tout autre. Si l’accent est mis sur la protection de la société justifiant parfois la neutralisation de certains individus jugés dangereux, il reste que le système positiviste, attaché à la méthode scientifique et à l’observation des faits propose d’adopter une perspective totalement nouvelle qui met en avant, non le crime ou le criminel appréhendé de manière abstraite et objective, mais le délinquant. Cette conception nouvelle apparaît très bien chez FERRI qui précise dans l’introduction de sa *Sociologie criminelle* que : « [l’école positiviste] se propose l’étude complète du délit, non comme abstraction juridique, mais comme action humaine, comme fait naturel et social [et] par conséquent elle entreprend d’étudier non seulement le délit en lui-même comme rapport juridique, mais aussi et d’abord celui qui commet ce délit, c’est-à-dire le délinquant »¹.

362 - Ce choix de recentrer le droit pénal autour de l’étude du délinquant qui coïncide d’ailleurs avec le développement des nouvelles sciences humaines que sont la psychologie, la psychiatrie ou la sociologie apparaît fondamental². En effet, plus que les idées propres à

¹ E. FERRI, *La sociologie criminelle*, A. Rousseau, 1893, Introduction, I, n° 5.

² En cherchant à expliquer le crime au moyen des méthodes scientifiques de la fin du XIX^e siècle, l’école positiviste marque en effet la naissance d’une nouvelle discipline, pluridisciplinaire et autonome, la

chaque auteur de ce mouvement¹, ce changement de paradigme constitue l'apport essentiel de l'école positiviste en matière pénale. Cherchant à mettre en évidence les caractéristiques qui seraient propres aux criminels, les positivistes vont adopter une démarche scientifique inductive et tenter à partir de l'observation des faits d'élaborer une classification des délinquants selon leur personnalité. Chaque auteur va ainsi développer une classification en fonction de différents critères. Pour GAROFALO, il existerait quatre types de criminels selon leur degré de sens moral, et plus précisément de pitié ou de probité: les criminels atypiques ou assassins à qui il manque à la fois la pitié et la probité, les violents qui sont dépourvus de pitié, les *improbos* ou individus faisant preuve d'un manque de probité et enfin les cyniques qui, sans être dépourvu de sens moral, ne peuvent pas résister au crime². FERRI propose quant à lui une classification des délinquants en cinq catégories³ en fonction de plusieurs facteurs⁴. Il distingue alors les criminels fous⁵, les criminels-nés, les criminels habituels, les criminels par passion et les criminels d'occasion. Ce qu'il est intéressant de remarquer, c'est qu'à travers ces tentatives de classements qui peuvent paraître vaines, ces auteurs approfondissent des questions jusqu'alors inexploitées telles que le processus du passage à l'acte ou l'effet psychologique que la sanction pourra avoir sur ces délinquants. En cherchant à mettre en place une classification des délinquants, les positivistes vont ainsi présenter la question de la finalité de la sanction sous un jour nouveau.

B- Une conception positiviste originale de la sanction

363 - Toutes ces tentatives de classement des délinquants n'ont en effet pour but que de proposer des sanctions adaptées à chacun de ces délinquants. Ce faisant les positivistes ont

criminologie, dont l'objet d'étude sera aussi bien le crime que le criminel lui-même. Sur le rapport très étroit qu'entretiennent la criminologie et le concept de capacité pénale, v. *supra* n° 348 note 2.

¹ Critique virulente du libre arbitre et adoption d'un déterminisme social chez FERRI, volonté d'établir un système pénal de défense sociale chez GAROFALO ou démonstration scientifique d'un déterminisme anthropologique chez LOMBROSO.

² GAROFALO classe par exemple dans cette catégorie les délinquants sexuels qui commettent une infraction sous l'impulsion de leur désir sexuel.

³ Sur cette classification, E. FERRI, *op. cit.*, Chap. I, III, n° 22.

⁴ Qu'il s'agisse de facteurs anthropologiques ou de facteurs sociaux.

⁵ La référence à la folie est ici à prendre au sens de folie morale, non de maladie mentale proprement dite.

ainsi ouvert la voie à une réflexion nouvelle sur le sens de la peine¹. Comme le résume très bien un auteur « *la peine individualisée davantage selon la nature du délinquant, devient une « peine fonctionnelle », qui ne poursuit plus, comme au début du XVIIIe siècle, un seul but prédominant, celui de la vengeance, mais qui remplit différents buts de politique criminelle adaptés à la personnalité de celui qui doit être puni* »². La peine n'est donc plus ni une nécessité morale absolue comme chez KANT³, ni une souffrance infligée uniquement pour compenser la commission d'une infraction⁴. Elle devient alors comme l'écrit SALEILLES, « *un instrument de moralisation* » « *vis[ant] à une influence psychologique* »⁵ sur le délinquant. Sur ce point, l'école italienne partage avec l'école pénitentiaire la même vision finaliste de la peine, dans laquelle l'infraction et plus largement le passé du délinquant importent moins que son avenir. Ces deux mouvements s'opposent toutefois sur la finalité à reconnaître à la peine : recherche du relèvement moral pour les philanthropes de l'école pénitentiaire et défense de la société pour les positivistes italiens.

364 - Cette redéfinition globale du système pénal justifiée par l'adoption d'un nouveau fondement du droit de punir et par une mutation de la finalité de la sanction pénale conduit GAROFALO à s'interroger sur la question de la mesure de la sanction et surtout à chercher un critère pertinent d'individualisation de la sanction. Il plaide ainsi pour l'abandon du système classique fondé sur une proportionnalité établie *a priori* en fonction d'éléments objectifs tels que la gravité de l'infraction. Selon le criminaliste italien, il faut au contraire faire prévaloir un critère subjectif propre à l'auteur de l'infraction. Reprenant alors

¹ Cette réflexion qui s'intéresse plus au futur du délinquant, en recherchant son amendement qu'à son passé est également partagée par le mouvement pénitentiaire évoqué précédemment, v. *supra* 357.

² T. WURTENBERGER, *La doctrine de Frantz VON LISZT de la culpabilité et de la responsabilité pénale*, in *La Responsabilité pénale, Travaux du Colloque de philosophie pénale (12 au 21 janvier 1959)*, Dalloz, 1961, p. 330 et 331.

³ Rappelons que pour KANT, la punition n'a de seul but que la punition : « *[la peine] ne peut jamais être considérée simplement comme un moyen de réaliser un autre bien, soit pour le criminel lui-même, soit pour la société civile, mais doit uniquement être infligée, pour la seule raison qu'il a commis un crime* », E. KANT, *Métaphysique des mœurs, Première partie, Doctrine du Droit*, Vrin, 1979, p. 214.

⁴ « *La peine n'est pas seulement un mal infligé au délinquant ; elle constitue une institution humaine rendue nécessaire par des considérations d'opportunité sociale. « Peine finale », sa mission est d'adapter le délinquant à la société ; son but ultime de le reclasser* », T. WURTENBERGER, *op. cit.*, p. 329.

⁵ R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine, De Saleilles à aujourd'hui (réédition de la troisième édition de l'ouvrage de Raymond Saleilles et L'individualisation de la peine, Cent ans après Saleilles*, Erès, 2001, p. 101.

l'utilitarisme de ROMAGNOSI¹, il affirme cependant que l'important n'est pas de proportionner la peine à la culpabilité c'est-à-dire au degré de volonté matérialisé par l'infraction, mais au contraire au relâchement de la volonté ayant conduit le délinquant à commettre l'infraction ou comme l'explique GAROFALO « à la force de résistance à cette impulsion »². Le but poursuivi par le système positiviste n'est donc pas « d'établir la quantité de douleur pour laquelle nous aurons tarifé le vol d'après la valeur; c'est de désigner le moyen répressif exactement approprié, c'est-à-dire l'obstacle capable d'éloigner le danger [...] c'est dire, en des termes différents qu'au lieu de mesurer la quantité de mal qu'il faut infliger au criminel, nous essayerons de déterminer le genre de frein adapté à la spécialité de sa nature »³. On trouve dans ces quelques lignes l'essentiel de la pensée positiviste : la protection de la société par la recherche du moyen répressif le plus adapté à la personnalité du délinquant. Les réflexions de FERRI sur les criminels-nés illustrent également cette nouvelle façon de penser la peine puisqu'il insiste sur le fait que ces délinquants sont particulièrement réfractaires à la peine qui par conséquent perd toute efficacité⁴.

365 - La remise en cause, à partir du XIX^e siècle, de la conception rétributive classique du droit pénal ainsi que le développement d'une individualisation judiciaire de la sanction pénale peuvent être considérés comme les facteurs à l'origine de l'apparition du concept d'aptitude subjective à la sanction. Ces deux mouvements complémentaires traduisent en effet la volonté de substituer à un droit pénal objectif fondé sur l'infraction, un droit pénal beaucoup plus subjectif qui place le délinquant au cœur de la réflexion pénale. Cette plus grande place accordée au délinquant apparaît alors comme le « terreau » nécessaire à l'éclosion du concept de capacité pénale tel qu'on le définit aujourd'hui.

¹ Pour qui la sanction doit être conçue comme une contre-impulsion criminelle à l'impulsion criminelle : sur les idées de cet auteur, v. E. ROTMAN, *L'évolution de la pensée juridique sur le but de la sanction pénale*, RSC 1973, p. 165-166, ainsi que les références citées par l'auteur.

² R. GAROFALO, *La criminologie - étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, Félix Alcan, 2^e éd., 1890, p. 327.

³ R. GAROFALO, *op. cit.*, p. 327 et 328.

⁴ Pour ces délinquants d'habitude ou récidivistes, « la peine subie a [...] moins de force que la peine qui les menace ; elle n'en a même aucune, car ils considèrent la prison comme un asile où la nourriture leur est assurée », E. FERRI, *op. cit.*, loc. cit.

Section 2 :

La naissance du concept de capacité pénale

366 - L'apparition du concept de capacité pénale est assez complexe à retracer. L'expression même de « capacité pénale » est assez récente puisqu'elle apparaît pour la première fois à la fin du XIX^e siècle, sous la plume de SALEILLES¹. Si cet auteur est le premier à qualifier l'aptitude psychologique d'un délinquant à la peine de capacité pénale, il faut toutefois noter que ce concept était déjà en germe dans les travaux de certains auteurs se réclamant d'un mouvement doctrinal né à la fin du XIX^e siècle, la Défense sociale.

367 - Ce courant majeur qui est à l'origine de la création de l'Union internationale de droit pénal en 1889 vise ainsi à s'opposer aux principes classiques en vigueur en Europe tout en intégrant les apports de la doctrine positiviste italienne ou de l'école pénitentiaire. L'Union internationale de droit pénal envisage le droit criminel comme un outil de « *lutte contre la criminalité, envisagée comme phénomène social* »². Les statuts de ce groupement précisent ainsi qu'il convient de ne plus faire dépendre la durée de la peine de la seule gravité matérielle de l'infraction, préconisent de mettre les « *incorrigibles* » hors d'état de nuire le plus longtemps possible et affirment enfin l'importance de la prise en compte de l'amendement du condamné au cours de l'exécution de la peine. Si le programme de l'Union internationale de droit pénal semble donc réaliser la synthèse des courants doctrinaux de la fin du XIX^e siècle, il convient tout de même de relativiser cette analyse en notant, comme le regrette un auteur³, que ces statuts assez ambitieux finiront par être remplacés huit ans plus tard par de nouveaux statuts beaucoup plus conformes à une conception traditionnelle du droit pénal⁴.

368 - Aussi, afin de bien comprendre comment le concept de capacité pénale a vu le jour à la fin du XIX^e siècle, est-il nécessaire d'étudier sa lente maturation dans les doctrines de la

¹ C'est en tout cas, la première fois que ce terme est employé par un auteur français pour désigner l'aptitude à la peine. Sur l'apport (fondamental) de SALEILLES au concept de capacité pénale, v. *infra* n° 375 et s.

² Statuts de l'Union internationale de droit pénal adoptés en 1889.

³ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Cujas, 3^e éd., 1981, p. 81 et 82.

⁴ De nouveaux statuts furent adoptés à Lisbonne en 1897 aboutissant à « *transformer au bout de quelque temps ce grand foyer allègre et vivace en quelques braises soigneusement disséminées autour du vieil édifice de la responsabilité morale et de la peine-châtiment* », M. ANCEL, *op. cit.*, *loc. cit.*

Défense sociale représentée par l'Union internationale de droit pénal (§ 1) dans la mesure où ce courant a jeté les bases de ce que SALEILLES choisira de qualifier plus tard sous l'expression de capacité pénale (§ 2).

§ 1 – La lente maturation du concept de capacité pénale dans les doctrines de la Défense sociale de la fin du XIX^e siècle

369 - Fondé par le belge A. PRINS, l'allemand F. Von LISZT et le hollandais G. Van HAMEL, l'Union internationale de droit pénal symbolise très bien les idées du mouvement de Défense sociale qui se développe en Europe à la fin du XIX^e siècle. C'est donc vers les travaux de deux des fondateurs de cette institution qu'il faut se tourner si l'on veut comprendre le rôle joué par ce courant doctrinal dans la genèse du concept juridique de capacité pénale. Si l'on doit ainsi à A. PRINS le mérite d'avoir proposé une conception nouvelle du droit pénal (A), c'est chez F. Von LISZT que l'on trouve les prémices du concept de « capacité pénale » (B).

A- La conception nouvelle du droit pénal chez A. PRINS

370 - A. PRINS partage avec les utilitaristes une conception finaliste de la peine. Le but de celle-ci est pour le juriste belge la protection de la société, ce qui explique d'ailleurs qu'on qualifie généralement ce courant de pensée de mouvement de Défense sociale. Cette protection de la société passe aussi bien par la prévention des comportements délinquants¹ que par la répression. Toutefois, prenant acte de l'inefficacité du système pénal classique qui ne permet pas d'assurer une protection efficace contre la délinquance², A. PRINS propose d'abandonner le concept de responsabilité morale³ et de lui substituer la notion d'état

¹ Sur ce point le mouvement de défense sociale se rapproche des « *sostitutivi penali* » ou « *équivalents à la peine* » préconisés par FERRI, *La sociologie criminelle*, A. Rousseau, 1893.

² Et plus spécifiquement contre deux types d'individus réfractaires aux instruments traditionnels du système classique, les récidivistes et les criminels d'habitude.

³ Le système que PRINS entend établir est conçu comme un système indépendant et autonome comme il le rappelle à plusieurs reprises, notamment lorsqu'il écrit : « *le principe de la défense sociale dépasse l'horizon du droit pénal et de la pénalité* », *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Misch et Thron, 1^e éd.,

dangereux¹. En effet, comme il l'explique très bien : « *Il y a des circonstances où l'on ne peut plus, soit considérer la peine comme uniquement destinée à punir une faute morale et à améliorer le coupable, soit considérer la collocation comme uniquement destinée à traiter un malade, mais où il faut prendre des mesures de sécurité et de protection sociale contre des délinquants dont l'état est dangereux, peu importe d'ailleurs que ces délinquants soient normaux ou anormaux. Et c'est alors dans le mode d'application des mesures, qu'il restera à distinguer les individus susceptibles d'amélioration ou de guérison de ceux que l'on doit mettre hors d'état de nuire à la collectivité* »².

371 - Si nous avons choisi de reproduire *in extenso* ce passage de l'ouvrage de PRINS, c'est parce qu'il y expose de manière extrêmement claire, à la fois le fondement du système de Défense sociale qu'il défend mais aussi les moyens d'action qui devront être mis en œuvre pour y parvenir. Selon l'auteur belge, le fondement de l'intervention étatique doit être la protection de la société contre des individus dangereux. Ce faisant, la Défense sociale du début du XX^e siècle est assez proche de celle des positivistes italiens dont elle reprend certains concepts tout en refusant d'en adopter le dogmatisme et notamment le déterminisme³. La notion d'état dangereux qui sert de base à la politique criminelle prônée par PRINS apparaît ainsi comme l'expression de la *temibilità* chère à GAROFALO. En revanche, bien que les positivistes aient introduit à la fin du XIX^e siècle l'idée d'une individualisation subjective de la sanction, aucun des auteurs italiens n'a réellement poussé la question aussi loin que le mouvement de Défense sociale. Il dépasse en effet la simple individualisation subjective des positivistes, qui consistait à prévoir des mesures variables selon le type de délinquant, pour proposer une véritable individualisation subjective fondée sur la personnalité même du sujet. PRINS et Von LISZT partagent ainsi l'idée selon laquelle la peine doit être individualisée, c'est-à-dire adaptée à l'individu et mesurée en fonction de ses possibilités.

1910, p. 69. Notons que cet ouvrage a été réédité en 1987 dans la collection « *Déviances et Sociétés* » de *Médecine et Hygiène*.

¹ Il consacre d'ailleurs un chapitre entier à cette notion phare de sa doctrine, A. PRINS, *op. cit.*, Chap. IV, p. 70 et s.

² A. PRINS, *op. cit.*, Chap. IV, p. 74.

³ Comme le note très justement M. ANCEL, « *cette première école de la Défense sociale, soucieuse avant tout d'efficacité pratique, s'est efforcée d'échapper aux controverses théoriques et aux discussions relevant de la métaphysique juridique* », *Responsabilité et Défense sociale*, in *La Responsabilité pénale, Travaux du Colloque de philosophie pénale (12 au 21 janvier 1959)*, Dalloz, 1961, p. 358.

Selon PRINS, « pour choisir les mesures à prendre, c'est l'état permanent de l'individu qu'il faut considérer plus que son acte passager »¹. Mais c'est avec Von LISZT et son concept de « politique criminelle » qu'apparaîtront réellement les prémices de celui de capacité pénale.

B- Les prémices du concept de capacité pénale chez F. Von LISZT

372 - Le pénaliste allemand expose ses idées sur le but de la peine dans une leçon inaugurale à l'Université de Marbourg en 1882². Selon lui, la peine n'a pas d'autre but que la protection de la société ; elle ne doit par conséquent pas être tournée vers le passé comme l'affirment les théories fondées sur la rétribution, mais davantage vers l'avenir afin de prévenir la récidive. Pour parvenir à ce but, Von LISZT va classer les peines selon leur fonction et distinguer ainsi l'amendement, l'intimidation et la mise hors d'état de nuire. L'amendement qui vise à corriger le délinquant ne peut donc concerner que les « criminels capables d'être amendés et ayant besoin de l'être »³, tandis que l'intimidation s'adresse aux « criminels ayant besoin d'être intimidés »⁴ et doit consister en une détention alliant travail et éducation dans le cadre d'un régime progressif. La mise hors d'état de nuire concerne les « criminels inaptes à être amendés »⁵, c'est-à-dire ceux qu'on qualifiait généralement d'« incorrigibles »⁶ que la société doit d'enfermer pour assurer sa sécurité. Cette détention à perpétuité s'accompagne de travaux forcés et d'une perte des droits civils afin de souligner la neutralisation rendue nécessaire de ces individus dangereux.

¹ A. PRINS, *op. cit.*, Chap. IV, p. 75.

² Leçon à laquelle la doctrine fait parfois référence sous le nom de « programme de Marbourg », C. DEBUYST, F. DIGNEFFE, J.-M. LABADIE et A. P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine - T.2 : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, éd. Larcier, 2008, p. 334.

³ Cité par C. DEBUYST, F. DIGNEFFE, J.-M. LABADIE et A. P. PIRES, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴ *Ibidem.*

⁵ *Ibidem.*

⁶ Pour M. FOUCAULT, la figure de « l'incorrigible » apparaît entre le XVII^e et XVIII^e siècle du fait de la mise en place de techniques de discipline. « L'anormal » du XIX^e s. est, selon le philosophe, « un descendant de ces incorrigibles [...] apparus dans les marges des techniques modernes de "dressement" », M. FOUCAULT, *Les anormaux, Cours au Collège de France, 1974-1975*, Gallimard, 1999, p. 308-309. Notons que si cette terminologie n'a, heureusement, plus cours aujourd'hui, elle correspond de nos jours à la catégorie pénale des multi-récidivistes. Sur l'influence croissante de la récidive dans le droit positif actuel, v. *infra* n° 380 et s.

373 - A travers la distinction entre ces trois catégories de peines et donc de délinquants¹, apparaît une notion qui leur semble commune. Von LISZT vise en effet tour à tour « *les criminels capables d'être amendés* », ceux « *ayant besoin d'être intimidés* » et enfin ceux jugés « *inaptes à être amendés* ». La notion d'aptitude ou de besoin est donc présente dans la définition de chacune de ces sanctions et permet même de distinguer le régime applicable à chaque délinquant. Avec ces réflexions, Von LISZT apparaît comme le premier auteur à formuler de manière aussi explicite à la fois la nécessité de caractériser chez le délinquant une certaine sensibilité à la peine ou plus précisément au but poursuivi par la peine², mais également d'organiser le régime de la sanction en fonction de cette aptitude ou de ce besoin³. Cette individualisation subjective de la sanction en fonction de la personnalité du délinquant apparaît centrale dans l'œuvre de Von LISZT qui lui donne le nom de *politique criminelle* et la définit comme « *l'utilisation adéquate de la peine, en fonction de la personnalité du délinquant* »⁴. On peut considérer que, ce faisant, Von LISZT pose les bases de la capacité pénale telle qu'elle sera définie plusieurs dizaines d'années plus tard. En effet, si le concept de *politique criminelle* introduite par Von LISZT est à l'origine du concept de capacité pénale, c'est à SALEILLES que l'on doit sa formulation juridique.

§ 2 – La formulation du concept juridique de capacité pénale par SALEILLES

374 - S'il peut paraître à la fois difficile et ambitieux d'essayer d'attribuer la paternité d'une idée ou d'un concept à un auteur ou à un courant d'idées, cette recherche, dans le cas de la capacité pénale, semble intéressante dans la mesure où elle permet d'en souligner l'originalité. Il revient en effet à SALEILLES d'avoir transposé en matière pénale la notion civile de capacité (A). Cette innovation n'aurait toutefois qu'un intérêt limité si le célèbre

¹ Cette présentation tripartite des buts de la sanction a très certainement été influencée par les tentatives de classification des délinquants selon leur personnalité par l'école italienne.

² Von Liszt définit d'ailleurs la responsabilité comme « *la capacité de recevoir cette motivation qui est la raison d'être de la peine* », cité par M. MICHELON, *Les demis-fous et la responsabilité dite « atténuée »*, th. Paris, 1906, p. 98.

³ Le pénaliste allemand prend d'ailleurs soin de bien distinguer la question du fondement de la responsabilité pénale de celle de l'individualisation de la sanction pénale, comme le souligne un auteur : « *Ainsi, la notion de délinquant acquiert-elle sa pleine signification, non en tant que condition juridique préalable de la sentence pénale, mais surtout comme élément de fixation de la peine* », T. WURTENBERGER, *op. cit.* p. 339.

⁴ F. Von LISZT, *Traité de droit pénal allemand, T.I*, § 13, cité par M. ANCEL *La défense sociale nouvelle*, Cujas, 3^e éd., 1981, p. 320.

juriste français n'avait pas également précisé le rôle que cette aptitude à la sanction pouvait jouer (B).

A – L'introduction de la notion civile de capacité en matière pénale

375 - Reprenant les réflexions de F. Von LIZST, R. SALEILLES développe dans son célèbre ouvrage *L'individualisation de la peine*¹, la question de la responsabilité pénale des criminels dits « incorrigibles ». S'inscrivant alors dans la lignée des utilitaristes, SALEILLES soutient que le prononcé d'une peine suppose de pouvoir en comprendre le sens car la peine « vise à une influence psychologique »². Il oppose alors les criminels « ordinaires » qui peuvent encore être corrigés par la peine à ceux, qu'ils s'agissent des criminels « incorrigibles » ou des « aliénés », pour lesquels la peine n'a pas d'utilité car ils ne peuvent en comprendre le sens³. Au sujet des criminels incorrigibles, il affirme alors que « sur certaines natures perverses à fond la peine proprement dite ne produit plus d'effet ; pour ces sortes de nature il n'y a plus rien à attendre d'elles » et en conclut qu'« ils n'ont plus la capacité pénale. De même que les enfants ne l'ont pas encore, alors même qu'au fond ils seraient déjà responsables, de même le criminel de criminalité constitutionnelle a perdu son aptitude psychologique à la peine : il est redevenu un incapable au point de vue pénal »⁴.

376 - Cette réflexion issue des idées de la Défense sociale de la fin du XIX^e siècle est intéressante à plus d'un titre. Il s'agit tout d'abord de la première fois que l'expression « capacité pénale » est utilisée pour qualifier l'aptitude psychologique à la peine. En effet, même si l'idée d'une aptitude à la sanction était présente chez certains auteurs, notamment

¹ R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine, De Saleilles à aujourd'hui (réédition de la troisième édition de l'ouvrage de Raymond Saleilles et L'individualisation de la peine, Cent ans après Saleilles)*, Erès, 2001.

² R. SALEILLES, *op.cit.*, p. 101.

³ Cette conception de la peine est très proche de celle développée par le Professeur P. CUCHE dans un article intitulé *De la possibilité pour l'école classique d'organiser la répression pénale en dehors du libre arbitre*, *Annales de l'Université de Grenoble*, T. IX, n° 1, Gauthier-Villars & fils, 1897, p. 509 et s., spéc. p. 514 : « Il y a parmi les criminels des fous et des dégénérés auxquels l'application d'une peine ne saurait être profitable. Il faut les mettre à part, non pas comme irresponsables, car ils ne le sont pas moins que les hommes normaux, mais comme inaccessibles à l'influence moralisatrice de la peine ».

⁴ R. SALEILLES, *op.cit.*, *loc. cit.*

Von LISZT, SALEILLES est le premier juriste français¹ à la désigner comme une capacité pénale. Cette transposition originale du concept civil de capacité en matière pénale s'explique, selon nous, par le parcours tant personnel qu'universitaire de R. SALEILLES², ainsi que par les circonstances dans lesquelles il publie en 1898 son ouvrage sur l'individualisation de la peine. Après avoir soutenu en 1883 deux thèses de doctorat, une en droit romain sur la possession des meubles et une en droit français sur l'aliénation des valeurs mobilières par les administrateurs du patrimoine d'autrui, ce dernier a enseigné l'histoire du droit et le droit constitutionnel à Grenoble puis à Dijon. Durant cette période, SALEILLES s'intéresse au droit allemand et spécialement au premier projet de rédaction du Code civil allemand, publiant à partir de 1888, quelques études sur la partie du projet relative au droit des obligations³ puis en 1890 un *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*⁴. En 1895, il part à Paris où il y enseignera le droit pénal et la législation pénale comparée. C'est la même année, qu'est fondé le Collège libre des Sciences sociales au sein duquel SALEILLES assurera un cours sur les liens entre la sociologie et le droit dont il tirera en 1899 *L'individualisation des peines*, réédité en 1908 puis en 1927. La fin du XIX^e siècle est en effet marquée par l'intérêt des juristes pour les sciences sociales et en particulier la sociologie qui n'en est qu'à ses débuts⁵. L'introduction du concept de capacité en matière pénale est probablement le fruit de tous ces éléments et il ne semble donc pas étonnant que ce soit SALEILLES, ce « *non-conformiste (né) dans une période inventive* »⁶, qui soit à l'origine du concept de capacité pénale. Le génie de ce dernier est en effet d'avoir su traduire la pensée

¹ Du moins à notre connaissance.

² Sur cette question, v. J.-H. ROBERT, *Saleilles et le comparatisme*, *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, Vol. 12, 1991, p. 143 et s.

³ V. notamment *Sur la théorie de la capacité dans le Code civil pour l'Empire d'Allemagne, articles 2, 3, 6 et 104 à 115 du Code civil*, *Bulletin de la société de législation comparée*, Vol. 29 (1899-1900), p. 237 et s., dans lequel il évoque longuement la question de la capacité délictuelle du mineur, ainsi que son *Rapport sur la question de la protection des biens et de la capacité civile des aliénés*, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1904, p. 317 et s. (I^{ère} partie) et p. 410 et s. (II^e partie).

⁴ J.-H. ROBERT qualifie cet ouvrage de « *premier grand travail du comparatiste* » que fut R. SALEILLES, *op. cit.*, p. 144.

⁵ C'est à partir des années 1890 que L. DUGUIT à Bordeaux et que M. HAURIU à Toulouse commencent à assurer des cours libres en sociologie. Puis, en 1900 est créée l'École des hautes études sociales (EHES) rassemblant des sociologues et des juristes (parmi lesquels Ch. GIDE ou L. DUGUIT). Sur cette période, v. F. AUDREN, *Le droit au service de l'action - Éléments pour une biographie intellectuelle d'Emmanuel Lévy (1871-1944)*, *Droit et société*, 2004, n° 56-57, p. 79 et s., spéc. p. 84.

⁶ J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 143.

de Von LISZT encore inconnue à l'époque en France¹ en utilisant une notion juridique qu'il connaissait bien, la capacité. On aperçoit ainsi à travers les quelques études et rapports qu'il rédige entre la fin du XIX^e siècle et le début du XX^e siècle un réel intérêt du juriste français pour la notion de capacité à travers les questions de l'incapacité des mineurs² ou des aliénés³, de même qu'une volonté de ne pas cloisonner artificiellement le droit civil et le droit pénal⁴. Le rôle dévolu à la capacité pénale par SALEILLES est d'ailleurs révélateur de son approche civiliste de la notion de capacité.

B – Le rôle initialement assigné à la capacité pénale

377 - Le juriste français fait de l'aptitude à la peine une condition du prononcé de celle-ci. Cette conception de la capacité se rapproche de l'utilisation qui en est faite en matière civile. La capacité civile, aussi bien contractuelle que délictuelle, est en effet appréhendée comme une « capacité-condition » indispensable à la formation du contrat ou à la caractérisation d'une faute, permettant ainsi de distinguer les individus capables de s'obliger contractuellement ou délictuellement de ceux qui, au contraire, n'en sont pas capables. L'aptitude à la peine remplit chez SALEILLES un rôle assez similaire puisqu'elle apparaît comme un élément conditionnant le prononcé d'une peine, correspondant ainsi à la notion de « punissabilité », entendue comme l'aptitude à être sanctionné par une peine.

378 - On pourrait alors conclure de ce qui précède que le criminel endurci, reconnu incapable pénalement, doit ainsi être considéré comme irresponsable pénalement. Or, pour

¹ A. ARAGONESES, *Un jurista del modernismo, Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado*, Biblioteca del Instituto Antonio de Nebrija de estudios sobre la universidad, 2009, p. 36. [en ligne] <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/5778/1/BIAN-18-2009.pdf>

² Dans ses notes *Sur la théorie de la capacité dans le Code civil pour l'Empire d'Allemagne, articles 2, 3, 6 et 104 à 115 du Code civil*, il évoque tour à tour les notions de capacité légale, de capacité de fait, de capacité naturelle, d'incapacité absolue ou relative, *op. cit.*, p. 238 et 239.

³ *Rapport sur la question de la protection des biens et de la capacité civile des aliénés*, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1904, p. 410 et s. (II^e partie).

⁴ R. SALEILLES cite même à la fin de ses notes relatives à la théorie de la capacité dans le Code civil allemand un article de Von LISZT sur les zones frontalières entre le droit privé et le droit pénal (*Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht*), *op. cit.*, p. 239.

SALEILLES, l'incapacité pénale n'équivaut pas à une impunité totale¹. En effet, bien qu'aucune peine ne puisse être infligée à un individu incapable de comprendre sa fonction moralisatrice, d'autres mesures restent néanmoins possibles. On retrouve ici la distinction classique entre les peines qui visent à sanctionner la commission d'une infraction et les mesures de sûreté, dénuées de coloration morale et visant à faire cesser l'état dangereux du délinquant². Si l'incapacité pénale empêche le prononcé d'une peine, elle n'empêche pas celui d'une mesure de sûreté. Bien qu'il ne développe pas cette question de manière approfondie, SALEILLES donne alors à la notion d'aptitude à la sanction un rôle assez original, puisqu'il fait de celle-ci le critère de distinction entre la sanction pénale et la mesure de sûreté : selon la présence ou l'absence de cette capacité chez le délinquant, le régime qui lui sera applicable et les mesures qui en découleront pourront varier. En plus de son rôle négatif permettant d'empêcher le prononcé d'une sanction pénale³, la capacité pénale telle que la conçoit SALEILLES aurait donc également un rôle positif, celui d'être un critère permettant de distinguer la peine de la mesure de sûreté.

379 - Le célèbre juriste français se réfère sur ce point à l'avant-projet de Code pénal suisse élaboré par C. STOOS en 1893. Directement inspiré des idées de l'Union internationale de droit pénal et notamment de la nécessité d'une *politique criminelle* telle que la définissait Von LISZT, c'est-à-dire une adaptation de la peine à la personnalité du délinquant, le projet STOOS cherchait à bâtir un système juridique cohérent fondé sur une complémentarité entre les peines et les mesures de sûreté⁴. Ainsi, le Code pénal suisse qui ne verra finalement le jour qu'en 1937 conserve les notions classiques de responsabilité morale, de culpabilité ou de peine rétributive. Toutefois, il prévoit également des mesures de sûreté à l'égard de ceux pour lesquels une peine classique n'aurait pas de sens : aliénés, anormaux, mineurs mais aussi

¹ L'auteur tient d'ailleurs à le préciser expressément afin d'éviter toute confusion : « *Mais l'incapacité pénale n'est pas forcément l'irresponsabilité* », R. SALEILLES, *op.cit.*, p. 101 et 102.

² A cette époque, les mesures de mesures de sûreté étaient peu nombreuses. On peut ainsi citer l'hospitalisation d'office de nature administrative des aliénés ou la relégation des incorrigibles.

³ Rôle négatif qui découle du concept même de capacité juridique.

⁴ Comme le note avec enthousiasme un auteur : « *Pour la première fois, un système cohérent [...] était édifié avec une lucidité, une précision et une maîtrise remarquables. [...] Une notion nouvelle de l'individualisation, de plus larges pouvoirs accordés au juge pénal aussi bien que l'instauration délibéré d'un système de mesures de sûreté devaient constituer les signes essentiels d'une législation pénale moderne. [...] Le droit pénal du XX^e siècle était né* », M. ANCEL, *Le Code pénal suisse et la politique criminelle moderne, Revue pénale suisse*, 1958, p. 168.

délinquants d'habitude, alcooliques, etc. Sur ce point, le Code pénal suisse se montre beaucoup plus large et pragmatique que les classifications des positivistes ou de Von LISZT. Tout individu est en effet susceptible d'entrer dans cette catégorie : l'apparition d'un trouble mental, le développement insuffisant des facultés mentales, voire le fait qu'il s'agisse d'un délinquant d'habitude ou d'un alcoolique peuvent justifier le choix de mesures de sûreté plutôt que de peines classiques. La législation pénale suisse établit alors un système dualiste dans lequel peines et mesures de sûreté sont amenées à se compléter, non à s'opposer. Le système mis en place en 1937, bien que prévoyant un système cumulatif entre la peine et la mesure de sûreté, comme c'est le cas dans la plupart des législations de la première moitié du XX^e siècle, s'apparente en réalité à un système alternatif dans lequel le juge peut choisir de substituer la peine à la mesure de sûreté ou bien l'inverse. En effet, le point central de ce Code pénal suisse est la notion de *politique criminelle* chère à Von LISZT. Les peines et les mesures de sûreté ne sont proposées que pour permettre au juge de choisir la mesure la plus adaptée aux besoins et à la personnalité du délinquant. Ce régime peut donc être rapproché de la capacité pénale telle que la définissait SALEILLES, c'est-à-dire un outil pertinent permettant de distinguer le système répressif *stricto sensu* constitué par des peines d'un système extra-pénal constitué de mesures de sûreté ou de protection. Le rôle de la capacité pénale serait alors d'orienter le juge afin de choisir le type de régime adapté aux possibilités et aux besoins de l'individu.

380 - On peut donc considérer, au côté de certains auteurs¹, l'avant-projet STOOS et le Code pénal suisse comme la première² véritable consécration en droit positif d'un système juridique fondé sur le concept de capacité pénale. En choisissant de remplacer la distinction théorique classique entre la peine et la mesure de sûreté par le critère beaucoup plus pertinent et pragmatique de la capacité pénale du délinquant, la législation pénale suisse du début du XX^e

¹ « Certains critiques, trop étroitement imbus de l'exemple italien de 1930, ont pu regretter que le Code suisse n'ait défini directement et systématiquement ni l'imputabilité, ni la périculosité pour en faire la base d'une distinction dogmatique entre les peines et mesures de sûreté. Il s'est au contraire judicieusement contenté de la notion plus concrète de punissabilité ou de capacité pénale, substituant ici un critère concret et pratique à une abstraction juridique », M. ANCEL, *op. cit.*, p. 180 et 181.

² Le Code pénal norvégien de 1902, inspiré des idées de défense sociale de l'Union internationale de droit pénal est chronologiquement le premier Code pénal consacrant un système dualiste de peines et de mesures de sûreté, ouvrant ainsi la voie à d'autres pays comme l'Italie, la Belgique ou le Danemark en 1930, la Pologne en 1932. Avec son avant-projet de 1893, C. STOOS reste néanmoins considéré comme l'initiateur de ce mouvement.

siècle met ainsi en œuvre « *un système unitaire de réaction sociale où le choix de la sanction ne repose plus sur l'analyse abstraite de cette sanction, mais sur la réalité concrète que constituent la personnalité du délinquant et son aptitude à recevoir une peine ou un traitement individualisé de caractère extra-pénal* »¹.

381 - La genèse de la conception juridique de la capacité pénale illustre donc la mutation la plus importante qu'ait connue le droit pénal moderne. Critiqué pour sa rigidité et confronté au développement des sciences de l'homme qui connaissent un réel succès, le droit pénal a été contraint de se réinventer afin de prendre en compte les apports de ces nouvelles disciplines. C'est dans ce contexte si particulier que s'est formé le concept de capacité pénale, défini par SALEILLES comme l'aptitude subjective à la peine. Toutefois, aussi prometteur soit-il, le concept de capacité pénale n'est, au début du XX^e siècle, qu'un concept théorique dont les implications pratiques restaient encore à préciser. Cette première approche conceptuelle de la capacité pénale appelait donc nécessairement la doctrine à une seconde approche, plus fonctionnelle, mettant l'accent non plus sur son contenu, mais sur son rôle en matière pénale.

¹ M. ANCEL, *op. cit.*, p. 181

Chapitre II :

Le rôle de la capacité pénale

382 - Si la capacité pénale définie par SALEILLES comme l'aptitude psychologique d'un délinquant à une sanction est apparu à la fin du XIX^e siècle, il faudra toutefois attendre le siècle suivant pour que les premières applications pratiques de celui-ci voient le jour. Outre la loi de 1912 réformant le droit pénal des mineurs¹, c'est surtout le mouvement de « prophylaxie criminelle »² touchant, à partir de 1930³, toute l'Europe⁴ qui illustre le mieux l'émergence d'une prise en compte de la question de l'aptitude du délinquant à une sanction. Ce courant est directement inspiré des idées de la Défense sociale de PRINS ou de Von LISZT. Prônant le recours à des mesures de sûreté afin de lutter contre la dangerosité de certains délinquants⁵ pour lesquels la répression classique se révèle inefficace, il vise ainsi à mettre en œuvre un véritable « traitement »⁶ de la délinquance au moyen d'une « collaboration médico-judiciaire »⁷, entre médecins et praticiens du droit⁸. Si l'essor de ce mouvement de prophylaxie criminelle témoigne de l'intérêt porté à la question de l'aptitude à la sanction, il s'agit toutefois de réformes assez limitées, le législateur n'ayant pas cherché à élaborer un véritable système cohérent de mesures applicables à tous les délinquants. Les mesures de sûreté ou de défense sociale créées au début du XX^e siècle ne sont pas réellement

¹ Sur cette loi, v. infra n° 472.

² V. l'étude de ce mouvement par M. ANCEL, *op. cit.*, p. 141 et s.

³ Certains auteurs emploient d'ailleurs l'expression « législation pénale de 1930 » pour désigner ce mouvement, v. notamment M. ANCEL, *Défense sociale et prophylaxie criminelle, Hommage à Georges HEUYER, Pour un humanisme médico-social*, PUF, 1961, p. 142.

⁴ On peut ainsi citer notamment l'article 222 du Code pénal italien de 1930, bien l'article 70 du Code pénal danois de 1930, la loi de défense sociale belge de 1930, la loi espagnole de 1934 sur le vagabondage ou enfin l'article 14 du Code pénal suisse de 1937.

⁵ Qu'il s'agisse des aliénés, des anormaux mentaux ou des récidivistes.

⁶ Au sens médical. Le choix même du terme de « prophylaxie » traduit bien la dimension aussi bien médicale que juridique de ce mouvement puisqu'elle désigne « la partie de la médecine qui a pour objet les précautions propres à préserver de telle ou telle maladie », v° « Prophylaxie », *Le nouveau Littré*, Garnier, 2007.

⁷ V. *La prophylaxie criminelle et la collaboration médico-judiciaire*, P. SCHIFF, *RSC* 1936, p. 749 et s.

⁸ Un décret du 22 mai 1936 instituera d'ailleurs un Conseil supérieur de prophylaxie criminelle afin d'étudier et de proposer toutes les mesures utiles pour lutter contre le crime et un Centre national de prophylaxie criminelle chargé d'assurer l'examen et le traitement des prévenus et des condamnés.

intégrées au système pénal traditionnel¹ et restent par conséquent limitées à des catégories de délinquants particuliers². Cette difficulté à concilier les apports de la Défense sociale avec le droit pénal classique se traduit en pratique par l'institution d'un système répressif dualiste, également qualifié de « *double voie* »³, dans lequel des mesures de sûreté coexistent à côté des peines classiques. Au-delà de cette dichotomie fonctionnelle, ce système dualiste traduit surtout l'absence d'une réelle intégration du concept de capacité pénale en droit pénal, limitant la portée et le rôle de ce dernier. Conscients des inconvénients de ce système dualiste, plusieurs mouvements doctrinaux vont alors tenter d'intégrer le concept de capacité pénale au sein d'un système pénal cohérent dans lequel la réceptivité du délinquant à une peine aurait une véritable place.

383 - Malgré la diversité de ces mouvements doctrinaux ayant tenté de « systématiser »⁴ la capacité pénale, deux conceptions principales peuvent être identifiées en fonction de la place qu'ils réservent à ce concept. Un premier courant se caractérise par la volonté de donner à l'aptitude à la peine un rôle maximal, cette dernière pouvant ainsi prétendre à se substituer à la responsabilité. D'autres auteurs, attachés à la signification rétributive de la responsabilité, vont adopter une démarche moins radicale, en faisant de la capacité pénale un outil pertinent destiné à compléter la responsabilité. Autrement dit, à une approche maximaliste consistant à remplacer le système pénal classique par un autre, fondé sur la capacité à la sanction du délinquant (Section 1), s'oppose une approche plus modeste dans laquelle cette dernière vise plus simplement à compléter la responsabilité pénale (Section 2).

¹ Un auteur explique cette situation par le fait que ces mesures nouvelles sont en perpétuelle évolution et font donc l'objet de réformes fréquentes, ce qui rend plus difficile leur intégration au système pénal : M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Cujas, 3^e éd., 1981, p. 96. On peut également soutenir qu'en raison de leur nature, ces mesures d'un nouveau type nécessitent un certain délai pour être assimilées par le système pénal classique.

² V. ainsi la relégation pour les incorrigibles, les mesures éducatives pour les mineurs, les mesures de traitement pour les anormaux mentaux, l'expulsion et l'assignation à résidence des étrangers, etc.

³ Selon ce système, la peine *stricto sensu* est considérée comme sanctionnant la responsabilité morale de l'individu et est donc réservée aux individus « normaux », tandis que la mesure de sûreté, qui vise à combattre l'état dangereux, est par conséquent réservée aux anormaux, aux aliénés ou aux délinquants d'habitude, inaptes à une sanction pénale classique.

⁴ V° « *Systématiser* » : « *Réunir des faits ou des opinions en un seul corps de doctrine.* », *Le nouveau Littré*, Garnier, 2007.

Section 1 :

L'approche maximaliste de la capacité pénale

384 - On peut parler d'approche « maximaliste » dans la mesure où certains auteurs ont essayé de substituer à la responsabilité pénale, le concept, plus adapté selon eux, de capacité pénale. Ebranlée notamment par les réflexions des positivistes, la conception classique de la responsabilité pénale est en effet de plus en plus remise en cause. Le développement de la psychiatrie à partir de la fin du XIX^e siècle apparaît ainsi comme le moyen permettant au juge d'approcher et de connaître le criminel, consacrant ainsi l'idée des positivistes italiens selon laquelle il était nécessaire de développer des méthodes scientifiques de lutte contre la délinquance, afin d'éviter d'adopter une approche uniquement juridique du phénomène criminel.

385 - Une collaboration étroite entre le droit pénal et la psychiatrie va alors naître, comme le symbolise l'essor de l'expertise médico-légale au début du XX^e siècle¹, ancêtre de l'expertise psychiatrique que connaît le droit pénal contemporain. C'est dans ce contexte que certains psychiatres et experts près des tribunaux du début du XX^e siècle, reprochant au concept de responsabilité son caractère métaphysique et sa trop grande rigidité, vont proposer d'abandonner, dans le cadre de l'expertise médico-légale, le concept de responsabilité pour le remplacer par celui, plus fonctionnel, de capacité pénale. Cette proposition peut être considérée comme la première tentative visant à intégrer le concept de capacité pénale en matière répressive. Aussi originale et innovante soit-elle, la réflexion développée par les psychiatres du début du siècle reste néanmoins limitée et nécessitait d'être approfondie.

386 - Ce n'est qu'après la Seconde guerre mondiale que va ainsi se développer un mouvement doctrinal qui cherchera à proposer un nouveau modèle de justice pénale dans lequel la réceptivité de l'auteur de l'infraction à une peine joue un véritable rôle. La Défense sociale de la seconde moitié du XX^e siècle se présente en effet comme la synthèse des idées

¹ Si la psychiatrie est apparue et s'est développée à partir de la Révolution française, c'est avec le développement de la médecine aliéniste au XIX^e s. que cette discipline a acquis une véritable place en matière pénale.

du positivisme italien et de l'Union internationale de droit pénal. Soulignant lui aussi les insuffisances du concept classique de responsabilité pénale, ce courant souhaite réformer profondément le système pénal afin de donner une plus grande place au délinquant. La Défense sociale moderne prône ainsi une individualisation subjective de la sanction fondée sur la personnalité du sujet. Ce faisant, ce mouvement jouera un rôle fondamental dans la systématisation du concept de capacité pénale.

387 - C'est pourquoi il faut étudier l'utilisation originale de ce concept par les psychiatres du début du XX^e siècle (§ 1), avant de voir que ce sont les doctrines modernes de la Défense sociale qui parviendront à le consacrer comme un concept fonctionnel fondamental du droit pénal moderne (§ 2).

§ 1 – La conception scientifique de la capacité pénale des psychiatres du début du XX^e siècle

388 - Malgré l'importance du rôle qu'a joué SALEILLES dans l'émergence de ce concept, c'est généralement à un autre auteur qu'est attribuée la paternité de celui-ci, le médecin et psychiatre français M. LAIGNEL-LAVASTINE. Si ce dernier n'est pas, on l'a vu, à l'origine de l'expression même de « capacité pénale » pour désigner l'aptitude psychologique d'un délinquant à la peine, le médecin développe toutefois une analyse originale de celle-ci, synthétisant ainsi les difficultés auxquelles sont confrontés les psychiatres du début du XX^e siècle. C'est dans ce contexte que M. LAIGNEL-LAVASTINE en s'inspirant des travaux de SALEILLES, proposera de faire de la capacité pénale, un concept fonctionnel permettant de pallier les insuffisances du droit pénal. L'originalité de l'approche de ce médecin apparaît aussi bien le domaine qu'il assigne à la capacité pénale (A) que dans son rôle (B).

A – Le domaine spécifique de la capacité pénale chez LAIGNEL-LAVASTINE

389 - Lorsque cet auteur évoque la question de l'aptitude à la sanction, il se réfère à un domaine bien particulier : l'expertise médico-légale. La capacité pénale doit en effet permettre

à l'expert de remplir correctement sa tâche tout en lui évitant de sortir du rôle qui est le sien. Le médecin propose alors de substituer à la notion complexe et critiquée de responsabilité, le concept fonctionnel et pragmatique de capacité pénale (1). L'intérêt de celui-ci est son caractère scientifique, presque technique, puisqu'il permet à l'expert de mesurer plus précisément que la responsabilité l'aptitude à la sanction du délinquant, comme le prouve les critères d'évaluation de la capacité pénale qu'avance LAIGNEL-LAVASTINE (2).

1- La substitution de la capacité pénale à la responsabilité pénale dans le cadre de l'expertise médico-légale

390 - Si l'expression « capacité pénale » est apparue à la fin du XIX^e siècle et a été ensuite reprise par quelques auteurs¹, ce n'est qu'en 1919 qu'on trouve une étude détaillée sur ce concept. On la doit à un médecin, également expert auprès des tribunaux, M. LAIGNEL-LAVASTINE qui consacre un chapitre entier à la capacité pénale dans le manuel de psychiatrie qu'il a coécrit avec A. DELMAS et A. BARBE. Médecin de formation, LAIGNEL-LAVASTINE s'intéresse à la neurologie, à la psychiatrie et à la criminologie, intérêt le conduisant à assurer la partie relative à la médecine légale de ce traité. Après un chapitre introductif relatif à l'objet de la médecine légale, l'auteur choisit d'étudier « *l'expertise médico-légale psychiatrique* » puis consacre un chapitre entier à la capacité pénale. Critiquant l'expression « *responsabilité pénale* » qu'il juge trop imprécise et surtout insuffisamment scientifique, il propose de la remplacer² par celle, plus adaptée selon lui, de « *capacité pénale* »³. Pourquoi cette substitution ?

¹ V. notamment l'utilisation particulière de ce terme par P. FAUCONNET dans sa thèse, *La responsabilité, Étude de sociologie*, Félix Alcan, 1920, spéc. p. 26 et p. 90.

² Il est important de garder à l'esprit que le Professeur LAIGNEL-LAVASTINE est un praticien et surtout qu'il est médecin et non juriste. Sa critique de la responsabilité n'est donc pas similaire à celle des positivistes italiens par exemple, qui proposaient de substituer à la responsabilité morale du droit pénal une responsabilité « sociale ».

³ « *Puisque certains auteurs n'aiment pas, au criminel, qu'on emploie le terme de responsabilité qui leur paraît cacher dans ses syllabes un reliquat de métaphysique, je propose, par analogie avec les problèmes judiciaires civils, de le remplacer par le terme plus large de capacité pénale* », M. LAIGNEL-LAVASTINE, A. DELMAS, A., BARBE, *La Pratique psychiatrique (sic) à l'usage des étudiants et des praticiens*, Baillière, 1^e éd., 1919, réédité en 1929, p. 514 et 515. On peut regretter que le psychiatre n'ait pas choisi de préciser davantage le domaine de cette capacité pénale en la qualifiant par exemple de capacité pénale à la sanction.

391 - Le médecin évoque en réalité une situation bien particulière et qui suscite beaucoup de discussions à l'époque : le rôle de l'expert en matière pénale¹. Le début du XX^e siècle est en effet marqué par l'essor de la psychiatrie et le développement de ce qu'on appelait la médecine aliéniste². Lorsqu'un individu jugé pour une infraction pénale présentait des signes de troubles mentaux, le juge pouvait alors ordonner une « expertise médico-légale psychiatrique »³. Or, il n'était pas rare que le juge pénal demande à l'expert de se prononcer sur la responsabilité ou l'irresponsabilité d'un individu. Pourtant, comme le souligne un auteur, il est très important de ne pas confondre la tâche de l'expert et celle du juge : « *L'expert a pour tâche, strictement limitée, l'analyse d'une volition dans ce qu'elle comporte de volonté anormale, quelles que soient les raisons et les causes de cette anormalité. [...] Le magistrat reprend le bilan fourni par l'expert, délibère sur les conclusions relatives au degré d'irresponsabilité. Cette dernière opération n'incombe donc nullement à l'expert ; c'est un acte auquel il n'a rien à voir* »⁴. De nombreux auteurs, souvent médecins et experts, critiquaient ce dessaisissement progressif du juge en faveur de l'expert car il conduisait à demander à l'expert de trancher la question de la responsabilité de l'individu à juger⁵. Cette critique s'est d'ailleurs faite plus virulente à la suite de la fameuse circulaire « Chaumié » du 12 décembre 1905 qui met les experts en demeure « d'indiquer avec la plus grande netteté possible dans quelle mesure l'inculpé était, au moment de l'infraction, *responsable* de l'acte

¹ Pour un exemple des débats relatifs à cette question, v. le rapport de G. BALLETT et les discussions du Congrès des médecins aliénistes et neurologistes de France et des pays de langue française à Genève le 1^{er} août 1907 : G. BALLETT, *L'expertise médico-légale et la question de responsabilité*, Rapport au XVII^e Congrès des médecins aliénistes et neurologistes de langue française à Genève le 1^{er} août 1907, 1^{ère} éd. 1907, réédité par L'Harmattan en 1999.

² Les travaux de P. PINEL et de J.-E. ESQUIROL au début du XIX^e siècle marquent le début de la médecine aliéniste comme une branche autonome de la médecine qui fait de la maladie mentale son objet d'étude.

³ Le chapitre précédent celui relatif à la capacité pénale dans le manuel de psychiatrie de MM. LAIGNEL-LAVASTINE, DELMAS et BARBE est d'ailleurs consacré à l'expertise médico-légale psychiatrique : *op. cit.*, Chap. II, p. 521 et s.

⁴ J. DALLEMAGNE, *La volonté dans ses rapports avec le droit pénal*, Masson, 1895, p. 200 et 201.

⁵ V. ainsi l'anecdote citée par V. STANCIU : « *A la Cour d'assises de Versailles, nous avons, dans la même semaine, assisté à deux procès dans lesquels la question se posait de savoir si les accusés étaient anormaux. Le médecin expert, devant la Cour et le jury, s'expliquait sur son expertise. Grande fut notre surprise en écoutant son langage. Il parlait de « responsabilité complète », de « responsabilité atténuée » et « d'irresponsabilité ». Comme il s'agissait d'un expert très réputé au palais, nous lui avons posé, après la suspension d'audience, quelques questions, en lui exprimant notre étonnement de le voir user d'une terminologie anti-scientifique. "Oui, Monsieur, vous avez raison, me répondit-il, mais nous sommes obligés, devant une justice où l'on ignore les notions élémentaires de psychiatrie (sic), de parler le même langage que celui que l'on y emploie" », V. STANCIU, *La capacité pénale, Le problème de la responsabilité*, RDPC, 1938, p. 854 et s. Cette anecdote donne raison à un juriste pour qui « *le juge et son expert font un couple mal assorti, que divise la différence des points de vue et des langues* », R. VOUIN, *Le juge et son expert*, D. 1955, p. 133.*

qui lui est imputé »¹. Cette circulaire traduisait très bien le glissement progressif de la mission attribuée aux experts puisqu'elle les invitait expressément à trancher une question de responsabilité qui en principe incombe au juge. Juridiquement, l'expert n'a pourtant qu'un rôle consultatif, celui d'éclairer le juge² sur une question d'ordre technique³.

392 - La proposition consistant à substituer au concept de responsabilité, celui, plus adapté, de capacité pénale s'inscrit donc dans un mouvement global de remise en cause de la pratique des expertises médico-légales du début du siècle et doit alors être comprise comme la volonté de restituer à l'expert son véritable domaine de compétence : une analyse médico-légale visant à établir les relations entre l'infraction et l'état mental du prévenu ou de l'accusé au moment des faits⁴. Les discussions du Congrès des médecins aliénistes et neurologistes de France et des pays de langue française à Genève le 1^{er} août 1907 furent particulièrement révélatrices de l'ardeur des débats sur cette question⁵. En effet, dans son rapport, le Professeur G. BALLET souhaitait restituer à l'expertise médico-légale le champ qui est le sien, à savoir

¹ Circulaire du garde des Sceaux du 12 décembre 1905.

² Comme l'écrit F. HELIE dès le milieu du XIX^e siècle : « *L'inspection judiciaire ne suffit pas dans tous les cas pour constater le corps du délit ; cette constatation exige souvent des connaissances spéciales qui manquent au juge et qu'il supplée en appelant le concours des hommes qui les possèdent. Ces hommes lorsqu'ils sont consultés par la justice, prennent le nom d'experts* », F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle ou Théorie du Code d'instruction criminelle - T.4 : De la police judiciaire*, Plon, 2^e éd., 1866, n° 1889. D'ailleurs, les conclusions de l'expert ne lient pas le juge qui garde la possibilité de ne pas tenir compte des éléments fournis par l'expert (v. par ex. : Crim. 6 juin 1979 : *Bull. Crim.* n° 194), voire d'ordonner une contre-expertise.

³ Art. 156, al. 1^{er} du Code de procédure pénale : « Toute juridiction d'instruction ou de jugement, dans le cas où se pose *une question d'ordre technique*, peut, soit à la demande du ministère public, soit d'office, ou à la demande des parties, ordonner une expertise. Le ministère public ou la partie qui demande une expertise peut préciser dans sa demande les questions qu'il voudrait voir poser à l'expert. ».

⁴ Ce n'est qu'en 1958 qu'une circulaire d'application du Code de procédure pénale consacra tardivement ce souhait en précisant le type de questions qui peuvent être posées à l'expert. Les questions sont habituellement rédigées de la sorte :

« - l'examen de la personne poursuivie révèle-t-il chez elle des anomalies mentales ou psychiques ? Le cas échéant, les décrire et préciser à quelles affections elles se rattachent.

« - l'infraction qui lui est reprochée est-elle ou non en relation avec de telles anomalies ?

« - cette personne présente-t-elle un état dangereux ?

« - est-elle accessible à une sanction pénale ?

« - est-elle curable ou réadaptable ? »

⁵ Rappelons que ce Congrès a eu lieu environ un an et demi après la circulaire du 12 décembre 1905, dite « circulaire Chaumié » consacrant explicitement le glissement du rôle de l'expert. Selon le Docteur D. ZAGURY, le Professeur BALLET, rapporteur lors du Congrès de 1907, « *contient à peine sa colère et sa passion devant la modération suspecte des organisateurs du Congrès, soucieux de ne point trop choquer, qui ont édulcoré le titre de son rapport, en ont gommé l'invective polémique* » [NDLR : initialement, le rapport de G. BALLET était intitulé : « En matière d'expertise mentale, les questions de responsabilité sont-elles du domaine médical ? »], *L'expertise médico-légale et la question de responsabilité, op. cit.*, préface, p. II et III.

une analyse clinique permettant de démontrer si l'individu en cause est sujet à une perturbation cérébrale et de déterminer s'il existe un rapport entre cette perturbation et la commission de l'infraction. Il rejetait par conséquent avec véhémence toute évaluation du degré de responsabilité de l'individu, question qui relève, selon lui, du droit et non de la médecine, point de vue partagé par la plupart de ses confrères¹. Il plaidait en outre pour la suppression de l'utilisation du terme « responsabilité » dans les expertises médico-légales² car il jugeait ce terme inadapté car trop emprunt de morale et de métaphysique³.

393 - Les discussions du Congrès de Genève en 1907 démontrent pourtant la difficulté de trouver un terme adéquat pour remplacer celui de « responsabilité ». Ont ainsi été proposés : « punissabilité », « faillibilité », « capacité mentale » ou bien « aptitude à agir raisonnablement qui résulte de l'état mental du sujet »⁴. Constatant, comme il l'écrira plus tard, que personne n'a « encore proposé de mot nouveau, meilleur que celui de responsabilité »⁵, le Professeur GRASSET accepte quant à lui de le conserver sous réserve toutefois de le compléter par un épithète permettant de bien en définir le domaine. Il propose alors que l'on emploie, dans le cadre de l'expertise médico-légale, l'expression

¹ Citons notamment le Professeur DUBOIS, expert auprès du tribunal : « Tous les renseignements que pourra vous fournir mon expérience médicale, doivent servir non pas à élucider la question oiseuse de la responsabilité, mais à fixer l'opportunité des moyens de la répression », P. DUBOIS, *Les psychonévroses et leur traitement moral*, paru en 1919 et réédité par L'Harmattan en 2007, p. 88.

² Ce que lui reprochera d'ailleurs le Professeur GRASSET dans les discussions suivant l'exposé du rapport de G. BALLEET, v. ainsi G. BALLEET, *L'expertise médico-légale et la question de responsabilité*, op. cit., p. 37 et s.

³ V. ainsi les propositions émises par G. BALLEET au terme de son rapport :

« Considérant :

1° que l'article 64 du Code pénal, en vertu duquel les experts sont commis pour examiner les délinquants ou inculpés suspectés de troubles mentaux, dit simplement qu'il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu était en état de démence au moment de l'action, que le mot responsabilité n'y est pas écrit ;

2° que les questions de responsabilité, qu'il s'agisse de la responsabilité morale ou de la responsabilité sociale, sont d'ordre métaphysique ou juridique, non d'ordre médical ;

3° que le médecin, seul compétent pour se prononcer sur la réalité et la nature des troubles mentaux chez les inculpés, et sur le rôle que ces troubles ont pu jouer sur les déterminations et les actes desdits inculpés, n'a pas à connaître de ces questions ;

Emet le vœu :

Que les magistrats dans leurs ordonnances, leur jugements ou leurs arrêts, s'en tiennent au texte de l'article 64 du Code pénal [et] ne demandent pas au médecin expert de résoudre lesdites questions qui excèdent sa compétence. ».

⁴ Ces qualificatifs évoqués pendant les discussions du Congrès, sont cités par J. GRASSET, *La responsabilité des criminels*, Les éditions nouvelles, 1908, p. 51.

⁵ J. GRASSET, op. cit., p. 52.

« responsabilité médicale »¹ ou mieux, « responsabilité physiologique »². Pourtant, si le Professeur de médecine semble se satisfaire de ces deux expressions, il fait tout de même référence à *L'individualisation de la peine* de SALEILLES³ car, comme il l'écrit dans une note, « SALEILLES emploie souvent le mot de capacité pénale ou d'aptitude psychologique à la peine »⁴. Dix ans après avoir été utilisée pour la première fois par un juriste, l'expression « capacité pénale » quitte le domaine strictement juridique pour pénétrer dans le domaine médical où elle va y acquérir un sens spécifique.

394 - En effet, c'est probablement à travers la lecture des ouvrages de GRASSET et surtout de SALEILLES⁵ que LAIGNEL-LAVASTINE a pu prendre connaissance de l'existence du concept de capacité pénale. Le mérite de ce dernier est alors d'avoir repris et choisi ce terme pour remplacer celui de responsabilité qu'il juge, comme ses collègues avant lui, trop imprécis et surtout pas assez scientifique⁶. En réalité, la capacité pénale à laquelle se réfère le psychiatre se présente davantage comme un synonyme de la « punissabilité » d'un individu⁷, c'est-à-dire de son accessibilité à une sanction pénale. En effet, l'accent est mis, non sur l'aptitude à répondre de l'infraction elle-même, mais sur l'aptitude à l'une des conséquences principales de l'engagement de la responsabilité pénale, le prononcé d'une peine. Le diagnostic de cette capacité à la sanction par l'expert permet donc au juge pénal de savoir s'il est possible de le sanctionner : « *quand [l'expert] conclura à la capacité pénale, il voudra dire*

¹ Même si soulignant le risque de confusion avec la responsabilité des médecins habituellement qualifiée de responsabilité médicale, il lui préfère l'expression « responsabilité au sens médical », J. GRASSET, *op. cit.*, p. 54.

² J. GRASSET, *op. cit.*, *loc. cit.*

³ GRASSET qui a découvert *L'individualisation de la peine* de SALEILLES entre 1904 et 1907 le cite à plusieurs reprises pour étayer sa thèse, J. GRASSET, *Demifous et demiresponsables (sic)*, Félix Alcan, 1907, p. 228.

⁴ J. GRASSET, *op. cit.*, p. 52.

⁵ Ces deux auteurs apparaissent dans la bibliographie du précis de psychiatrie de M. LAIGNEL-LAVASTINE : *Demifous et demiresponsables* ainsi que *La responsabilité des criminels* sont cités à la page 519 et *L'individualisation de la peine* à la page 551.

⁶ « Puisque certains auteurs n'aiment pas, au criminel, qu'on emploie le terme de responsabilité qui leur paraît cacher dans ses syllabes un reliquat de métaphysique, je propose, par analogie avec les problèmes judiciaires civils, de le remplacer par le terme plus large de capacité pénale », M. LAIGNEL-LAVASTINE, A. DELMAS, A., BARBE, *La Pratique psychiatrique (sic) à l'usage des étudiants et des praticiens*, Baillière, 1^e éd., 1919, réédité en 1929, p. 514 et 515.

⁷ Ce que reconnaît d'ailleurs l'auteur : « En langage criminologique, la capacité pénale peut donc remplacer l'expression non française de punissabilité et signifie "que l'auteur de l'infraction n'est pas affranchi des conséquences de cette infraction, telles qu'elles sont définies par la loi pénale" », M. LAIGNEL-LAVASTINE, A. DELMAS, A., BARBE, *op. cit.*, p. 547.

tout simplement que l'inculpé est punissable, c'est-à-dire susceptible d'être intimidé ou amendé par application stricte des peines prévues par le Code pénal »¹. Une fois cette substitution admise, se pose alors la question de l'évaluation de cette capacité pénale par l'expert et plus précisément des critères de celle-ci.

2- Les critères de la capacité pénale dans le cadre de l'expertise médico-légale

395 - Le Professeur LAIGNEL-LAVASTINE expose alors les critères permettant d'évaluer la capacité à la sanction d'un individu : « en résumé, au point de vue pratique, pour évaluer la capacité pénale de l'inculpé, l'expert cherchera s'il est sociable, inadapté, nocif, conscient, impulsif, intimidable et perfectible »², ajoutant aussitôt que les trois critères principaux sont « la nocivité, l'intimidabilité [et] la perfectibilité »³. Ces trois critères sont essentiels car ils résument parfaitement toute l'évolution des conceptions doctrinales de la peine. La capacité pénale telle que l'entend LAIGNEL-LAVASTINE se présente alors comme la synthèse de tous les critères subjectifs ayant été proposés pour justifier la peine. Ainsi, la nocivité fait bien évidemment écho à la *temibilita* des positivistes italiens, l'intimidabilité⁴ évoque la fonction classique de prévention individuelle par l'intimidation, tandis que la perfectibilité symbolise la fonction d'amendement de la peine apparue à partir du XIX^e siècle avec notamment le mouvement pénitentiaire. On remarque alors que la capacité pénale telle que la conçoit M. LAIGNEL-LAVASTINE dépend très étroitement de la réceptivité à une sanction de l'auteur d'une infraction. En effet, si la nocivité fait référence à la notion d'état dangereux dégagée par les positivistes, les deux autres critères sont relatifs à la sensibilité du délinquant à l'égard de la sanction pénale, confirmant l'idée selon laquelle le concept de capacité pénale se présente comme un synonyme de l'accessibilité à une sanction plutôt que comme un substitut à la responsabilité pénale. L'utilisation de ce concept se rapproche donc de celle qu'évoquait

¹ M. LAIGNEL-LAVASTINE, A. DELMAS, A., BARBE, *op. cit.*, p. 516.

² M. LAIGNEL-LAVASTINE, A. DELMAS, A., BARBE, *op. cit.*, p. 516.

³ M. LAIGNEL-LAVASTINE, A. DELMAS, A., BARBE, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴ Dans une thèse sur *Les demi-fous et la responsabilité dite « atténuée »* en 1906, un auteur considérait déjà que le rôle de l'expert devait trancher non une question de responsabilité mais de « *nocivité* » ou de *temibilité* et proposait comme critère l'intimidabilité du délinquant. Il proposait alors de remplacer la question posée à l'expert habituellement rédigée ainsi « *Tel individu est-il responsable ?* » par la formule plus adaptée selon lui : « *Est-il nuisible ?* », M. MICHELON, *Les demi-fous et la responsabilité dite « atténuée »*, th. Paris, 1906, p. 97.

SALEILLES, permettre de distinguer ceux à l'égard desquels peuvent être prononcées des peines de ceux qui ne sont pas en mesure de les comprendre.

396 - Si la spécificité du concept de capacité pénale tel que le conçoit LAIGNEL-LAVASTINE apparaît donc dans le domaine limité qui est le sien, c'est-à-dire l'expertise médico-légale, l'originalité de ce concept est également visible dans le rôle qui lui est assigné.

B – Le rôle spécifique de la capacité pénale chez M. LAIGNEL-LAVASTINE

397 - Lorsqu'on lit le chapitre que LAIGNEL-LAVASTINE consacre à la capacité pénale, on s'aperçoit que cette notion présente un intérêt dans une hypothèse particulière, celle de la responsabilité atténuée. En effet, le psychiatre pense trouver avec le concept d'aptitude à la sanction, un moyen de remplacer le concept très critiqué de responsabilité atténuée. Il propose en effet de substituer le concept de « capacité pénale déviée » à celui de responsabilité atténuée. Il convient donc tout d'abord de présenter les reproches adressés à la notion de responsabilité atténuée (1) avant de voir l'utilité du concept de « capacité pénale déviée » (2).

1- La critique de la notion de responsabilité atténuée au début du XX^e siècle

398 - Si le contexte judiciaire du début du XX^e siècle est à l'origine du choix de substituer le terme de « capacité pénale » à celui de « responsabilité pénale », un autre élément permet d'expliquer ce choix. En effet, comme on l'on a vu¹, la généralisation des circonstances atténuantes en 1832 avait pour but de pallier la rigidité initiale du Code pénal de 1810 en matière de détermination de la sanction. Si cette adaptation de la sanction et plus précisément de son quantum au degré de culpabilité de l'auteur ne pouvait qu'être saluée, elle restait tout de même critiquable dans une hypothèse spécifique, celle de la responsabilité atténuée. On désignait sous cette formule l'hypothèse dans laquelle un individu sans être totalement irresponsable est toutefois atteint d'un trouble mental expliquant au moins partiellement le passage à l'acte. Le Code pénal n'ayant prévu à l'article 64 que l'irresponsabilité pénale en

¹ V. *supra* n° 356.

cas de démence, la situation de ceux qu'on appelait les « *demi-fous* »¹ ou les « *psychopathes* »² restait discutée. La plupart des philosophes rejettent en effet le concept de responsabilité atténuée au nom de l'unité et de l'indivisibilité de la personne humaine, opinion partagée également par certains scientifiques selon lesquels il n'existe pas de « *phrénomètre* » permettant de mesurer et de quantifier la responsabilité d'un individu³.

399 - Si le fondement philosophique et scientifique de la responsabilité atténuée semble donc difficile à justifier, il n'en reste pas moins que certains individus atteints d'un trouble mental léger commettent des infractions obligeant les juges à statuer sur leur responsabilité. La notion de responsabilité atténuée, bien que critiquable et critiquée, apparaît alors aux yeux de certains juristes comme un moyen commode de concilier la présence d'un trouble mental léger avec l'exigence de justice. C'est d'ailleurs pour tenter d'apporter une réponse à ce problème que la célèbre circulaire du 12 décembre 1905, dite « circulaire Chaumié », distingue à côté des aliénés, les individus « atteints d'anomalies mentales assez marquées pour justifier à leur égard une certaine modération dans l'application des peines édictées par la loi ». Cette circulaire qui consacre la pratique en vigueur à l'époque sera pourtant très critiquée par le milieu médical qui dénonce une confusion entre la mission du juge et celle de l'expert. D'ailleurs, lorsque l'on s'intéresse aux conséquences pratiques de cette notion de responsabilité atténuée, les critiques se font encore plus virulentes. En effet, plus qu'une atténuation de responsabilité, il s'agissait davantage d'une atténuation de pénalité puisque le juge retenait généralement la responsabilité pénale de ces individus et les condamnait donc à une peine analogue à celle des individus sains d'esprit mais tenait compte de l'existence d'un trouble mental en diminuant le quantum ou la durée de la sanction. Ce système de pénalité atténuée était et reste donc aujourd'hui encore très critiqué⁴ en raison de l'inefficacité des courtes peines qui d'une part sont dépourvues de toute vertu intimidante et qui, d'autre part,

¹ V. par exemple parmi la quantité d'ouvrages parus au début du siècle sur la question : M. MICHELON, *op. cit.* ; J. GRASSET, *op. cit.* ; FRANCOTTE, *De la responsabilité pénale, en particulier de la responsabilité et des mesures à appliquer aux délinquants demi-fous*, Congrès belge des aliénistes et neurologistes, 1909.

² R. GAUBERT, *La capacité pénale des psychopathes*, th. Paris, 1924.

³ V. ainsi l'opinion de FALRET résumée par M. MICHELON, *op. cit.*, p. 72.

⁴ « *Jamais la faillite du système actuel de responsabilité pénale ne se sera avérée plus évidente car ces sujets constitutionnellement dangereux bénéficieront [...] d'une diminution non souhaitable de la peine privative de liberté encourue* », J. PINATEL, *Biologie et responsabilité*, RSC 1968, p. 672 et s.

ne permettent pas de mettre en place un réel traitement du délinquant. Pour toutes ces raisons, aussi bien pratiques que théoriques, le problème de la responsabilité atténuée apparaissait au début du XX^e siècle comme un problème insoluble, auquel le concept de « capacité pénale déviée » allait peut-être pouvoir apporter une réponse.

2- L'utilité de la capacité pénale : le concept de « la capacité pénale déviée »

400 - Partant du constat que même les plus farouches opposants à cette notion reconnaissaient tout de même la nécessité de tenir compte des anomalies mentales de certains individus¹, le Professeur LAIGNEL-LAVASTINE va alors décliner le concept de capacité pénale en fonction du degré d'intimidabilité et de perfectibilité de chaque délinquant. Le médecin distingue alors trois hypothèses : lorsque le délinquant est « complètement inintimidable, sa capacité pénale est nulle »² ; lorsque le délinquant est « intimidable et perfectible, sa capacité pénale est normale »³ ; lorsque le délinquant est « moins intimidable, moins perfectible qu'un normal, sa capacité pénale est déviée »⁴.

401 - Si cette classification tripartite peut sembler intéressante à première vue, on peut toutefois déplorer le manque d'intérêt des deux premières catégories. En effet, la situation de l'individu dont l'aptitude à la sanction est normale n'est pas développée par LAIGNEL-LAVASTINE, permettant de mettre en doute l'utilité du concept de capacité à la sanction pour cette catégorie d'individus qui sera passible d'une peine conformément aux règles classiques du droit pénal⁵. De la même façon, si l'on apprend que les individus dépourvus de capacité pénale sont inintimidables, le sort qui leur est réservé n'est pas très clair. En effet, si l'on interprète *a contrario* ce qui précède, l'absence de capacité pénale équivaldrait en

¹ V. par exemple l'opinion de G. BALLETT au Congrès de 1907 : « Cette idée [de la responsabilité atténuée] ressort d'ailleurs à ce point de l'examen des faits, que tout en combattant la mauvaise dénomination et la mauvaise application, on ne peut s'empêcher d'en reconnaître la nécessité », cité par M. LAIGNEL-LAVASTINE, A. DELMAS, A., BARBE, *La Pratique psychiatrique (sic) à l'usage des étudiants et des praticiens*, Baillièrre, 1^e éd., 1919, réédité en 1929, p. 541.

² M. LAIGNEL-LAVASTINE, A. DELMAS, A., BARBE, *op. cit.*, p. 549.

³ M. LAIGNEL-LAVASTINE, A. DELMAS, A., BARBE, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴ M. LAIGNEL-LAVASTINE, A. DELMAS, A., BARBE, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵ « Quand [l'expert] conclura à la capacité pénale, il voudra dire tout simplement que l'inculpé est punissable, c'est-à-dire susceptible d'être intimidé ou amendé par application stricte des peines prévues par le Code pénal », M. LAIGNEL-LAVASTINE, A. DELMAS, A., BARBE, *op. cit.*, p. 516.

principe à une inaptitude à la peine car cette dernière ne peut prétendre à l'intimidation d'un tel type de délinquant. Ces individus bien que responsables pénalement, ne seraient donc pas punissables. LAIGNEL-LAVASTINE semble pourtant considérer les individus incapables pénalement comme irresponsables pénalement, confondant ainsi responsabilité pénale et aptitude à une sanction¹.

402 - Le réel intérêt de la capacité pénale telle que l'entend LAIGNEL-LAVASTINE est donc la troisième application de celle-ci, « la capacité pénale déviée ». En effet, celle-ci se présente comme une alternative à la notion contestée de « responsabilité atténuée ». On peut d'ailleurs considérer à première vue que cette présentation revient finalement à la solution consacrée par la circulaire du 12 décembre 1905, dite « circulaire Chaumié », le médecin ayant simplement substitué l'expression « capacité pénale déviée » à celle de « responsabilité atténuée ». Toutefois, l'auteur ajoute immédiatement au sujet de la « capacité pénale déviée » que celle-ci « *ne veut pas dire que le médecin engage le juge à atténuer la peine* ». Aussi, après le chapitre consacré à la capacité pénale, le médecin étudie les différents types de troubles mentaux pouvant amoindrir l'aptitude à la sanction de l'individu et propose une solution adaptée à chaque pathologie. Au sujet des neurasthéniques et des obsédés par exemple, il préconise une réponse pénale graduée, proportionnée à l'intimidabilité de ces sujets². Malheureusement, comme le déplore LAIGNEL-LAVASTINE, le système répressif de l'époque n'offre que très peu d'alternatives aux sanctions classiques, appelant donc de ses vœux « *une refonte [du] système pénal et plus généralement du système préventif et curatif de sécurité sociale* ». D'ailleurs, dans la dernière partie de sa thèse consacrée à *La capacité*

¹ Pour un exemple de cette confusion, v. notamment au sujet des épileptiques : « *Un malade a une première manifestation comitiale au cours de laquelle il commet un crime. Il ne se savait pas épileptique. Evidemment sa capacité pénale est nulle* », M. LAIGNEL-LAVASTINE, A. DELMAS, A., BARBE, *op. cit.*, p. 630. En l'espèce, plus qu'incapable pénalement, l'individu semble irresponsable car il n'a pas commis de faute. D'ailleurs, quelques pages plus loin, au sujet des hystériques, l'auteur évoque l'application de l'article 64 (donc l'irresponsabilité pénale) à celui qui commet une infraction lors d'une crise d'hystérie, M. LAIGNEL-LAVASTINE, A. DELMAS, A., BARBE, *op. cit.*, p. 655.

² « *Pratiquement il faut donc empêcher la nocivité, en augmentant l'intimidabilité. On le peut en opposant à ces anormaux des intimidations pénales proportionnées, c'est-à-dire en faisant presque exactement l'inverse de ce qu'on pratique, sous l'influence de la doctrine de la responsabilité atténuée* », M. LAIGNEL-LAVASTINE, A. DELMAS, A., BARBE, *op. cit.*, p. 624.

*pénale des psychopathes*¹, R. GAUBERT, élève de LAIGNEL-LAVASTINE, plaide pour la mise en place de ce qu'il appelle un « *traitement pénal* »² de ces individus responsables pénalement mais inadaptés au système pénal classique. Ce « *traitement pénal* » passe alors selon cet auteur par la création d'institutions spécialisées, sorte de « juste-milieu » entre la prison et l'asile. A côté de *l'asile d'aliénés* réservés aux déments, il distingue alors *l'asile de sûreté* pour les dysgénésiques et les fous moraux dont l'intimidabilité est complète, *l'asile de demi-infirmes* pour les hypomaniaques récidivistes, les épileptiques, les hystériques, les neurasthéniques incurables et enfin *l'asile de buveurs* pour les alcooliques³.

403 - Le concept de « capacité pénale déviée » ne se présente donc pas comme un simple synonyme de la responsabilité atténuée. En effet, l'échec de la responsabilité atténuée tenait au fait qu'elle n'entraînait pas de réelle individualisation subjective de la sanction. La « capacité pénale déviée » telle que l'envisage le Professeur LAIGNEL-LAVASTINE tend au contraire à développer une individualisation subjective poussée permettant d'apporter une réponse adaptée à la personnalité de chacun, ou pour reprendre les critères fixés par le célèbre psychiatre, selon sa nocivité, son degré d'intimidabilité et sa perfectibilité. Ce faisant, on constate que la question juridique de la détermination de la sanction des aliénés ou des anormaux tend à se rapprocher d'un véritable diagnostic médical. Paradoxalement, le rejet par le milieu psychiatrique de toutes considérations métaphysiques ou juridiques traduisant leur volonté de restituer à l'expertise médico-légale sa dimension purement médicale a contribué à renforcer la dimension thérapeutique⁴ de la détermination de la sanction par le juge, voire de la sanction elle-même. LAIGNEL-LAVASTINE résume très bien cette perméabilité du droit pénal et de la médecine lorsqu'il écrit qu'au terme de son expertise, l'expert peut donner au juge des « *indications thérapeutiques* » sur les mesures à prendre. Il s'agit selon le médecin d'une « *thérapeutique complexe, biosociale, qui est surtout de la compétence des magistrats.*

¹ R. GAUBERT, *La capacité pénale des psychopathes*, th. Paris, 1924. Le terme de « psychopathe » doit être entendu, on l'a vu, comme un synonyme de « demi-fous ».

² Cet emploi original du substantif « traitement » en matière pénal révèle d'ailleurs la problématique du droit à l'égard des individus dont la capacité pénale est déviée. En effet, le terme traitement vise à la fois l'action de soigner en vue de guérir, mais aussi au sens figuré, la manière de traiter un problème ou un sujet.

³ R. GAUBERT, *op. cit.*, p. 103 et 104.

⁴ V° « *Thérapeutique* » : « Branche de la médecine qui étudie, enseigne la manière de traiter les maladies et les moyens propres à guérir, à soulager les malades », *Le nouveau petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, sous la direction de J. REY-DEBOVE et d'A. REY, Le Robert, 2009.

Quant à la manière de remplir ces indications thérapeutiques, elle est essentiellement l'affaire du juge. C'est une question de pharmacopée sociale »¹.

404 - La capacité pénale telle que la conçoit LAIGNEL-LAVASTINE s'inscrit donc dans une démarche très spécifique. Cherchant une alternative scientifique à la notion de responsabilité contestée par les experts et les psychiatres du début du siècle, le célèbre médecin propose alors de lui substituer le concept de capacité pénale dégagé par SALEILLES. Bien que cette proposition permette au concept juridique de capacité pénale d'intégrer le domaine médico-psychiatrique, le réel apport de LAIGNEL-LAVASTINE reste probablement l'application de ce concept à une catégorie particulière de délinquants, celle dite des « *demi-fous* » ou des anormaux. En effet, fondé à l'origine sur la notion critiquée de responsabilité atténuée, le régime applicable à ces délinquants aboutissait généralement à simple une atténuation du quantum de leur sanction. Le concept de « capacité pénale déviée » proposée par LAIGNEL-LAVASTINE permet au contraire de justifier l'engagement de la responsabilité pénale de tels individus tout en évitant les conséquences néfastes de la responsabilité atténuée, à savoir une simple atténuation de peine. On peut cependant regretter que seule la question de la « capacité pénale déviée » ait été développée par le célèbre psychiatre, négligeant par conséquent la question, pourtant fondamentale, de l'utilité d'une telle notion chez les individus « normaux ». La spécificité de l'approche de LAIGNEL-LAVASTINE dont l'objectif principal était, on l'a vu, de redéfinir le travail de l'expert, limite la portée théorique de ses travaux et laisse par conséquent aux auteurs postérieurs² la tâche de développer de manière plus approfondie le rôle de l'aptitude du délinquant à être sanctionné afin d'en faire un concept juridique complet. Ce sont en effet les travaux de plusieurs auteurs représentant le mouvement de Défense sociale moderne qui contribueront à diffuser et à populariser une conception pragmatique de la capacité pénale.

¹ LAVASTINE, A. DELMAS, A., BARBE, *op. cit.*, p. 516.

² L'avocat roumain et criminologue V. STANCIU contribuera ainsi à faire connaître le concept de capacité pénale en reprenant les travaux de LAIGNEL-LAVASTINE dans un article publié en 1938 sous le titre *La capacité pénale*, « *Le problème de la responsabilité* », *RDPC* 1938, p. 854. Cet article sera quelques années plus tard intégré dans le chapitre IV intitulé « *La capacité pénale, ambiance ascientifique* » du *Précis de criminologie* que ces deux auteurs coécrivirent en 1950 : M. LAIGNEL-LAVASTINE et V. STANCIU, *Précis de criminologie*, Payot, 1950, p. 124.

§ 2 – La conception pragmatique de la capacité pénale par les doctrines modernes de Défense sociale

405 - Si le concept d'aptitude à la sanction n'est que très rarement évoqué explicitement par les tenants de ce courant de pensée, il apparaît pourtant comme un élément essentiel de ce mouvement¹. En effet, la subjectivité du délinquant que la Défense sociale moderne² entend appréhender par le biais de la notion de personnalité apparaît comme un outil pragmatique³ pouvant sinon remplacer, au moins rénover la conception classique de la responsabilité.

406 - Parmi les mouvements doctrinaux que l'on peut rattacher à la Défense sociale moderne, il convient de distinguer deux orientations possibles selon l'importance accordée à la notion classique de responsabilité. A un mouvement de Défense sociale radical qui rejette la notion de responsabilité, s'oppose un mouvement plus humaniste représenté par M. ANCEL qui propose de réformer le système classique fondé sur la responsabilité morale. C'est pourquoi nous étudierons la place du concept de capacité à la sanction chez GRAMATICA (A), puis chez M. ANCEL (B).

A – La place du concept de capacité à la sanction dans la Défense sociale radicale représentée par F. GRAMATICA

407 - Nous avons étudié précédemment l'apport du mouvement de Défense sociale défendu notamment par A. PRINS⁴. Ce dernier proposait en effet d'abandonner le système classique dont les positivistes italiens avaient montré les limites au profit d'un nouveau concept, celui d'état dangereux. Cette substitution de l'état dangereux à la responsabilité comme fondement

¹ Sur l'importance du concept de capacité pénale, entendu comme l'aptitude à la sanction, dans les doctrines de Défense sociale, v. Ch. LAZERGES, *Le concept d'imputabilité dans les doctrines de défense sociale*, RSC 1983, p. 315 et s.

² On utilisera le qualificatif « moderne » pour distinguer ce mouvement de la Défense sociale « classique » telle que les positivistes italiens l'entendaient.

³ V° « Pragmatique » : « *Qui concerne la réalité, qui s'adapte à la réalité* » (sens 1) ; « *Qui privilégie l'action* » (sens 2), *Le nouveau Littré*, Garnier, 2007.

⁴ V. *supra* n° 371.

de l'intervention étatique apparaissait souhaitable car elle seule permettrait de protéger la société¹ contre des individus dangereux. L'adoption d'un système de défense social fondé sur la notion d'état dangereux devait également s'accompagner de la création d'un ensemble de mesures variées permettant d'assurer une individualisation subjective fondée sur la personnalité même du sujet². Cette première formulation³ d'une doctrine de Défense sociale allait, plusieurs décennies après, trouver en la personne de F. GRAMATICA un nouveau souffle.

408 - Le célèbre pénaliste italien a publié en 1934 ses *Principi di diritto penale suggestivo* dans lequel il développe une conception subjective du droit pénal. Après avoir fondé le Centre d'études de Défense sociale en 1945 puis la Société internationale de Défense sociale⁴, il publie son ouvrage majeur, *Principes de défense sociale*⁵ en 1961, devenant ainsi le principal représentant du mouvement de Défense sociale moderne. GRAMATICA s'inscrit dans une critique du système pénal classique dont il rejette le dogmatisme et la manque d'humanisme. Comme il l'écrit dans l'introduction de son ouvrage phare, « la Défense sociale doit donc être entendue comme la négation du droit de punir et donc de la peine. Elle s'érige en système juridique destiné à se "substituer au droit pénal" et non à "s'intégrer à lui" »⁶. Ce rejet radical du droit pénal s'accompagne également du rejet de ses concepts fondateurs que sont l'infraction, mais aussi la responsabilité ou, bien entendu, la peine⁷. Le système proposé par GRAMATICA impose donc de repenser entièrement le système pénal afin de mettre en place

¹ Justifiant ainsi la qualification de défense sociale de ce mouvement.

² « Pour choisir les mesures à prendre, c'est l'état permanent de l'individu qu'il faut considérer plus que son acte passager », A. PRINS, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Misch et Thron, 1^{er} éd., 1910, Chap. IV, p. 75.

³ PRINS apparaît ainsi comme « le premier à formuler une doctrine sinon complète, du moins autonome de la défense sociale », M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Cujas, 3^e éd., 1981, p. 81 et 82.

⁴ Dont il fut président de 1949 à 1966.

⁵ F. GRAMATICA, *Principi di difesa sociale*, 1961, traduit en France sous le titre *Principes de défense sociale*, Cujas, 1964. V. également son article *La politique de défense sociale dans les aspects nouveaux de la délinquance*, RSC 1976, p. 629.

⁶ F. GRAMATICA, *op. cit.*, p. 5.

⁷ « On se trouve ainsi devant la nécessité d'opérer une réforme radicale. C'est la raison pour laquelle le système de défense sociale entend :

1^o substituer à la « responsabilité » (fondée sur l'infraction) l'antisocialité (fondée sur les données subjectives de l'auteur)

2^o substituer à l' « infraction » (considérée comme un fait) l'indice d'antisocialité subjective et ses degrés

3^o substituer à la « peine » proportionnée à l'infraction, des mesures de défense sociale adaptées aux besoins de tout auteur d'infraction. », », F. GRAMATICA, *op. cit.*, n^o 47 p. 74.

un nouveau mode de gestion sociale de la délinquance. C'est pourquoi le système de Défense sociale du juriste italien se fonde sur la notion nouvelle « *d'antisocialité subjective* » qui vise à remplacer la notion de responsabilité

409 - Cette notion traduit l'importance du sujet, c'est-à-dire du délinquant, dans cette doctrine, se démarquant ainsi nettement de la Défense sociale telle que l'entendaient les positivistes italiens qui faisait primer l'intérêt social sur celui du délinquant. Au contraire, chez GRAMATICA, le sujet est considéré comme « *le centre de gravité* »¹ du système de Défense sociale. On pourrait d'ailleurs qualifier ce système de « *Défense sociale subjective* »² afin de mieux la distinguer de la Défense sociale « objective » de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècle. Ainsi, loin de préconiser l'élimination radicale des individus dangereux, l'avocat italien plaide plutôt pour le traitement des individus considérés comme antisociaux. Ce mouvement se caractérise par conséquent par sa finalité perfective mais aussi préventive puisque, comme l'écrit son représentant, elle doit tendre « *à l'amélioration, à la récupération du sujet et surtout à la prévention* »³. Afin de réaliser cet objectif, la Défense sociale propose d'abandonner le système dualiste de peine et de mesures de sûreté difficile à mettre en œuvre en pratique pour adopter un système « *unitaire* » de « *mesures de défense sociales* » préventives, curatives et éducatives qui devront être adaptées à chaque individu, qu'il soit « *normal* » ou anormal, majeur ou mineur, sain ou bien malade⁴. L'adaptation de ces mesures à la personnalité du délinquant ainsi que le but particulier poursuivi par ces mesures, à savoir l'amélioration et la resocialisation apparaissent donc comme les deux idées essentielles de ce mouvement.

410 - Or, on constate que ces deux objectifs ne sont que la traduction pratique du concept de capacité à la sanction. Ainsi, au sujet de *l'antisocialité*, l'auteur écrit que : « *Les antisociaux se distinguent, suivant leur nature et le traitement auxquels ils sont soumis, en antisociaux*

¹ F. GRAMATICA, *op. cit.*, Introduction, II, p. 2.

² Certains auteurs la qualifie d'ailleurs de « *défense sociale subjectiviste* », R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel - T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 84, p. 133.

³ F. GRAMATICA, *op. cit.*, Introduction, II, p. 4. V. également p. 29 : « *l'ensemble du système de défense sociale trouve dans la finalité de l'amélioration de l'individu sa véritable raison d'être* ».

⁴ F. GRAMATICA, *op. cit.*, n° 31 p. 51 et n° 62 p. 98.

"capables" et antisociaux "incapables". Les premiers se verront appliquer des mesures pédagogiques de rééducation, les seconds des mesures curatives ». Si GRAMATICA ne fait donc pas expressément référence à la capacité à la sanction, on constate tout de même qu'il est conduit à utiliser le concept de « capacité » pour distinguer les individus aptes à être rééduqués de ceux qui doivent être soignés, intégrant *de facto* le concept d'aptitude à la sanction, même s'il ne le qualifie pas comme tel. De même, lorsqu'il évoque la question des anormaux qui, rappelons-le, sont généralement soumis à une peine fondée sur leur responsabilité pénale puis à une mesure de sûreté fondée sur leur dangerosité, GRAMATICA indique que « *c'est le jugement de défense sociale qui dira pratiquement qu'elle est leur capacité, et, par conséquent, quelle sera la mesure applicable à chaque sujet donné* »¹. On retrouve ainsi les idées de LAIGNEL-LAVASTINE pour lesquels le concept de « capacité pénale déviée » devait permettre au juge de prononcer une mesure adaptée à l'état mental du délinquant. La Défense sociale telle que la conçoit l'auteur italien partage ainsi avec le droit pénal des mineurs consacré par l'ordonnance du 2 février 1945² la même volonté d'appliquer à chaque individu une mesure adaptée, correspondant aux besoins de celui à qui elle s'applique. Le mérite de GRAMATICA est toutefois de chercher à généraliser cette individualisation subjective à tous les individus³, car ce faisant, il donne à l'aptitude à la sanction un champ d'application beaucoup plus large.

411 - En résumé, la Défense sociale telle que la conçoit GRAMATICA vise à une réforme radicale du système pénal, allant jusqu'à abolir les concepts classiques que sont la responsabilité, l'infraction ou la peine. Toutefois, cette critique n'est pas uniquement destructrice puisque l'auteur italien propose de les remplacer par les concepts correspondants d'*antisocialité*, d'indice d'*antisocialité* et de mesures de défense sociale adaptées. Si l'objectif ainsi reconnu au droit pénal de resocialisation de l'individu par une mesure adaptée à sa personnalité reconnu au droit pénal ne peut qu'être salué, la proposition de remplacer les concepts traditionnels que sont l'infraction ou la responsabilité par celui d'*antisocialité*

¹ F. GRAMATICA, *op. cit.*, n° 48 p. 76.

² Sur la proximité de la Défense sociale nouvelle et du droit des mineurs, v. *supra* n° 614.

³ « *L'antisocialité considérée subjectivement aux fins d'une application individualisée de la mesure de Défense sociale, ne posera pas dans ces conditions de distinction foncière entre mineurs et majeurs. Tous se plieront au même critère* », F. GRAMATICA, *op. cit.*, n° 86 p. 158.

soulève néanmoins quelques réserves. En effet, la notion d'*antisocialité*¹ reste trop vague pour être compatible avec les exigences du principe de légalité et pour pouvoir ainsi être considérée comme une véritable alternative à la notion classique de responsabilité pénale. La finalité perfective reconnue au droit pénal ainsi que l'importance accordée à l'individualisation subjective de la mesure² démontre toutefois l'intégration progressive par la doctrine contemporaine, sinon du concept même de capacité à la sanction au moins de son contenu. Cette intégration de la question de l'aptitude à la sanction apparaît encore plus nettement dans le mouvement de Défense sociale nouvelle développé par M. ANCEL.

B – La place du concept de capacité à la sanction dans la Défense sociale nouvelle de M. ANCEL

412 - Ce courant qui connaîtra un certain succès en France à partir des années soixante réaffirme l'importance d'une conception subjective du droit criminel qui place le délinquant au cœur du système pénal (1). L'attention nouvelle accordée à ce dernier et plus précisément à sa personnalité apparaît comme la consécration implicite du concept de capacité pénale tel qu'on l'entend aujourd'hui (2).

1- Une conception humaniste du droit pénal centré sur le délinquant

413 - Après un début de carrière en tant que magistrat³ du Parquet puis du siège au Tribunal, M. ANCEL s'intéresse très vite à la question de la politique criminelle au sens large, c'est-à-dire aux moyens que doit mettre en œuvre la société pour lutter contre le crime⁴. Durant toute sa carrière, il siège au sein de nombreux organismes de recherches parmi lesquels l'institut de droit comparé de l'Université de Paris, la Société de législation comparée, l'Association

¹ Ainsi que celle d'indice d'*antisocialité* destinée à remplacer la notion d'infraction.

² Ainsi que la nécessité de recourir au concept de « capacité » pour différencier le régime applicable à certains individus.

³ M. ROLLAND, Président de chambre honoraire à la Cour de cassation, dit de M. ANCEL qu'il est probablement « le magistrat français qui est à l'étranger le plus connu », *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc ANCEL - T.2 : Etudes de science pénale et de politique criminelle*, Pédone, 1975, Préface, p. LII.

⁴ Il fut notamment secrétaire général du Comité de Prophylaxie criminelle du Ministère de la Justice en 1936.

internationale de droit pénal... Mais c'est avec la publication en 1954 de *La défense sociale nouvelle*¹ que M. ANCEL, alors conseiller à la Cour de cassation, systématise et donne un nom à ce mouvement qui aura une très forte influence² sur le droit pénal, non seulement national mais aussi international, de la seconde moitié du XX^e siècle. En effet, au-delà de la modernité de son contenu, le rayonnement de ce courant s'explique probablement par l'énergie déployée par son principal représentant³ pour faire diffuser ses idées à travers de nombreux colloques⁴, d'innombrables publications⁵ ainsi que la création d'un Centre d'études de Défense sociale en 1953. Cette doctrine est de prime abord assez proche de celle de GRAMATICA, notamment par son rejet de tout dogmatisme juridique et par le refus de tout postulat abstrait ou préconçu sur l'homme. Toutefois, M. ANCEL, contrairement à son homologue italien, ne rejette pas le concept même de droit pénal⁶. S'il plaide ainsi pour une modernisation et une déjudiciarisation du droit pénal à qui il assigne une véritable mission sociale, le magistrat français n'entend pas abandonner toute référence à la notion fondamentale de responsabilité. Seulement, au lieu de la considérer comme le fondement théorique et donc abstrait de la peine, il préfère l'appréhender de manière subjective en faisant appel à la conscience que l'individu a de sa propre responsabilité. La Défense sociale nouvelle vise en effet à développer chez le délinquant ce « *sentiment intime et naturel de la responsabilité personnelle* »⁷, à même de permettre le reclassement du délinquant¹. Loin

¹ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Cujas, 1954, réédité en 1966 et 1981. Nous ferons par la suite référence à cette troisième édition.

² V. ainsi, R. GASSIN, *L'influence du mouvement de défense sociale sur le droit pénal français contemporain*, *Mélanges ANCEL - T.2*, p. 3; G. LEVASSEUR, *Réformes récentes en matière pénale dues à l'école de la défense sociale nouvelle*, *op. cit.*, p. 35.

³ Un auteur souligne ainsi son « *activité inlassable d'apôtre* », G. LEVASSEUR, *Rapport aux XII^e Journées françaises de défense sociale*, *RSC* 1964, p. 788, tandis qu'un autre évoque « *une ardeur quasi missionnaire* », R. MERLE, *La pénitence et la peine*, Cujas, 1985, p. 112.

⁴ A l'image des Journées de défense sociale organisées chaque année à partir de 1953.

⁵ Citons bien évidemment ses chroniques de défense sociale de la *RSC*, dont M. ANCEL a été le rédacteur en chef en 1936 puis le directeur-rédacteur en chef en 1962, mais également ses nombreux articles consacrés à la question, notamment : *Les doctrines nouvelles de la Défense sociale*, *RDPC* 1951, p. 46 et s. ; *Droit pénal et Défense sociale*, *RSC* 1955, p. 562 et s. ; *Responsabilité et Défense sociale*, in *La responsabilité*, *Travaux de l'institut de sciences criminelles et pénitentiaire de Strasbourg*, Dalloz, 1961, p. 355 et s. ; *Défendre la Défense sociale ?*, *RSC* 1964, p. 188 et s.

Pour une bibliographie exhaustive de M. ANCEL, v. celle qui a été publiée à l'occasion du recueil d'études en hommage à M. ANCEL, *Aspects nouveaux de la pensée juridique, II, Etudes de sciences pénale et de politique criminelle*, Pédone, 1975, p. XXXIII.

⁶ En ce sens la défense sociale de M. ANCEL apparaît moins « radicale » que celle de F. GRAMATICA.

⁷ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Cujas, 1981, p. 249.

d'être rejetée, la notion de responsabilité est donc essentielle puisqu'elle apparaît comme l'expression de la personnalité du délinquant², cette dernière pouvant être considérée comme le concept central de la pensée de M. ANCEL.

414 - En effet, la Défense sociale nouvelle s'inscrit dans un mouvement humaniste qui place l'homme au cœur du processus pénal. Or, cette « *attitude nouvelle* »³ à l'égard du délinquant repose sur une connaissance de celui-ci et plus particulièrement de sa personnalité. Cela explique pourquoi la question de la prise en compte par le droit pénal de la personnalité du délinquant est une préoccupation majeure de la Défense sociale⁴, justifiant les nombreuses pages que M. ANCEL lui consacre. Le magistrat français souhaite ainsi développer une meilleure « *intégration du délinquant dans le procès pénal* »⁵, s'opposant donc à un jugement et surtout à une individualisation de la sanction, uniquement fondés sur des considérations objectives telles que la gravité de l'infraction⁶. Cette réflexion se traduit en pratique par la volonté de généraliser l'enquête sur la personnalité consacrée par l'article 81 du Code de procédure pénale français, dont l'alinéa 5 permet au juge d'instruction de procéder à « *une enquête sur la personnalité des inculpés ainsi que sur leur situation matérielle, familiale ou sociale* »⁷, l'alinéa suivant prévoyant également la possibilité de recourir à un examen

¹ Cette conception utilitariste originale de la peine explique d'ailleurs que la défense sociale ait pu être qualifiée par un auteur de « pédagogie de la responsabilité » R. MERLE, *Rapport aux XII^e Journées françaises de défense sociale*, in RSC 1964, p. 370.

² L'auteur définit ainsi la responsabilité comme « *la prise de conscience par l'individu de sa personnalité en tant qu'elle s'affirme dans son action* », M. ANCEL, *op. cit.*, p. 250.

³ M. ANCEL, *op. cit.*, p. 213.

⁴ Les VIII^{es} journées de Défense sociale qui se sont tenues à Paris les 16 et 17 juin 1960 avaient d'ailleurs pour thème *Les problèmes posés par l'application de l'article 81 du Code de Procédure pénale à propos de l'examen de personnalité des délinquants adultes*.

⁵ Mouvement qui est parfois aussi qualifié d'« *irruption de la personnalité du criminel dans le droit pénal* », v. les travaux du Cycle d'études des Nations Unies de Bruxelles en 1951, *Rev. Int. de Pol. Criminelle*, 1953, n° 3.

⁶ Rappr. de l'opinion de R. SALEILLES au début du siècle dans *L'individualisation de la peine*, *De Saleilles à aujourd'hui (réédition de la troisième édition de l'ouvrage de Raymond Saleilles, et L'individualisation de la peine, Cent ans après Saleilles)*, Erès, 2001, p. 95 et s.

⁷ Si cette enquête est en principe obligatoire en matière de crime, elle n'est que facultative en matière correctionnelle. Notons également que l'article D. 16 du Code de procédure pénale précise les limites de l'enquête de personnalité : « L'enquête sur la personnalité des personnes mises en examen ainsi que sur leur situation matérielle, familiale ou sociale prévue à l'article 81, alinéa 6, du Code de procédure pénale et les examens, notamment médical et médico-psychologique, mentionnés à l'alinéa 7 dudit article, constituent le dossier de personnalité de la personne mise en examen. Ce dossier a pour objet de fournir à l'autorité judiciaire, sous une forme objective et sans en tirer de conclusion touchant à l'affaire en cours, des éléments d'appréciation sur le mode de vie passé et présent de la personne mise en examen. Il ne saurait avoir pour but la recherche des preuves de la culpabilité ».

psychiatrique. Cette distinction entre l'enquête de personnalité et l'examen psychiatrique est d'ailleurs parfois contestée¹, certains auteurs plaidant pour une fusion des deux notions au sein d'une catégorie unique visant à établir par différents moyens un dossier de personnalité, au sens large, permettant au juge d'approcher et d'apprécier au mieux la situation du délinquant, afin de pouvoir choisir la mesure la plus adaptée à celle-ci. En effet, si le but de l'expertise psychiatrique² est généralement d'établir la responsabilité ou l'irresponsabilité pénale pour cause de troubles mentaux, on constate toutefois que les juges demandent souvent, comme les y invite une circulaire d'application du Code de procédure pénale, si l'individu est « accessible à une sanction pénale » et s'il est « curable et réadaptable ». La création d'un véritable dossier de personnalité³ pluridisciplinaire⁴ permettrait donc au juge de véritablement prendre connaissance de la situation personnelle de l'individu, l'aidant ainsi à trouver la mesure la plus adaptée à celle-ci.

415 - Un jugement du Tribunal correctionnel de Seine du 6 mars 1956⁵ illustre d'ailleurs le bien-fondé d'une telle recherche de la personnalité. On a vu⁶ que la relégation avait été introduite dans notre droit par la loi du 27 mai 1885 sous la forme d'une peine complémentaire obligatoire. Toutefois, le caractère quasiment automatique de cette peine était critiqué et la pratique usait de divers procédés pour en limiter l'application⁷. C'est pourquoi une loi du 3 juillet 1954 a supprimé le caractère obligatoire de cette mesure pour n'en faire

¹ C'est d'ailleurs la position de G. HEUYER : « *Le souci de séparer dans l'article 81 le dossier de personnalité de l'examen médico-psychologique est difficile à expliquer. Ils sont étroitement liés* », G. HEUYER, *Rapport aux XII^e Journées françaises de défense sociale*, RSC 1964, p. 747.

² Qui apparaît comme la consécration moderne de l'expertise médico-légale du début du siècle, évoquée précédemment, *supra* n° 390 et s.

³ V. la position du droit belge sur cette question, S. C. VERSELE, *Le dossier de personnalité*, RIDPC 1949, p. 309 et s.

⁴ Le dossier ne faisant que refléter les multiples dimensions de la personnalité humaine elle-même. La référence par l'article 81 du Code de procédure pénale à la « situation matérielle, familiale ou sociale » de l'individu laisse d'ailleurs déjà apercevoir cette approche pluridimensionnelle de l'enquête de personnalité.

⁵ Trib. corr. Seine, 6 mars 1956, *JCP* 1956, 9338, note G. LEVASSEUR, RSC 1956, p. 837, obs. A. LEGAL.

⁶ V. *supra* n° 393 note 4.

⁷ La loi prévoyait la relégation en fonction du nombre et de la gravité des condamnations antérieures. La relégation était ainsi possible lorsqu'il après deux condamnations aux travaux forcés ou à la réclusion, une condamnation aux travaux forcés et deux condamnations de plus de trois mois d'emprisonnement pour certains délits (vol, escroquerie, abus de confiance, outrage public à la pudeur, etc.), quatre condamnations, soit à l'emprisonnement pour crime, soit à plus de trois mois d'emprisonnement pour un des délits prévus ci-dessus, ou bien sept condamnations, sous certaines conditions. Aussi, afin d'éviter la relégation, les juges étaient parfois conduits à prononcer une peine inférieure à trois mois d'emprisonnement ou à ne pas imputer la durée de détention provisoire sur la durée de la peine, voire à ne pas mentionner certaines condamnations antérieures.

qu'une mesure facultative, le législateur confiant donc au juge le pouvoir d'apprécier librement l'opportunité du prononcé de la relégation. Si l'on ne peut que saluer le pragmatisme de cette disposition qui soulignait que l'opportunité de la relégation, mesure de neutralisation très forte, devait être appréciée individuellement, elle laissait au juge le soin d'apprécier quand la relégation était nécessaire. Conscient de la difficulté de cette tâche, le Tribunal de Seine souligne alors l'importance d'une bonne connaissance de la personnalité du prévenu, connaissance que ne permet pas la seule constatation des éléments objectifs que sont le nombre et la gravité des condamnations précédentes¹. Dans cette optique, le Tribunal ordonne une expertise afin de mesurer son degré d'antisocialité², de savoir si une mesure de neutralisation est nécessaire³ et enfin de savoir si le prévenu offre des chances de réinsertion et par quels moyens⁴. Bien que la portée de cette décision puisse être limitée par le fait que, le prévenu ayant fait l'objet d'un séjour à l'hôpital psychiatrique, l'opportunité d'une expertise psychiatrique dans ce cas se concevait aisément⁵, il semble qu'elle illustre bien cette volonté de faire prévaloir la personnalité du délinquant sur les circonstances objectives de l'infraction. Cette décision, saluée par la doctrine⁶, préfigurait ainsi le futur article 81 du Code de procédure pénale et symbolise l'importance de la personnalité du délinquant, cette dernière apparaissant comme la traduction pratique du concept d'aptitude à la sanction.

2- La consécration implicite de la capacité à la sanction par la référence à la personnalité

416 - En cherchant à développer une individualisation subjective de la peine fondée sur la personnalité du délinquant et en reconnaissant au droit pénal une finalité perfective, le mouvement humaniste représenté par M. ANCEL peut donc être considéré comme la première véritable tentative de la doctrine française d'intégrer en droit criminel le concept de

¹ V. les motifs très clairs du jugement : « *Il importe, avant de se prononcer sur l'application de cette mesure à Huet, d'être renseigné sur la personnalité du prévenu [...] que tant le nombre et la nature des condamnations précédemment encourues que le caractère des faits nouveaux à lui reprochés ne sauraient, à eux seuls, constituer des éléments suffisants d'appréciation* ». Rappelons que cette décision a été rendue avant la consécration de l'examen de personnalité par le Code de procédure pénale en 1958.

² Troisième question posée à l'expert.

³ Quatrième question posée à l'expert.

⁴ Cinquième question posée à l'expert.

⁵ Les deux premières questions posées à l'expert étaient d'ailleurs relatives à l'état de santé mentale du prévenu et à une possible application de l'article 64 du Code pénal.

⁶ V. les commentaires de G. LEVASSEUR et d'A. LEGAL précités.

capacité à la sanction. Si les positions de M. ANCEL sont, sur ce point, assez proches de celles de Von LISZT¹, le mérite du magistrat français est d'avoir contribué à la diffusion de ces idées nouvelles en France et surtout d'avoir mis en évidence les liens entre le concept de capacité à la sanction et la notion de personnalité.

417 - Dans un article écrit en 1964, M. ANCEL affirme ainsi que « la responsabilité n'est pas autre chose qu'une prise de conscience par l'individu de sa personnalité » et ajoute que « la personnalité de l'individu est la mesure de ce que l'on appelle parfois aujourd'hui souvent sa capacité pénale »². La personnalité du délinquant apparaît donc pour M. ANCEL comme un moyen d'approcher son aptitude à subir mais surtout à bénéficier de la sanction. Entendue comme l'aptitude d'un délinquant à profiter de la sanction, la capacité pénale se présente alors comme un concept original et pertinent qui suppose une évaluation qualitative et quantitative de la psychologie du sujet. Loin de n'être qu'une simple « capacité-condition » comme la capacité délictuelle ou l'imputabilité, l'aptitude à bénéficier de la sanction apparaît davantage comme une « capacité-mesure » permettant au juge d'évaluer la mesure la plus adaptée à la personnalité du délinquant.

418 - A travers les nombreuses références à la personnalité, c'est donc à la capacité à la sanction que se réfère M. ANCEL, bien qu'il la désigne sous l'expression maladroite de « capacité pénale »³. On peut d'ailleurs regretter que l'auteur de *La Défense sociale* n'approfondisse pas ce concept pourtant essentiel au système qu'il propose⁴. Ce silence regrettable de M. ANCEL sur la question de l'aptitude du délinquant à une peine, improprement qualifiée de capacité pénale, s'explique probablement par le fait que le contenu de ce concept reste, au moment où il écrit son ouvrage, encore assez discuté. De plus,

¹ Cette individualisation subjective de la sanction en fonction de la personnalité du délinquant est déjà présente chez Von LISZT qui la qualifie de « *politique criminelle* » qui la définit comme « *l'utilisation adéquate de la peine, en fonction de la personnalité du délinquant* », F. Von LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, T. I, § 13, cité par M. ANCEL *La Défense sociale nouvelle*, Cujas, 3^e éd., 1981, p. 320.

² M. ANCEL, *La responsabilité pénale : le point de vue juridique*, RICPT 1964, p. 268. On trouve la même affirmation dans *La défense sociale nouvelle*, p. 250 : « *Si la responsabilité ainsi envisagée est l'expression de la personnalité, elle est aussi la mesure de sa capacité pénale* ».

³ V. ainsi M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, *op. cit.*, p. 148 dans lequel l'auteur semble rapprocher les concepts de « punissabilité » et de capacité pénale.

⁴ M. ANCEL n'utilise d'ailleurs expressément le terme de « capacité pénale » qu'à deux reprises au sein des 344 pages que compte cet ouvrage : *op. cit.* p. 148 et p. 250.

l'aptitude à la sanction, comme l'imputabilité¹ s'intègre mal dans le système de Défense sociale que propose le magistrat français. En effet, ce mouvement se caractérise par le rejet du dogmatisme et des fictions qui caractérisaient le droit pénal classique. C'est donc probablement plus l'expression de « capacité pénale » que son contenu qui est rejeté par M. ANCEL², ce dernier préférant lui substituer la notion de plus large et surtout plus explicite de personnalité³. La capacité à la sanction n'est donc pas absente de la Défense sociale nouvelle, mais c'est par le biais de la personnalité qu'elle est appréhendée par ce mouvement.

419 - L'absence d'une réelle définition doctrinale du concept de capacité pénale, au sens large c'est-à-dire désignant l'aptitude générale à être responsable pénalement d'une infraction et à subir la sanction qui y est attachée, ainsi que le relatif désintéret de M. ANCEL pour le concept théorique de « responsabilité » explique d'ailleurs la difficulté à cerner dans ses travaux la place des applications de la capacité pénale, *lato sensu*, que sont la capacité à l'infraction, l'imputabilité et l'aptitude à une sanction. En effet, dans une étude consacrée à la place l'imputabilité dans les doctrines de Défense sociale⁴, un auteur semble admettre que la capacité pénale, entendue cette fois comme l'aptitude à profiter d'une sanction pénale, ne serait en réalité que l'expression subjective de l'imputabilité, cet auteur allant même jusqu'à conclure que la Défense sociale nouvelle chercherait à remplacer le concept d'imputabilité par celui de capacité pénale⁵. Si cette affirmation nous paraît quelque peu excessive puisque jamais M. ANCEL ne réclame explicitement⁶ la substitution de la capacité pénale à l'imputabilité, elle démontre toutefois la confusion qui entoure l'expression même de « capacité pénale » dans la mesure où celle-ci désigne aussi bien l'aptitude générale à être responsable pénalement d'une infraction et à subir la sanction qui y est attachée qu'une de ses

¹ Sur laquelle M. ANCEL n'est pas beaucoup plus loquace, puisqu'il ne l'évoque expressément que cinq fois : M. ANCEL, *op. cit.*, p. 148, 220, 225, 226 et 246.

² L'auteur français se rapproche en cela de la position de l'italien F. GRAMATICA qui, on l'a vu, rejetait le concept d'imputabilité, mais se voyait contraint de la remplacer par celui de capacité, v. *supra* n° 411.

³ Cette affirmation paraît d'ailleurs accréditée par l'intérêt de M. ANCEL pour le droit pénal suisse issu du projet STOOS qui, selon lui, « s'appuie moins sur une définition préalable de l'infraction, de l'imputabilité ou de la périculosité que sur des notions de "punissabilité" et de capacité pénale qu'il s'abstient soigneusement de caractériser comme des entités juridiques » M. ANCEL, *op. cit.*, p. 148.

⁴ Ch. LAZERGES, *Le concept d'imputabilité dans les doctrines de défense sociale*, RSC 1983, p. 315 et s.

⁵ Ch. LAZERGES, *op. cit.*, p. 325.

⁶ Ce que Ch. LAZERGES semble admettre puisqu'elle qualifie cette interprétation de discours « implicite » sur l'imputabilité.

composantes, à savoir l'aptitude à subir et à profiter d'une sanction pénale. Si l'expression de « capacité pénale » est généralement employée par M. ANCEL pour exprimer l'accessibilité d'un individu à une sanction, on peut d'ailleurs remarquer qu'il l'utilise également dans un article paru en 1964 pour désigner « *la capacité [d'un délinquant] de commettre des délits dont on puisse lui demander compte* »¹, se référant alors à une acception large de ce terme. La polysémie regrettable de l'expression de « capacité pénale » explique donc peut-être pourquoi M. ANCEL a très vite pris ses distances vis-à-vis d'un concept aux contours flous, lui préférant alors celui plus fonctionnel de personnalité du délinquant².

420 - La Défense sociale moderne représentée par M. ANCEL et dans une moindre mesure par F. GRAMATICA se caractérise donc par sa conception humaniste du droit pénal. Le délinquant et plus précisément sa personnalité, apparaît comme le concept fondateur de ce mouvement doctrinal. En recherchant non à la punir pour son infraction, mais à lui proposer une mesure pédagogique visant à le resocialiser ou à lui faire prendre conscience de sa responsabilité, ces doctrines modernes consacrent, implicitement malheureusement, l'acception moderne du concept de capacité pénale désignant l'aptitude non plus seulement à subir, mais à profiter d'une sanction pénale. La philosophie qui sous-tend le système de Défense sociale nouvelle est d'ailleurs très proche de celle du droit des mineurs tel qu'il résulte de l'ordonnance de 1945. Ce texte prévoit en effet dès 1945 l'élaboration d'une enquête de personnalité³ et fait référence à de nombreuses reprises à la nécessité de prendre en

¹ M. ANCEL, *La responsabilité pénale : le point de vue juridique*, RICPT 1964, p. 268. Si l'on ne peut qu'approuver cette définition large de la capacité pénale dans la mesure où elle permet d'englober la capacité délictuelle et l'imputabilité, elle occulte malheureusement la question de l'aptitude à la sanction. Notons en outre que cette définition n'a pas été reprise par M. ANCEL dans son ouvrage *La défense sociale nouvelle*.

² Cela explique peut-être également pourquoi on ne trouve pas, aujourd'hui encore, de référence explicite au concept de capacité pénale dans le Code pénal, l'aptitude à la sanction restant appréhendée, comme on le verra plus tard, par la notion plus large de personnalité du délinquant.

³ Notons d'ailleurs que la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 a récemment réformé cette question. Il est désormais prévu de réaliser, avant le prononcé de toute mesure, les investigations nécessaires pour avoir une connaissance suffisante de la personnalité et de la situation sociale et familiale du mineur pénalement responsable d'un crime ou d'un délit (art. 5-1 de l'ordonnance du 2 février 1945). De plus, afin d'« assurer la cohérence des décisions pénales dont [le mineur] fait l'objet », cette loi institue un « dossier unique de personnalité » (art. 5-2 de l'ordonnance du 2 février 1945) qui comprend tous les renseignements relatifs à la personnalité et à l'environnement social du mineur.

compte les circonstances mais surtout la personnalité du mineur¹, que ce soit pour justifier le prononcé d'une peine ou pour écarter le bénéfice de l'excuse atténuante de minorité.

421 - Les travaux de M. LAIGNEL-LAVASTINE ainsi que ceux des principaux représentants de la Défense sociale moderne se distinguent donc au regard de leur approche de la question de la responsabilité pénale. Si la capacité pénale se présente pour le psychiatre français du début du siècle comme un critère scientifique pertinent pouvant remplacer la responsabilité, elle se présente pour M. ANCEL comme un concept plus théorique que l'on doit appréhender par le concept plus large de personnalité du délinquant. Au-delà de cette différence d'approche, ces deux auteurs ont en commun la même volonté de remplacer le concept classique de responsabilité qui a montré ses limites. Trop métaphysique et difficile à évaluer pour LAIGNEL-LAVASTINE, la responsabilité apparaît chez ANCEL comme un but et non comme la condition du prononcé d'une peine.

422 - Cette volonté de repenser de manière assez profonde le droit pénal contemporain a ainsi permis de mettre en avant les limites de la responsabilité pénale telle qu'on la concevait classiquement. Mais elle démontre également la difficulté d'abandonner totalement le concept de responsabilité. Si LAIGNEL-LAVASTINE propose ainsi de remplacer le concept de responsabilité par celui plus pragmatique de capacité pénale, il n'envisageait cette substitution que dans le cadre de l'expertise médico-légale. De la même façon, si les doctrines de la Défense sociale proposent d'adopter un système juridique original dans lequel la responsabilité n'a pas sa place, elles sont néanmoins contraintes de lui substituer un autre concept, celui « *d'antisocialité subjective* » chez GRAMATICA ou de personnalité du délinquant chez ANCEL. Cela démontre le caractère essentiel du concept de responsabilité que les implications philosophiques, morales ou éthiques rendent indispensable en matière pénale. C'est pourquoi d'autres auteurs ont développé un courant plus modéré tentant de concilier les enseignements de la Défense sociale nouvelle avec le système pénal classique. Il ne s'agit plus alors pour la capacité pénale de remplacer la responsabilité pénale, mais plutôt de la compléter.

¹ Sur la jurisprudence *Tonapani* faisant prévaloir la prise en compte de la personnalité sur les circonstances, v. *supra* n° 486, note 8.

Section 2 :

L'approche conciliatrice de la capacité pénale

423 - Certains auteurs ont tenté de combiner les apports de la Défense sociale avec la conception rétributive classique de la responsabilité pénale¹. On regroupe généralement ces idées sous l'étiquette de « néo-classicisme », à l'image de l'école néo-classique de la Restauration qui cherchait à tempérer la rigueur abstraite du Code pénal de 1810 en intégrant des considérations subjectives. Néanmoins, afin de distinguer le néo-classicisme contemporain de celui de 1830, certains auteurs ont proposé de le qualifier de « *néo-classicisme nouveau* »², voire de « *néo-classicisme new look* »³. Afin d'éviter ces pléonasmes maladroits, nous leur préférons le terme de « néo-classicisme contemporain » puisque les idées qu'il défend sont encore à l'heure actuelle partagées par de nombreux auteurs.

424 - Ce mouvement se révélera fondamental pour le concept de capacité pénale car il contribuera non seulement à donner une définition originale de celle-ci mais permettra aussi d'en fixer le domaine d'application. Plus qu'un équivalent scientifique ou fonctionnel de la responsabilité, la capacité pénale entendue dorénavant comme l'aptitude à profiter de la sanction va, grâce à la réflexion de certains auteurs, devenir un élément essentiel de l'individualisation de la sanction. Cette définition originale de la capacité pénale apparaît ainsi comme une synthèse réussie entre classicisme et Défense sociale (§ 1). A l'étude de la synthèse néo-classique à l'origine de la définition moderne de capacité pénale (§ 1) succèdera celle de la portée de ce concept (§ 2).

¹ Contrairement à la défense sociale qui se présente comme un mouvement doctrinal, il est difficile d'identifier une véritable doctrine néo-classique. Comme l'écrivent MM. MERLE et VITU : « *Il s'agit d'ailleurs d'une tendance doctrinale encore diffuse et peu systématisée qui se dégage d'une observation attentive des idées exprimées çà et là d'une façon fragmentaire par certains spectateurs indécis du mouvement de défense sociale* », *Traité de droit criminel - T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 89, p. 138. Sur ce mouvement, v. J. LEAUTE, *Le néo-classicisme*, in *La responsabilité, Travaux de l'institut de sciences criminelles et pénitentiaire de Strasbourg*, Dalloz, 1961, p. 351 et s.

² A l'instar de la défense sociale nouvelle de M. ANCEL, v. R. MERLE et A. VITU, *op. cit., loc. cit.* V. également M. ANCEL, *Compte rendu des discussions des XII^{es} journées de défense sociale (19 et 20 juin 1964)*, RSC 1964, p. 801 et 802.

³ G. LEVASSEUR, *Rapport de synthèse présenté aux XII^{es} journées de défense sociale*, RSC 1964, p. 790.

§ 1 – La synthèse néoclassique à l’origine de la définition de la capacité pénale

425 - L’apport du néoclassicisme contemporain au concept de capacité pénale tel qu’on l’entend aujourd’hui est fondamental. Au-delà d’une simple synthèse des mouvements doctrinaux précédents, ce courant dont il faudra rappeler les fondements (A) développera une conception originale du concept de capacité pénale (B).

A – Les fondements du courant néoclassique contemporain

426 - Le néoclassicisme contemporain peut être résumé autour de deux idées essentielles : l’attachement à la conception rétributive traditionnellement reconnue à la condamnation pénale (1) ainsi que la nécessité de bien distinguer la question théorique du fondement de la responsabilité pénale et celle plus pratique de l’individualisation de la sanction pénale (2).

1- L’attachement à une certaine conception rétributive de la condamnation pénale

427 - L’élément commun à cette doctrine néoclassique est la volonté de certains auteurs de s’opposer à la « déjudiciarisation » préconisée par M. ANCEL. En effet, le mouvement de Défense sociale nouvelle se caractérise par la mise en place d’une véritable action sociale visant à lutter contre la délinquance en proposant des mesures de défense sociale. Aussi pertinente soit-elle, cette conception nouvelle du droit pénal minimise¹ l’importance du contenu moral de la responsabilité pénale. Comme l’a démontré P. FAUCONNET dans sa thèse², la responsabilité pénale obéit à des mécanismes sociaux complexes. Le sociologue affirme ainsi que le trouble social engendré par la commission d’une infraction nécessite d’être effacé, mais que, faute de pouvoir effacer le crime lui-même, c’est par l’imposition

¹ Il est nécessaire de bien comprendre le contenu de cette critique. En effet, il a couramment été reproché à la défense sociale nouvelle de rejeter tout caractère rétributif à la sanction pénale. Cette critique nous semble excessive et a d’ailleurs été réfutée à plusieurs reprises par M. ANCEL lui-même : v. notamment l’article *Défendre la défense sociale*, RSC 1964, p. 190 et le *Compte rendu des discussions des XII^{es} journées de défense sociale (19 et 20 juin 1964)*, RSC 1964, p. 803. Il semble toutefois difficile de nier que la finalité pédagogique ou thérapeutique reconnue au droit pénal par le mouvement de défense sociale tend à réduire l’importance, en partie tout au moins, de l’aspect rétributif traditionnel de la sanction pénale.

² P. FAUCONNET, *La responsabilité, Étude de sociologie*, Félix Alcan, 1920.

d'une peine à un ou plusieurs responsables que ce trouble social est contenu¹. Les règles juridiques organisant la répression apparaissent alors comme le moyen permettant de fournir à la peine, rendue indispensable par l'infraction, un point d'application. Peu importe donc que l'individu sanctionné soit l'auteur de l'infraction ou lui soit complètement étranger, puisque la sanction importe plus que les raisons pour lesquelles l'individu doit être sanctionné². A ce titre, P. FAUCONNET utilise une métaphore intéressante puisqu'il compare la responsabilité à une force qui s'élèverait du crime puis qui resterait flottante au dessus de celui-ci avant de se fixer sur un ou plusieurs individus qui devront être sanctionnés afin de décharger l'émotion suscitée par le crime³. Cette analyse de la responsabilité nous montre bien à quel point celle-ci a une fonction symbolique essentielle, presque cathartique. On peut rapprocher cette conception des travaux de R. SALEILLES lorsqu'il soutient que la responsabilité pénale doit prendre en compte le sentiment populaire de la responsabilité, c'est-à-dire l'opinion que le peuple se fait de la responsabilité⁴. Le célèbre juriste français met ainsi en lumière ce qu'il définit comme un « *instinct préexistant de l'idée de responsabilité* », que le droit ne ferait que reconnaître, offrant ainsi un cadre juridique à une notion appartenant à l'inconscient collectif. Analysant cette conception sociale de la responsabilité comme la véritable « *force agissante du droit pénal* », R. SALEILLES considère que les règles juridiques relatives à la responsabilité pénale doivent, sinon se conformer à l'image de la responsabilité dans la conscience collective, au moins ne pas la contredire⁵.

¹ « C'est au crime même que s'appliquerait la peine, si elle pouvait le saisir pour l'annihiler » et l'auteur poursuit, « *Nous sommes autorisés (sic) à dire que, dans le criminel, c'est le crime que vise la peine. Si elle pouvait atteindre le crime même, comme la sanction restitutive atteint l'acte illégal qu'elle annule, elle le ferait* », P. FAUCONNET, *op. cit.*, p. 227 et p. 231.

² Le sociologue consacre d'ailleurs quelques lignes au phénomène bien connu du « bouc émissaire », P. FAUCONNET, *op. cit.*

³ V. le chapitre IV de l'ouvrage de P. FAUCONNET, *op. cit.*, spéc. les paragraphes III et IV p. 234 et s.

⁴ R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine, De Saleilles à aujourd'hui (réédition de la troisième édition de l'ouvrage de Raymond Saleilles, et L'individualisation de la peine, Cent ans après Saleilles)*, Erès, 2001, p. 106 et s.

⁵ L'auteur critique d'ailleurs les positions de l'école positiviste italienne fondées sur une responsabilité sociale voire sur la simple dangerosité du délinquant, car elles contribuent à ruiner l'idée de responsabilité que se fait le peuple, R. SALEILLES, *op. cit.*, p. 106. Un peu plus loin, l'auteur conclut même que « *liberté et responsabilité sont deux mots qui ne sauraient disparaître de notre langue usuelle, sans entraîner dans le stock d'idées dont nous vivons un vide que rien ne saurait combler* », R. SALEILLES, *op. cit.*, p. 114.

428 - Ces travaux démontrent bien la difficulté de concilier les prises de position modernes de la Défense sociale avec le contenu moral irréductible du concept de responsabilité pénale. Cela explique que plusieurs auteurs aient cherché à conserver l'aspect rétributif intrinsèque de la responsabilité pénale et ont tenté de l'intégrer en matière pénale. Parmi ces néoclassiques modernes, on peut citer le célèbre pénaliste R. MERLE qui s'est longtemps opposé à M. ANCEL sur cette question. Dans un rapport présenté aux XII^{es} journées de Défense sociale¹, R. MERLE expose ainsi les grandes lignes de la doctrine néoclassique moderne qu'il défend. Selon lui, il est important de ne pas sous-estimer « *la valeur enseignante et moralisatrice de la condamnation pénale rétributive* »². En effet, en reconnaissant et en sanctionnant les atteintes les plus graves à l'ordre social, le droit pénal se présente comme le garant des valeurs morales de la société. Aussi, une répression uniquement guidée par des considérations subjectives risquerait de fausser l'échelle des valeurs sociales et à terme « *d'émousser le sentiment populaire de la responsabilité* »³ mis en lumière par SALEILLES. De plus, si l'application des idées de la Défense sociale en droit pénal des mineurs semble pertinente, sa généralisation à tous les individus semble plus difficile voire dangereuse⁴. Afin de conserver cette signification morale du droit pénal tout en tenant compte des objections moderne de la Défense sociale, R. MERLE propose de donner à la notion de rétribution un nouveau sens, ou plutôt une nouvelle fonction. A une rétribution envisagée uniquement dans sa dimension quantitative, conduisant à proportionner la sanction pénale à la gravité de l'acte ou de la faute, pourrait alors s'opposer une rétribution envisagée qualitativement fournissant à l'intervention étatique son fondement juridique. Cette conception moderne de la rétribution repose ainsi sur une volonté de distinguer très nettement la question théorique du fondement de la responsabilité de celle plus technique de l'individualisation de la sanction.

¹ R. MERLE, *Rapport aux XII^e Journées françaises de défense sociale*, RSC 1964, p. 725 et s.

² R. MERLE, *op. cit.*, p. 731

³ R. MERLE, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴ R. MERLE, *op. cit.*, p. 732

2- La distinction nécessaire entre fondement de la responsabilité pénale et individualisation de la sanction pénale

429 - S'opère chez les néoclassiques contemporains une certaine rupture entre la question du fondement de la responsabilité pénale qui doit refléter la part de rétribution nécessitée par le trouble social provoqué par l'infraction et la phase, nécessairement postérieure, de la détermination de la sanction qui peut, quant à elle, se détacher de ces considérations rétributives classiques pour intégrer notamment des données subjectives propres au délinquant.

430 - Cette dichotomie proposée par les néoclassiques modernes entre le fondement de la responsabilité et l'aménagement de ses conséquences était d'ailleurs déjà présente chez SALEILLES. En effet, alors qu'il cherche à concilier la conception traditionnelle de la responsabilité fondée sur la liberté¹ avec les apports des positivistes italiens qui défendaient l'idée d'une individualisation subjective de la sanction, SALEILLES remarque que la question du fondement moral de la peine qui doit nécessairement faire une place à l'idée de liberté et de responsabilité ne peut, en revanche, être utilisé comme critère pertinent pour mesurer la sanction pénale. La question de l'individualisation de la sanction doit donc être soigneusement distinguée de la notion de responsabilité morale pour ne dépendre que de considérations subjectives propres à l'auteur de l'infraction. Cette position éclectique² est résumée par SALEILLES en des termes qui peuvent aujourd'hui paraître extrêmement novateurs pour l'époque³ : « *C'est le crime que l'on punit, mais c'est la considération de l'individu qui détermine le genre de mesure qui lui convient. La responsabilité, fondement de la peine, et l'individualisation, critérium de son application : telle est la formule du droit*

¹ « *L'idée de liberté et de responsabilité est pour le peuple le fondement de l'idée de sanction* », R. SALEILLES, *op. cit.*, p. 113.

² Œcuménique pourrait-on dire.

³ Rappelons que la première édition de *L'individualisation de la peine* date de 1899. Pour un aperçu des circonstances qui entourent la rédaction de cet ouvrage, v. *supra* n° 377. On retrouve la même idée en germe chez un auteur italien du XVIII^e et XIX^e siècle, G. ROMAGNOSI : « *À elle seule l'imputabilité morale sert à indiquer quand on peut et doit punir, et non comment et dans quelle mesure on peut et doit punir* », *Genesi del diritto penale (Genèse de droit pénal)*, 1^e éd. 1791, rééd. par Sanvito en 1857, § 1333.

pénal moderne »¹. L'auteur préfigure ainsi le mouvement néoclassique moderne représenté notamment par R. MERLE² qui met en avant l'importance de distinguer le fondement de la responsabilité pénale et l'individualisation de la sanction pénale.

431 - Le dualisme néoclassique permet ainsi de conserver la dimension morale de la responsabilité tout en offrant au juge un critère pertinent d'individualisation de la sanction, grâce au concept original de capacité à la sanction. En distinguant la question du fondement de la responsabilité de celle de l'individualisation de la sanction, le mouvement néoclassique a ainsi contribué à donner une certaine autonomie au concept de capacité à la sanction lui permettant d'être considéré comme un critère pertinent guidant le juge pénal dans le choix de la sanction. Son domaine, initialement limité à des catégories de délinquants particuliers (mineurs et anormaux ou aliénés), s'est alors considérablement élargi puisqu'en tant que critère subjectif de l'individualisation de la sanction, le concept de capacité pénale concerne l'ensemble des délinquants qui peuvent, dès lors, prétendre à une sanction adaptée à leurs besoins. C'est probablement la raison pour laquelle le courant néoclassique jouera un rôle déterminant dans la popularisation de ce concept, notamment grâce à la conception inédite de celui-ci que proposeront MM. MERLE et VITU.

B – La conception néoclassique originale de la capacité pénale

432 - Si ce concept a suscité un engouement immense de la part de la doctrine, c'est en grande partie grâce à la définition inédite qu'en ont donnée MM. MERLE et VITU (1), bien que l'on puisse regretter la dénomination que ces auteurs ont choisie (2).

¹ R. SALEILLES, *op. cit.*, p. 121.

² On pourrait également citer A. RICHARD, auteur d'un ouvrage sur *La mission méconnue de la justice pénale*, éd. du Levain, 1956, dont les idées sont reprises par G. LEVASSEUR qui le rattache expressément au courant néoclassique moderne, *Rapport aux XII^e Journées françaises de défense sociale*, RSC 1964, p. 793.

1- Une définition inédite de la capacité pénale

433 - Le mérite de ces auteurs sera de reprendre la dichotomie envisagée par SALEILLES et de l'intégrer à l'étude du concept d'imputabilité. Dans leur célèbre *Traité de droit criminel* ils donnent ainsi à l'imputabilité un contenu assez original puisqu'ils la définissent comme une aptitude à la sanction dont ils distinguent deux acceptions. Une première acception classique qui consiste à définir l'imputabilité comme une « aptitude à mériter la sanction » permet de conserver à la condamnation pénale son aspect rétributif traditionnel. Toutefois, aussi importante soit-elle, l'imputabilité n'épuise pas totalement la question de l'aptitude à la sanction. C'est pourquoi ces auteurs choisissent de faire appel au concept criminologique¹ de capacité pénale qu'ils définissent comme « l'aptitude d'un délinquant à bénéficier de la sanction après son jugement »².

434 - Cette référence explicite à la capacité pénale, définie de manière inédite comme l'aptitude du délinquant à bénéficier d'une sanction, contribuera largement à sa diffusion dans la doctrine contemporaine³, la majorité des auteurs reprenant aujourd'hui cette définition criminologique⁴. Si cette dernière n'a d'ailleurs presque pas variée, le concept d'aptitude à la sanction a, quant à lui, connu une évolution plutôt confuse, les auteurs du célèbre *Traité de droit criminel* finissant même par lui substituer le concept d'imputabilité⁵. C'est donc à MM.

¹ Il semble que cette référence à la criminologie s'explique moins par le contenu même de cette aptitude à tirer profit de la sanction, que par l'origine pluridisciplinaire du concept même de capacité pénale qui, on l'a vu, a été employé pour la première fois par un juriste puis repris par des psychiatres et enfin systématisé par des juristes et des criminologues.

² La plupart des auteurs renvoient d'ailleurs généralement à l'article de V. STANCIU sur la capacité pénale, bien que cet article ne soit en réalité que le reprise *in extenso* d'un passage du Précis de criminologie que V. STANCIU a coécrit avec LAIGNEL-LAVASTINE en 1950, v. M LAIGNEL-LAVASTINE et V. STANCIU, *Précis de criminologie*, Payot, 1950, p. 124 et s.

³ Ce qui explique d'ailleurs que la paternité du concept de capacité pénale, au sens d'aptitude à profiter de la sanction, soit souvent attribuée, à tort, à ces deux auteurs, alors même qu'il s'agit d'un concept qui est apparu, comme on a pu le voir, à la fin du XIX^e siècle.

⁴ V. ainsi J. CASTAGNEDE, *La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 : un nouveau regard porté sur le droit pénal des mineurs*, D. 2003, chron. p. 779, spéc. p. 781

⁵ Dans la première édition de leur *Traité de droit criminel*, R. MERLE et A. VITU traitent des questions relatives à l'imputabilité dans deux chapitres intitulés « la capacité pénale des personnes physiques » (R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, 1^e éd., 1967, p. 473 et s.) et « la capacité pénale des personnes morales » (*ibidem*, p.489 et s.). Par la suite, ils choisissent de faire de l'aptitude à la sanction une notion autonome composée de deux éléments : l'imputabilité et la capacité pénale, étudiant successivement « l'aptitude à la sanction chez les personnes physiques » (R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, p. 721 et s.) et « l'aptitude à la sanction chez les

MERLE et VITU que l'ont doit d'avoir mis en évidence l'importance de l'aptitude à profiter de la sanction et plus précisément d'avoir bien compris le rôle qu'elle pouvait jouer dans la détermination de la sanction par la juridiction de jugement.

435 - Si l'on ne peut que se féliciter de cette intégration tardive de la capacité à tirer profit de la sanction dans la mesure où elle traduit l'essor de la criminologie et l'intérêt de la doctrine pénale pour les sciences humaines, on peut toutefois regretter le choix ambigu de l'expression de « capacité pénale » pour désigner cette aptitude à profiter de la sanction.

2- Une dénomination maladroite de la capacité pénale

436 - Qualifier l'aptitude à tirer profit de la sanction de capacité pénale nous semble trop large et donc inadapté. Si l'expression n'est pas nouvelle et fut employée à l'origine par SALEILLES pour désigner l'aptitude psychologique à la peine, elle a ensuite été reprise par LAIGNEL-LAVASTINE qui voyait en elle un concept pertinent pouvant remplacer celui de responsabilité, jugé trop métaphysique par les experts psychiatres du début du siècle. C'est pourquoi, il semble maladroit de choisir ce terme amphibologique pour qualifier l'aptitude à tirer profit d'une peine. Limiter la capacité pénale à la seule aptitude à la sanction conduit ainsi à négliger l'importance de son rôle en amont de la sanction, c'est-à-dire en matière de caractérisation de l'infraction¹ ou d'imputation de celle-ci². La définition large de la capacité pénale proposée par M. ANCEL, à savoir la « *capacité [d'un individu] de commettre des délits dont on puisse lui demander compte* »³, montre d'ailleurs que le concept de capacité pénale est beaucoup plus vaste que la simple aptitude à la sanction.

437 - Ce choix terminologique apparaît d'autant plus regrettable que R. MERLE avait proposé une analyse pertinente de ce concept dans un rapport présenté aux XII^{es} journées de

personnes morales » (*ibidem*, p. 741). Ce n'est qu'à partir de la quatrième édition parue en 1981 que le concept d'aptitude à la sanction disparaîtra totalement, remplacé par celui d'imputabilité : v. ainsi R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, 4^e éd., 1981, n° 562 et s.

¹ Par le biais de la capacité délictuelle.

² Par le biais de l'imputabilité.

³ Cité par Ch. LAZERGES, *Le concept d'imputabilité dans les doctrines de défense sociale*, RSC 1983, p. 320.

Défense sociale, soit quelques années seulement avant la publication du célèbre *Traité de droit criminel*. Synthétisant les points de divergence entre le courant néoclassique et la Défense sociale nouvelle, R. MERLE y écrivait que « *la responsabilité pénale, conditionnée d'abord par la culpabilité matérielle et morale [...] apparaît de plus en plus comme l'aptitude à ressentir la nécessité du châtement, à la supporter et à en bénéficier* »¹. Derrière cette référence maladroite à la responsabilité, il semble que c'est à la capacité pénale, au sens large, que se réfère R. MERLE. De même, lorsqu'il évoque l'idée selon laquelle les déments peuvent être « *aptés à la responsabilité pénale* »², c'est bien la capacité pénale, non à la simple aptitude à la sanction qu'évoque R. MERLE en se référant à une aptitude à la responsabilité pénale. On ne peut dès lors que regretter que l'aptitude à profiter de la sanction n'ait pas reçu de dénomination spécifique permettant de la distinguer de la capacité pénale au sens large, regroupant l'aptitude à l'infraction, à l'imputation de l'infraction et à la sanction. C'est d'autant plus fâcheux que R. MERLE, d'abord dans un article³, puis dans le *Traité* qu'il a coécrit avec A. VITU⁴, proposait un terme susceptible d'exprimer cette aptitude positive à bénéficier de la sanction.

438 - Evoquant le droit des mineurs et plus précisément la possibilité pour les juridictions pour enfants de prononcer des peines en fonction de l'opportunité de celles-ci, il y écrit que ces juridictions spécialisées se prononcent « *en considération de ce que l'on pourrait appeler "l'aptitude pénitentiaire" du mineur* »⁵. Bien que la référence à la prison induite par l'épithète « pénitentiaire » puisse, *a priori*, susciter quelques réserves car il semble limiter le domaine de cette aptitude à la seule peine privative de liberté, l'argument n'est pas irréfutable. Si l'adjectif « pénitentiaire » est en effet généralement utilisé aujourd'hui pour désigner tout ce qui concerne l'univers carcéral, l'étymologie de ce terme nous apprend qu'il dérive du terme théologique de « pénitence » désignant le « *profond regret, les remords d'avoir offensé Dieu, accompagné de l'intention de réparer ses fautes et de ne plus y retomber* »⁶. Au-delà de ce

¹ R. MERLE, *Rapport aux XII^e Journées françaises de défense sociale*, RSC 1964, p. 731.

² R. MERLE, *op. cit.*, p. 732.

³ R. MERLE, *Rapport aux XII^e Journées françaises de défense sociale*, RSC 1964, p. 725 et s.

⁴ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, 7^e éd., n° 90, p. 141.

⁵ R. MERLE, *op. cit.*, p. 731.

⁶ V° « Pénitence », *Le nouveau petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, sous la direction de J. REY-DEBOVE et d' A. REY, Le Robert, 2009. Sur la place de cette notion de pénitence

sens spécifiquement religieux, les termes de « capacité pénitentiaire » ou d' « aptitude pénitentiaire »¹ nous paraissent exprimer assez bien l'idée d'une certaine prise de conscience et d'une réflexion profonde de l'individu quant à sa peine. C'est pourquoi, ils nous semblent pertinents pour désigner cette composante originale de la capacité pénale qu'est l'aptitude à subir et à profiter de la sanction. On peut d'ailleurs regretter qu'aucun auteur n'ait jamais repris cette formule pour désigner l'aptitude à profiter de la sanction².

439 - Appréhendée comme un critère pertinent permettant au juge de choisir et de mesurer la sanction pénale en fonction des spécificités de chaque délinquant, la capacité pénale apparaît comme un concept original dont il faut désormais présenter les implications.

§ 2 – Les implications de la conception néoclassique de la capacité pénale

440 - Si cette prise en compte croissante du délinquant et des « *possibilités réceptives que recèle la personnalité du sujet en regard des différents types de sanction* »³ doit être

en matière pénale, v. l'ouvrage de R. MERLE, *La pénitence et la peine*, Cujas, 1985. Cette proximité entre le terme « pénitentiaire » et la notion théologique de « pénitence » apparaît d'ailleurs très bien dans la définition de l'adjectif « pénitentiaire » : « Qui a rapport aux moyens employés pour l'amélioration morale des condamnés », v° « *Pénitentiaire* », *Le nouveau Littré*, Garnier, 2007.

¹ L'expression d' « aptitude pénitentiaire » peut sembler préférable à celle de « capacité pénitentiaire » car cette dernière est parfois utilisée pour désigner le nombre de places dont disposent les établissements pénitentiaires (v. par exemple le rapport législatif du Sénat relatif au projet de loi de finances pour 2007 qui précise que la « capacité pénitentiaire » française s'élevait à 49 595 détenus en 2004 et l'évaluait à environ 60 000 places d'ici 2008-2009 : Avis n° 83, T.4 (2006-2007) de M. Ph. GOUJON, fait au nom de la Commission des lois, déposé au Sénat le 23 novembre 2006 [en ligne]: http://www.senat.fr/rap/a06-083-4/a06-083-4_mono.html). Il semble pourtant plus correct de parler dans ce cas de « capacité carcérale » afin d'éviter toute confusion. V. ainsi la Recommandation du Conseil de l'Europe selon laquelle « Les pays dont la *capacité carcérale* pourrait être globalement suffisante mais mal adaptée aux besoins locaux devraient s'efforcer d'aboutir à une répartition plus rationnelle de cette capacité », Recommandation n°(99) 22 concernant le surpeuplement des prisons et l'inflation carcérale, adoptée le 30 septembre 1999, [en ligne] : <https://wcd.coe.int/wcd/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=538657&SecMode=1&DocId=412146&Usage=2>. Il est important de distinguer cette capacité carcérale abstraite de la population pénitentiaire, c'est-à-dire du nombre de détenus effectivement incarcérés, le rapport entre ces deux valeurs permettant de calculer le taux d'occupation, ou de manière plus correcte, la densité carcérale des établissements pénitentiaires. Sur toutes ces notions, v. *Statistiques pénales (infractions, mesures et sanctions)*, *Rép. Pén.*, par P.V. TOURNIER, n° 13 et s., spéc. n° 23 et s.

² On peut surtout déplorer le fait que MM. MERLE et VITU aient choisi de substituer à l'expression d' « aptitude pénitentiaire » celle, moins précise, de « *capacité pénale* », v. not. R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 631, p. 798 : « *L'ordonnance de 1945 a donc nettement substitué le critère de la capacité pénale au traditionnel critère de l'imputabilité* ».

³ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 1967, n° 473, p. 471.

approuvée dans la mesure où elle reflète le mouvement tendant à imposer une détermination subjective de la sanction pénale, elle nécessite d'être précisée. Bien que le concept de capacité pénale paraisse adapté à la responsabilité pénale des personnes physiques à laquelle il apporte une dimension humaniste essentielle (A), il semble toutefois difficile de le transposer aux responsables particuliers que constituent les personnes morales (B).

A- La signification du concept de capacité pénale chez les personnes physiques

441 - L'intérêt croissant pour ce concept au cours de la seconde moitié du XX^e siècle témoigne de son rôle fondamental dans l'évolution du droit pénal moderne¹. L'essor d'une individualisation subjective de la peine illustre parfaitement l'influence de la capacité pénale. Le mouvement visant à imposer une personnalisation poussée de la sanction (1) ainsi que le développement de la visée perfectionnelle attribuée à la peine (2) apparaissent en effet comme la traduction juridique de la prise en considération de l'aptitude du délinquant à subir une sanction pénale et à en profiter.

1- La personnalisation de la sanction, manifestation pratique de la prise en compte de la capacité pénale du délinquant

442 - La capacité pénale est présentée par les néoclassiques comme un indicateur pertinent permettant de choisir et de mesurer la sanction en fonction de la spécificité et des besoins du délinquant. Refusant d'être limité à son seul aspect répressif, le droit pénal se caractérise en effet depuis les années soixante-dix par la place croissante accordée au délinquant. En faisant de l'aptitude du délinquant à la sanction un des critères de l'individualisation de la sanction, le droit pénal rejette ainsi le principe d'une individualisation objective de la sanction fondée notamment sur la gravité de l'infraction. Il lui préfère au contraire une individualisation subjective de la sanction, qu'il semble d'ailleurs plus pertinent de qualifier de

¹ Comme l'avait très bien compris SALEILLES dès le début du XX^e siècle, puisqu'il écrivait: « *La responsabilité, fondement de la peine, et l'individualisation, critérium de son application : telle est la formule du droit pénal moderne* », R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine, De Saleilles à aujourd'hui (réédition de la troisième édition de l'ouvrage de Raymond Saleilles, et L'individualisation de la peine, Cent ans après Saleilles)*, Erès, 2001, p. 121.

personnalisation de la sanction afin de mieux exprimer le rôle fondamental joué par la personnalité du délinquant¹.

443 - Bien que le Code pénal ne fasse jamais expressément référence à l'aptitude du délinquant à être sanctionné, on peut considérer les nombreuses références à la personnalité du délinquant² comme la consécration du rôle joué par la capacité à la sanction en droit pénal. La notion de personnalité du délinquant apparaît en effet comme le moyen pour le droit pénal d'appréhender l'aptitude du délinquant à subir une sanction pénale et à en profiter. Les multiples références à la personnalité du délinquant ainsi que la consécration expresse du principe de personnalisation de la sanction, que ce soit au moment du prononcé de la sanction³ ou au cours de son exécution⁴, permettent en effet aux juridictions pénales d'évaluer et de prendre en compte la réceptivité du délinquant à une sanction, voire à un type de sanction. Le choix d'appréhender l'aptitude à la sanction par le biais de la notion plus large de personnalité peut ainsi être interprété comme une consécration des idées de la Défense sociale nouvelle, notamment celles de M. ANCEL qui affirmait dès 1964 que « *la personnalité de l'individu est la mesure de ce que l'on appelle parfois aujourd'hui souvent sa capacité pénale* »⁵.

444 - Mais le rôle joué par la capacité pénale, appréhendée par la notion de personnalité du délinquant, ne se limite pas à ce seul aspect technique. En tant qu'application du concept plus large de capacité pénale, elle confère en effet au droit pénal et plus précisément à la peine, une

¹ Pour une opinion similaire, v. I. DREAN-RIVETTE, *La personnalisation de la peine dans le Code pénal*, L'Harmattan, 2005, p. 35 : « Au terme de la définition posée par le Doyen Cornu, la personnalisation consiste dans "l'action d'adapter une solution, mesure ou sanction à la personnalité de celui qu'elle concerne". Le concept de personnalisation renverrait donc à celui de personnalité, lui-même complexe ». Sur cette question, v. *infra* n° 459 et s.

² L'article 132-24 du Code pénal y fait référence à trois reprises.

³ Art. 132-24, al. 1^{er} du Code pénal : « Dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Lorsque la juridiction prononce une peine d'amende, elle détermine son montant en tenant compte également des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction ».

⁴ Art. 707 du Code de procédure pénale : « A cette fin, les peines sont aménagées avant leur mise à exécution ou en cours d'exécution si la personnalité et la situation matérielle, familiale et sociale du condamné ou leur évolution le permettent. L'individualisation des peines doit, chaque fois que cela est possible, permettre le retour progressif du condamné à la liberté et éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire ».

⁵ M. ANCEL, *La responsabilité pénale : le point de vue juridique*, RICPT 1964, p. 268.

dimension subjective essentielle. Ainsi, à l'image de la capacité délictuelle ou de l'imputabilité qui contribuent à donner à l'infraction et à la responsabilité pénale une dimension éthique et morale, la capacité pénale témoigne de l'importance de la place du délinquant lors du choix et de l'exécution de la sanction comme le prouvent la multiplication récente de sanctions visant à assurer le reclassement social du délinquant.

2- La dimension « perfectionnelle » reconnue à la peine

445 - Reconnaître que le délinquant puisse « profiter » de la peine qui lui est infligée suppose en effet que l'on attribue à celle-ci une dimension « perfectionnelle ». En cela, le concept de capacité pénale apparaît comme une application des idées développées par l'école pénitentiaire à la fin du XIX^e siècle¹. Toutefois, le droit pénal actuel ne se contente plus de rechercher, le reclassement moral de l'individu, il se voit attribuer à partir de la seconde moitié du XX^e siècle, une finalité sociale conduisant à favoriser la réinsertion du délinquant. Le concept de capacité pénale reflète ainsi la mutation fondamentale que connaît le droit pénal au XX^e siècle². Ce lien entre capacité pénale et resocialisation apparaît très clairement lorsque MM. MERLE et VITU décrivent l'aptitude à profiter de la sanction comme « *une notion dynamique éclairée par l'avenir du délinquant, et par les impératifs de sa resocialisation* ». La capacité pénale « dynamise[rait] »³ alors la responsabilité pénale en y introduisant des considérations relatives, non plus au passé du délinquant, mais à son avenir. Autrement dit, comme l'écrit un auteur, « *la capacité pénale s'appuie sur l'idée de réadaptation sociale. Utile en matière de justice des majeurs si l'on veut bien reconnaître à la sanction une visée réadaptative et restaurative, et pas seulement rétributive et exemplaire, le concept de capacité pénale*⁴ s'avère indispensable en matière de justice des mineurs dans la

¹ Sur ce mouvement, v. *supra* n° 357 et s.

² Comme l'écrit M. ANCEL à propos du Code pénal suisse de 1937 : « *Une notion nouvelle de l'individualisation, de plus larges pouvoirs accordés au juge pénal aussi bien que l'instauration délibérée d'un système de mesures de sûreté devaient constituer les signes essentiels d'une législation pénale moderne. [...] Le droit pénal du XX^e siècle était né* », M. ANCEL, *Le Code pénal suisse et la politique criminelle moderne*, *Revue pénale suisse*, 1958, p. 168.

³ J. CASTAGNEDE, *La responsabilité pénale du mineur, évolution ou révolution ?*, *RPDP* 2004, p. 274.

⁴ *Idem*.

mesure où la socialisation du mineur prime dans la démarche judiciaire »¹. Il n'est d'ailleurs pas étonnant que le « renouveau » de la capacité pénale après la guerre, grâce notamment aux réflexions de M. ANCEL ou de MM. MERLE et VITU, s'accompagne de l'émergence de nouvelles sanctions pénales dont le but n'est plus de punir l'auteur d'une infraction mais de favoriser sa réinsertion ou pour le mineur, sa rééducation.

446 - A la fonction traditionnellement rétributive de la peine, s'ajoute désormais une finalité plus moderne qui met en avant la réadaptation sociale du délinquant, conduisant à développer des sanctions originales fondées sur la réceptivité du délinquant à la sanction. Si les multiples références dans le Code pénal à la nécessité d'assurer la réinsertion du délinquant² ou son reclassement social³ traduisent ainsi l'importance de cette nouvelle finalité reconnue à la sanction pénale, elles apparaissent également comme le signe d'une intégration réussie de la capacité à la sanction par le droit pénal comme le prouve la création de mesures inédites telles que la dispense de peine⁴ apparue en 1975⁵ ou le travail d'intérêt général⁶. Si l'influence de la capacité pénale du délinquant est donc indéniable, elle varie cependant selon le type de délinquant. Adapté aux êtres faits de chair et de sang, la capacité pénale semble en revanche beaucoup plus difficile à concevoir à l'égard des personnes morales.

B- L'inadaptation du concept de capacité pénale aux personnes morales

447 - La consécration par le législateur de la responsabilité pénale des personnes morales marque l'admission d'une responsabilité pénale d'un genre nouveau qui bouleverse les concepts traditionnels de la matière. A l'image des applications de la capacité pénale nécessaires à l'engagement de la responsabilité que sont la capacité délictuelle et

¹ J. CASTAGNEDE, *op. cit., loc. cit.*

² V. par exemple l'article 132-24, al. 2 du Code pénal qui évoque « la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné ».

³ V. notamment les articles 132-43 ou 132-46 du Code pénal.

⁴ Articles 132-58 et s. du Code pénal. Cette mesure permet aux juridictions de jugement de reconnaître la responsabilité d'un individu tout en l'exonérant de toute sanction pénale.

⁵ Sur la portée de la loi du 11 juillet 1975 instituant la dispense de peine, v., A. DECOCQ, *Les modifications apportées par la loi du 11 juillet 1975 à la théorie générale du droit pénal*, RSC 1976, p. 5 et s.

⁶ C'est la loi du 10 juin 1983 qui a introduit le travail d'intérêt général en droit pénal français.

l'imputabilité, l'aptitude à la sanction semble difficilement conciliable avec le caractère immatériel des personnes morales. Si la question de leur aptitude à subir une peine peut se poser¹, il paraît en revanche difficile d'admettre qu'une personne morale puisse être dotée d'une quelconque aptitude à profiter d'une peine, c'est-à-dire d'une capacité pénale.

448 - Cette impossibilité à caractériser chez les personnes morales une quelconque capacité pénale démontre, à première vue, l'inutilité de ce concept ou en tout cas, la possibilité de mettre en place une responsabilité pénale et une pénologie indépendante de la question de l'aptitude à la sanction. Toutefois, le faible nombre de peines applicables aux personnes morales démontre que l'absence d'une réelle capacité pénale de celles-ci les prive d'une gamme de sanctions aussi développée que celle des personnes physiques². Ainsi, seule une quinzaine d'articles du Code pénal³ concerne les peines applicables aux personnes morales contre une soixantaine pour les personnes physiques. Cette différence illustre assez bien l'importance de l'aptitude à la sanction. En effet, cette dernière permet au législateur de prévoir une variété de peines afin d'offrir au juge les moyens de choisir celle qui lui semblera la plus adaptée à la personnalité et aux besoins du délinquant. L'absence d'une réelle aptitude des personnes morales à profiter de la sanction (1) explique ainsi le refus de consacrer une réelle personnalisation des sanctions qu'elles encourent (2)

1- L'absence d'une réelle capacité pénale à profiter de la sanction

449 - Résumant l'aptitude du délinquant à profiter de la sanction, la capacité pénale apparaît comme un concept ontologique qui s'accorde mal avec le caractère abstrait des personnes morales (a), ce qui explique l'absence de peines fondées sur la capacité pénale des personnes morales (b).

¹ V. ainsi les réflexions d'Y. MAYAUD pour qui l'aptitude à la peine des personnes morales permet une « adaptation » et une « sélection » des peines encourues par les personnes morales, Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF Droit, 3^e éd., 2010, n° 494 et 495, p. 532.

² La question pratique de l'organisation d'une pénologie spécifique aux personnes morales est et reste encore à l'heure actuelle, assez lacunaire Pour une opinion similaire : E. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, 2010, n° 1431. V. tout de même, P.-E. TROUSSE, *Sanctions pénales et personnes morales*, RDPC 1975-1976, p. 720 et 731.

³ Ces dispositions se trouvent dans une section intitulée « Des peines applicables aux personnes morales » regroupant les articles 131-37 à 131-49 du Code pénal.

a) L'impossible transposition du concept d'aptitude à profiter d'une sanction aux personnes morales

450 - S'il n'est bien sûr pas question de revenir sur la consécration de la responsabilité pénale des personnes morales, les réserves que nous avons formulées au sujet de l'existence d'une possible capacité délictuelle des personnes morales¹ ou bien d'une aptitude à leur imputer une infraction² semblent encore plus fondées lorsqu'il s'agit de s'interroger sur la possibilité de caractériser l'aptitude d'une personne morale à bénéficier d'une sanction. Le concept de capacité pénale renvoie en effet à la faculté pour l'individu condamné à une peine d'en apprécier la signification c'est-à-dire de prendre conscience du trouble social provoqué par l'infraction et d'accepter la ou les mesures qui auront été prises afin de sanctionner, au sens premier du terme, sa responsabilité pénale. En ce sens, un auteur a pu parler de « *signifiance de la peine* »³ dans la mesure où la peine doit être porteuse de sens chez le délinquant. Cette vision moderne⁴ de la peine suppose donc chez le délinquant une certaine capacité d'introspection, difficilement compatible avec le caractère abstrait des personnes morales⁵.

451 - Comme nous avons pu le constater au sujet de la faculté de comprendre, premier élément de la capacité délictuelle, l'absence d'un psychisme propre de la personne morale

¹ V. *supra* n° 207.

² V. *supra* n° 324.

³ G. du MESNIL du BUISSON, *Réflexion sur les rôles du juge et du médecin dans l'intelligibilité de la peine et son évolution, le mariage de Thémis et d'Hippocrate à l'épreuve de la durée*, RSC 1995, p. 844.

⁴ Aussi moderne soit-elle, on trouve toutefois cette idée en germe chez PLATON pour qui la peine devait, avant tout, être éducative : « *Celui qui entreprend de châtier rationnellement ne se venge pas d'une injustice passée – car ce qui est fait est fait–, mais il châtie en vue de l'avenir, pour dissuader le coupable, ou quiconque aura assisté au châtement, de commettre une nouvelle injustice ; et penser cela revient à penser que la vertu peut s'enseigner, puisque c'est pour dissuader qu'il châtie* », PLATON, *Protagoras*, (traduction inédite de F. ILDEFONSE), GF Flammarion, 1997, p. 89

⁵ Pour une opinion similaire, v. I. DREAN-RIVETTE, *La personnalisation de la peine dans le Code pénal*, L'Harmattan, 2005, p. 43 : « *La personnalisation de la peines dans sa dimension qualitative, intelligible c'est-à-dire porteuse de sens pour l'auteur de l'infraction n'est pas applicable aux personnes morales. Ce type particulier de sujet de droit par essence abstrait n'est pas en mesure de porter un regard réflexif et introspectif sur son parcours délinquantiel* ». V. déjà à la fin du XIX^e siècle, les nombreux auteurs refusant le principe d'une responsabilité pénale des personnes morales, parmi lesquels A. MESTRE (« *On ne peut supposer qu'un être imaginaire ait voulu, ait accompli un acte prévu par la loi pénale* », *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, th. Paris, 1899, p. 226-227). Pour une analyse de la doctrine en faveur ou opposée à la responsabilité pénale des personnes morales, v. M. LABORDE-LACOSTE, *De la responsabilité pénale dans ses rapports avec la responsabilité civile et morale*, th. Bordeaux, 1918, p. 181 et s.

empêche de caractériser chez elle une quelconque aptitude à comprendre le sens de la peine. On peut néanmoins penser contourner cette difficulté en ayant recours à la théorie du *substratum*¹ qui permet d'assimiler la personnalité de la personne morale à celle des personnes physiques qui la composent. Si cette théorie permet ainsi de résoudre, au moins en apparence, la difficulté de caractériser ou d'imputer une infraction à la personne morale, elle semble toutefois inadaptée au caractère très personnel de la capacité pénale. Cette dernière s'éloigne en effet de l'acception classique du concept juridique de « capacité », traditionnellement compris comme la condition d'un acte ou d'un statut particulier, pour adopter un contenu et un rôle original, celui d'être un indicateur pertinent permettant de mesurer et d'adapter la sanction aux besoins et aux attentes de celui qui devra la subir. S'il peut donc paraître tentant de considérer que les organes ou les représentants de la personne morale sont la personne morale, et qu'à ce titre, la capacité pénale de la personne morale serait en réalité celle de ses organes ou représentants, ce raisonnement vide la capacité pénale de tout intérêt. Il semblerait en effet absurde de choisir la sanction applicable à une personne morale en s'interrogeant sur la capacité pénale de ses organes ou de ses représentants, le caractère réaliste et éminemment personnel de celle-ci s'opposant en effet à toute fiction.

452 - A défaut d'avoir un psychisme propre, distinct de celui de ses membres, la personne morale ne peut donc être considérée comme réellement capable de profiter d'une peine. Cette conclusion paraît d'ailleurs confirmée par l'étude des peines encourues par les personnes morales puisqu'il n'existe pas de peines applicables aux personnes morales fondées sur cette aptitude à bénéficier de la sanction.

b) L'absence de peines fondées sur l'aptitude à profiter d'une sanction

453 - La liste des peines applicables aux personnes morales laisse apparaître leur faible diversité. Le Code pénal se contente en effet d'une simple énumération des peines encourues et de quelques adaptations rendues nécessaires par la spécificité des personnes morales. L'amende est ainsi la peine principale systématiquement encourue par les personnes morales

¹ V. *supra* n° 184 et s.

dès lors que leur responsabilité peut être engagée et ce même si le législateur n'a pas expressément prévu de peine d'amende dans le texte qui incrimine l'infraction¹. En plus de cette peine qu'on pourrait qualifier de systématique, l'article 131-9 du Code pénal prévoit d'autres peines qui doivent être spécifiquement prévues pour chaque infraction, parmi lesquelles on trouve notamment la dissolution, l'interdiction d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales, le placement sous surveillance judiciaire, la fermeture d'établissement, l'exclusion des marchés publics, etc. A la lecture des peines qui peuvent être encourues par les personnes morales, on remarque que la majorité de celles-ci remplissent une fonction d'élimination ou d'intimidation. Si ces fonctions classiquement reconnues à la peine paraissent effectivement compatibles avec l'absence de matérialité des personnes morales dans la mesure où la condamnation pénale d'une personne morale pourra avoir comme conséquence de la dissuader de commettre de nouvelles infractions, elles semblent aujourd'hui quelque peu dépassées. En effet, la peine poursuit aujourd'hui de nouvelles fonctions, notamment celle d'assurer le reclassement moral et social du délinquant, ce qui semble difficile lorsqu'il s'agit d'une personne morale.

454 - Seul le placement sous surveillance judiciaire² de la personne morale prévu à l'article 131-39, 3° apparaît comme une sanction qui n'est pas uniquement fondé sur la seule dissuasion. Cette peine consiste en effet à désigner un mandataire de justice qui devra contrôler l'activité de la personne morale afin de prévenir la commission de nouvelles infractions. A l'issue de cette mesure, le juge de l'application des peines, à qui le mandataire doit rendre compte au moins tous les six mois³, saisit la juridiction ayant prononcé la surveillance judiciaire, cette dernière pouvant soit décider de prononcer une nouvelle peine, soit décider de relever la personne morale de la mesure de placement⁴. Le placement sous

¹ Le taux de l'amende est alors de cinq fois celui prévu pour les personnes physiques (art. 131-38, al. 1^{er} du Code pénal). Lorsqu'aucune amende n'est prévue, l'article 131-38, al. 2 prévoit que l'amende encourue par les personnes morales est de 1 000 000 d'euros.

² Notons d'ailleurs que la dénomination de cette sanction est assez maladroite depuis que la loi du 12 décembre 2005 a créé une nouvelle mesure de sûreté, la surveillance judiciaire. L'expression « placement sous surveillance judiciaire » peut donc désigner aussi bien la mesure de sûreté applicable aux personnes physiques (art. 706-53-14 *in fine* du Code de procédure pénale) ou la peine applicable aux personnes morales (art. 131-46 du Code pénal). Le choix de deux termes distincts aurait donc été plus adapté.

³ Art. 131-46, al. 1^{er} du Code pénal.

⁴ Art. 131-46, al. 2 du Code pénal.

surveillance judiciaire se rapproche donc d'un sursis avec mise à l'épreuve dans la mesure où ils partagent le même objectif, contrôler l'activité d'un délinquant afin d'éviter une éventuelle récidive tout en lui permettant, en cas de bonne conduite, d'éviter une peine plus lourde. Malheureusement, cette peine qui a le mérite de faire prévaloir la prévention sur la répression fait figure d'exception¹, la majorité des peines encourues par les personnes morales se caractérisant par leur unique caractère dissuasif. Au-delà de la simple impossibilité de transposer le concept de capacité pénale à ces responsables particuliers que sont les personnes morales, on peut en effet s'interroger sur la possibilité pratique de concevoir des peines propres aux personnes morales qui puissent leur être profitables. Ainsi, les peines telles que le travail d'intérêt général, le suivi socio-judiciaire ou les différents stages prévus par le Code pénal² semblent inadaptées aux personnes morales. Ce particularisme de la responsabilité pénale des personnes morales nous invite par conséquent à nous interroger sur sa véritable nature.

455 - Le caractère essentiellement dissuasif des peines applicables aux personnes morales ainsi que la difficulté à transposer les peines modernes visant la resocialisation du délinquant démontrent qu'il s'agit plus d'une responsabilité objective dénuée de toute coloration morale. L'impossibilité de transposer aux personnes morales les peines modernes favorisant le reclassement social du délinquant contribue en effet à réduire les peines applicables aux personnes morales à de simples mesures dissuasives, indépendantes des besoins réels de la personne morale. Les peines applicables aux personnes morales se distinguent en effet par leur caractère objectif, qui les rapprocherait des mesures de sûreté avec qui elles partagent le même objectif, à savoir empêcher la commission de nouvelles infractions. Ce caractère objectif des peines n'est pas sans rappeler le caractère objectif de l'imputation d'une

¹ Des auteurs qualifient ainsi le placement sous surveillance judiciaire comme « *la plus originale des peines applicables aux personnes morales* », F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, n° 874, p. 826.

² Qu'il s'agisse du stage de citoyenneté (art. 131-5-1 du Code pénal), des stages de sensibilisation à la sécurité routière ou aux dangers de l'usage de produits stupéfiants (v. par exemple l'art. L. 235-1, 6° du Code de la route) ou plus récemment du stage de responsabilité parentale pour les infractions à l'intégrité physique ou psychique de la personne prévues par les sections 1, 3 et 4.

infraction à une personne morale du fait de l'impossibilité de transposer aux personnes morales les causes de non-imputabilité que sont l'absence de discernement ou la minorité¹.

456 - L'absence de capacité pénale des personnes morales les prive donc d'une gamme de peines aussi étendue que celles des personnes physiques. Au-delà de cette pauvreté des peines applicables aux personnes morales, c'est surtout l'impossibilité de réellement personnaliser les sanctions applicables aux personnes morales qui traduit le mieux l'inadaptation du concept de capacité pénale aux personnes morales.

2- L'impossible personnalisation des sanctions applicables aux personnes morales

457 - On a vu précédemment que l'aptitude à la sanction était généralement appréhendée par le biais de la personnalité du délinquant. Or, bien que dotée d'une véritable personnalité juridique, la personne morale n'en reste pas moins un être désincarné, dépourvu de personnalité, au sens psychologique du terme². L'impossibilité de caractériser une quelconque aptitude des personnes morales à profiter de la peine qu'on vient de mettre en évidence s'explique en réalité par leur absence de personnalité³. Les éléments subjectifs propres au délinquant⁴, dont on verra qu'ils peuvent être pris en compte pour personnaliser la peine, ne

¹ V. *supra* n° 326 et s.

² Comme l'écrit H. PIERON, « *Ce que la personnalité représente essentiellement, c'est la notion de l'unité intégrative d'un homme, avec tout l'ensemble de ses caractéristiques différentielles permanentes (intelligence, caractère, tempérament, constitution) et ses modalités propres de comportement* », v° « *Personnalité* », *Vocabulaire de la psychologie*, Quadrige PUF, 4^e éd., 2003.

Cette distinction entre la notion juridique de personnalité et son acception psychologique est d'ailleurs présente dans le dictionnaire juridique de G. CORNU puisqu'après la définition juridique de la personnalité, entendue comme l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligation, on trouve également une définition plus large de la personnalité comme désignant « *ce que la personne physique en elle-même (et pour tout être humain) a de propre et d'essentiel* », v° « *Personnalité* », *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. CORNU, Quadrige/PUF, 8^e éd., 2010.

³ « *On voit mal en effet comment prendre en compte la "personnalité" d'une personne morale* », F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴ Qu'il s'agisse de son histoire personnelle, de son éducation, de sa structure psychologique (traits de caractère, troubles du comportement ou mentaux), de sa situation personnelle, familiale, professionnelle, etc. Seul le passé judiciaire du délinquant paraît pouvoir être pris en compte pour alourdir la peine de la personne morale ayant fait l'objet de plusieurs condamnations ou au contraire pour atténuer la peine de celle qui n'aurait aucun antécédent judiciaire.

sont en effet pas transposables aux personnes morales¹, ce qui démontre les limites de l'anthropomorphisme dont fait parfois preuve le législateur dans ce domaine². Cette absence de personnalité nous permet surtout de conclure que l'adaptation de la sanction à la personne morale relève d'une simple individualisation objective de la sanction.

458 - On peut en effet distinguer l'individualisation consistant à adapter une mesure à un individu, de la personnalisation, qui suppose une véritable prise en compte des spécificités individuelles de chaque délinquant. Bien que souvent présentés comme des synonymes, ces deux termes renvoient à deux réalités distinctes. L'individualisation se fonde ainsi sur l'individu qui, étymologiquement, désigne celui qui ne peut être divisé³. Le concept d'individu renvoie par conséquent à un ensemble, à un tout dont l'individu est une partie indivisible. L'individualisation permet donc étymologiquement de distinguer l'homme du tout, c'est-à-dire de l'humanité tout entière. En matière pénale, il s'agit alors d'adapter la peine aux particularités individuelles de chaque délinquant⁴. Toutefois ce processus reste assez sommaire et nécessite en matière pénale complété par un seconde phase, la personnalisation. En renvoyant au contraire aux concepts de personne et de personnalité, la personnalisation vise ainsi une adaptation subjective, c'est-à-dire fondée sur la singularité du délinquant. Plus qu'une simple individualisation, la personnalisation permet « *d'approcher pour mieux la comprendre, la personne du délinquant* »⁵ à travers l'étude de sa personnalité, c'est-à-dire de l'ensemble des caractéristiques qui lui sont propres. Loin d'être en opposition, ces deux mécanismes sont en réalité complémentaires⁶, l'individualisation pouvant être comprise comme une première phase, nécessaire, voire indispensable à la seconde que

¹ V. ainsi l'affirmation selon laquelle « *la plupart des questions d'état sont étrangères aux personnes morales : celles du sexe et de la religion sont absurdes, celle de l'âge généralement sans incidence [...]. Plus généralement, les groupements sont, à l'évidence, impuissants à établir des rapports de famille* », Ph. CONTE et B. PETIT, *Les personnes*, PUG, 2^e éd., 1994, n° 127, p. 91 et 92.

² V. *supra* n° 190.

³ Pour une définition similaire, v. ainsi THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, Les éditions du cerf, 1984, Question 29, art. 4, p. 373 : « *L'individu est ce qui est indivis en soi et distinct des autres* ».

⁴ Pour une définition similaire, v. T. PAPTÉODOROU, *La personnalisation des peines dans le nouveau Code pénal français*, RSC 1997, p. 16.

⁵ DREAN-RIVETTE, *La personnalisation de la peine dans le Code pénal*, L'Harmattan, 2005, p. 46. L'auteur exprime d'ailleurs une nouvelle fois cette idée en écrivant quelques pages plus loin que « *la personnalisation devient un moyen privilégié pour aborder la subjectivité du délinquant par essence unique* », *op. cit.*, p. 49.

⁶ Ce qui conduit un auteur à regretter que « *la personnalisation d'aujourd'hui ressemble si étrangement à l'individualisation d'hier* », T. PAPTÉODOROU, *op.cit.*, p. 27.

constitue la personnalisation, ce qu'avait d'ailleurs très bien compris un auteur qui écrivait dès 1973 que « *l'individualisation est un moyen et non pas une fin en soi : elle est la voie qui, dans le but d'assurer la resocialisation du sujet, doit conduire à la "personnalisation"* »¹. A ce titre, les conclusions de SALEILLES dans son célèbre ouvrage consacré à *L'individualisation de la peine* démontrent qu'il fut l'un des précurseurs de cette question puisqu'il distinguait dès 1898 une individualisation légale qualifiée d'objective² et une individualisation judiciaire puis administrative, toutes deux fondées sur « *la considération de l'individu* »³. Cette dichotomie entre une individualisation abstraite et une individualisation réelle semble annoncer la distinction entre l'individualisation abstraite des peines applicables aux personnes morales et la personnalisation concrète des peines réservées aux personnes physiques.

459 - Si l'on peut considérer que la détermination de la sanction applicable aux personnes physiques relève bien de la personnalisation – puisqu'il s'agit d'adapter la sanction aux caractéristiques personnelles du délinquant⁴ –, l'absence chez les personnes morales d'une réelle personnalité⁵ conduit à leur refuser le bénéfice d'un tel mécanisme⁶. Seule une individualisation objective, c'est-à-dire une adaptation des sanctions à la spécificité des personnes morales est donc possible⁷ permettant de prendre en compte, non les caractéristiques propres à chaque personne morale, mais le simple caractère immatériel de la personne morale. Le choix de faire de l'amende une peine systématiquement encourue et

¹ R. VIENNE, *De l'individualisation à la personnalisation de la mesure (A propos du 75^{ème} anniversaire de la parution de l'ouvrage de Saleilles)*, RSC 1973, p. 196. Sur cette question, v. également T. PAPTODOROU, *De l'individualisation des peines à la personnalisation des sanctions*, RICPT 1993, p. 107 et s.

² R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine, De Saleilles à aujourd'hui (réédition de la troisième édition de l'ouvrage de Raymond Saleilles, et L'individualisation de la peine, Cent ans après Saleilles)*, Erès, 2001, p. 162.

³ R. SALEILLES, *op. cit.*, p. 162 et 163 : « *C'est donc au juge à se faire lui-même son critérium d'application ; et dans ce cas ce critérium pourra être la considération de l'individu pris dans l'ensemble de sa personnalité* ».

⁴ Parmi lesquelles on trouve sa situation personnelle, familiale ou professionnelle pour ne citer que quelques éléments.

⁵ En tout cas, d'une personnalité au sens non juridique du terme.

⁶ Conclusion à laquelle arrive également un autre auteur : « *L'étude des différents modes de personnalisation élaborés par le Code pénal, qui se trouvent aux dispositions 132-25 et suivantes, tout comme l'étude sémantique du concept montre que la personnalisation ne s'adresse qu'à des personnes physiques* », I. DREAN-RIVETTE, *op. cit.*, p. 42.

⁷ « *Avec les personnes morales, la personnalisation de la peine reste dans une dimension quantitative, adaptative et intelligente. C'est la raison pour laquelle, privé de toute la dimension humaine caractéristique d'une personne (humaine), le terme d'individualisation sera choisi pour caractériser la détermination de la peine des personnes morales* », I. DREAN-RIVETTE, *op. cit.*, p. 43.

quasiment systématiquement prononcée¹ démontre d'ailleurs l'absence de réelle prise en compte des spécificités de la personne morale auteur d'une infraction².

460 - A une personnalisation de la peine applicable aux personnes physiques correspondrait donc une simple individualisation objective de la peine, c'est-à-dire une adaptation de la peine au caractère immatériel et désincarné de la personne morale nous permettant d'analyser la responsabilité pénale des personnes morales comme une transposition imparfaite de celle des personnes physiques. Cette conclusion³ nous permet, *a contrario*, de mieux cerner la signification de la dernière application du concept général de capacité pénale que constitue l'aptitude à une sanction. Reflétant la conception moderne de la peine, conçue comme un instrument non plus strictement répressif mais également au service de la réinsertion du délinquant, la capacité pénale témoigne de la nécessité d'adapter la peine aux attentes et aux besoins de celui qui devra la subir. Sans elle, le prononcé d'une sanction pénale apparaîtrait en effet comme une réponse objective à la commission d'une infraction, à l'image des mesures de sûreté pouvant être décidées en matière pénale, voire de la réparation du préjudice dans la responsabilité civile délictuelle. C'est pourquoi, l'absence de capacité pénale des personnes morales contribue à les priver d'une réelle personnalisation des sanctions qui peuvent être prononcées à leur encontre, nous conduisant à douter, au côté de certains auteurs, du caractère pénal de la responsabilité des personnes morales⁴.

¹ Elle serait, selon un auteur, prononcée dans 92% des cas : R. BERNARDINI, *Rép. Pén.*, v° « *Personne morale* », n° 60.

² *Contra* Trib. corr. Versailles, 18 déc.1995, *JCP* 1996, II, 22640, note J.-H. ROBERT. L'annotateur fait d'ailleurs remarquer que cette décision exprime bien la difficulté de sanctionner une personne morale : « *Sauf en présence d'une entreprise malfaisante, [les juges] éviteront les peines de nature à détruire le fond de commerce et donc l'emploi : en l'espèce, c'est précisément ce souci qui les a conduit à « relever » la personne morale de la peine complémentaire de publications du jugement [...]. La seule peine prononcée est une amende accordée aux mobiles cupides qui avaient inspiré la politique de l'entreprise* » (*in fine*).

³ Qui concorde avec l'absence de capacité délictuelle des personnes morales et avec la difficulté de caractériser l'aptitude à se voir imputer une infraction de la personne morale, elle-même, indépendamment de celle des personnes physiques qui la composent.

⁴ V. not. Ph. CONTE (*La responsabilité des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal*, in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, sous la direction de J.-H. ROBERT et S. TZITZIS, éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 109 et s.) qui évoque « une "fausse" responsabilité pénale ».

CONCLUSION DU TITRE I :

461 - Ces développements consacrés au concept de capacité pénale nous ont ainsi permis de mieux cerner ce concept si particulier. Il trouve son origine dans le mouvement qui se développe en Europe durant le XIX^e siècle et qui tend à imposer une individualisation subjective de la sanction. Sous l'influence du positivisme italien mais également de l'école pénitentiaire, certains auteurs mettent en avant la nécessité de prendre en considération les spécificités du délinquant lorsqu'il s'agit de les sanctionner. C'est ainsi que SALEILLES, s'inspirant notamment des travaux de Von LIZST, choisit de qualifier l'aptitude psychologique du délinquant à la sanction de « capacité pénale ». Selon lui, certains individus ne sont pas aptes à comprendre le sens et la portée de la peine et doivent donc échapper à toute peine, *stricto sensu*. Si la capacité pénale telle que la conçoit SALEILLES est donc assez proche d'une capacité au sens juridique, ce terme sera ensuite repris par milieu médical et plus précisément par certains médecins et psychiatres du début du XX^e siècle qui lui conféreront une signification spécifique. A la recherche d'un concept susceptible de remplacer celui, trop métaphysique selon lui, de responsabilité, le Professeur et psychiatre LAIGNEL-LAVASTINE, proposera de substituer, dans le cadre de l'expertise médico-légale, le terme de capacité pénale à celui de responsabilité. C'est donc sous cette double influence, juridique d'une part et scientifique d'autre part, que le concept de capacité pénale s'est progressivement imposé.

462 - Bien qu'apparu au début du XX^e siècle, ce n'est qu'à partir de la seconde moitié du XX^e siècle que ce concept connaîtra un réel essor, plusieurs courants doctrinaux choisissant de lui accorder une place centrale. La Défense sociale nouvelle peut être considérée comme le premier mouvement à saisir l'importance de la capacité pénale. Les partisans de ce mouvement, chercheront alors à développer une meilleure prise en compte de la personnalité puisqu'elle permet au juge de mesurer la capacité pénale du délinquant à être sanctionné. C'est donc indirectement, par le biais de la personnalité qu'est appréhendée la capacité pénale. Mais c'est probablement le courant néoclassique, défendu notamment par MM. MERLE et VITU qui contribuera le plus à la popularité du concept de capacité pénale.

Définie comme l'aptitude d'un délinquant à tirer profit de la sanction, la capacité pénale se rattache alors, non plus à la responsabilité pénale elle-même, mais à sa conséquence la plus emblématique, le prononcé d'une sanction. La capacité pénale apparaît au sein de ce système comme un instrument privilégié de l'individualisation de la sanction pénale. L'aptitude à profiter de la sanction permet ainsi au juge de choisir et de mesurer la peine en fonction des besoins et de la personnalité du délinquant. Particulièrement adaptée en matière de responsabilité pénale des personnes physiques, le concept de capacité pénale tel que le définissent MM. MERLE et VITU se révèle en revanche plus difficile à concilier avec l'absence de personnalité, au sens psychologique du terme, des personnes morales.

463 - Si cette définition criminologique de la capacité pénale est aujourd'hui admise par la majorité de la doctrine, on peut toutefois regretter qu'elle n'ait pas reçu de dénomination spécifique permettant de la distinguer de la capacité pénale, *lato sensu*, c'est-à-dire de l'aptitude d'un individu à l'engagement et à la sanction de sa responsabilité pénale. C'est pourquoi nous avons choisi dans la suite de cette étude de lui préférer l'expression de « capacité pénitentiaire » lorsque nous ferons référence à l'aptitude à la sanction, qu'il s'agisse de l'aptitude à subir ou à profiter de celle-ci.

464 - On mesure désormais le rôle fondamental qu'a joué, le concept de capacité pénitentiaire dans la doctrine pénale contemporaine. Cependant, il semblerait quelque peu inutile s'il n'était pas consacré ou au moins intégré par le droit positif. L'analyse du concept de capacité pénitentiaire doit donc être complétée par celle de sa consécration en droit positif.

TITRE II

LA CONSECRATION DU CONCEPT DE CAPACITE PENITENTIAIRE EN DROIT PENAL

465 - Entendue comme l'aptitude du délinquant à subir, voire à profiter d'une sanction pénale, la capacité pénitentiaire est consacrée de manière assez différente selon le type de délinquant et plus précisément selon qu'il s'agit d'un majeur ou d'un mineur.

466 - Le droit pénal des mineurs se caractérise en effet par son indéniable spécificité à l'égard du droit pénal des majeurs. Loin de considérer l'enfant comme un adulte en miniature, il tient compte de la particularité des mineurs délinquants en organisant un système juridique original fondée sur l'éducation. On comprend dès lors que cette matière soit souvent présentée comme le domaine privilégié de la capacité pénitentiaire. L'intégration de cette dernière en droit pénal des majeurs apparaît en revanche beaucoup plus limitée, faute de pouvoir identifier, comme en droit des mineurs, un fondement unique adapté à tous les délinquants.

467 - Au regard de ces constatations, nous distinguerons donc le droit pénal des mineurs qui consacre totalement le concept de capacité pénitentiaire (Chapitre I), du droit pénal des majeurs qui ne le consacre que partiellement (Chapitre II).

Chapitre I :

La consécration totale de la capacité pénitentiaire en droit pénal des mineurs

468 - L'aptitude à profiter de la sanction qu'exprime la capacité pénitentiaire apparaît comme un élément fondamental du droit pénal des mineurs, comme l'illustre l'article 2 de l'ordonnance du 2 février 1945. Cet article prévoit que les juridictions spécialisées « prononceront, suivant les cas, les mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation qui sembleront appropriées ». Cette référence explicite à l'opportunité des mesures pouvant être prononcées à l'encontre d'un mineur nous montre également bien l'importance de l'aptitude à la sanction puisque c'est le caractère « approprié » des mesures, non la gravité de l'acte ou le discernement du mineur, qui justifie leur prononcé.

469 - La capacité pénitentiaire apparaît ainsi comme le véritable fondement du droit pénal des mineurs (Section 1), mais également comme le critère pratique d'individualisation des mesures applicables aux mineurs (Section 2).

Section 1 :

La capacité pénitentiaire, fondement du droit pénal des mineurs

470 - Prenant acte du fait que la délinquance des mineurs est généralement révélatrice de l'inadaptation d'individus dont la personnalité est encore en formation, le droit des mineurs de la première moitié du XX^e siècle a choisi de limiter le recours à une peine pour sanctionner les mineurs délinquants. On assiste ainsi, dès le début du XX^e siècle, à un mouvement tendant à réformer le régime applicable aux mineurs délinquants afin de mettre en place un modèle original de gestion de la délinquance dans laquelle la capacité pénitentiaire a un rôle à jouer (§ 1). Mais c'est avec le texte fondamental que constitue l'ordonnance du 2 février 1945 que sera réellement consacrée la capacité pénitentiaire comme le fondement du droit pénal des mineurs (§ 2).

§ 1 – L'émergence progressive du concept de capacité pénitentiaire avant l'ordonnance du 2 février 1945

471 - Considérant que les dispositions du Code pénal relatives aux mineurs sont inadaptées au jeune âge de ces délinquants particuliers, la loi du 22 juillet 1912 choisit de fixer à treize ans l'âge à partir duquel un mineur peut être condamné à une peine. Elle consacre ainsi pour la première fois le concept de capacité pénitentiaire ou plus précisément son aspect négatif, l'incapacité pénitentiaire¹, justifiant le choix d'un traitement éducatif plutôt que répressif des mineurs de treize ans (A). Au-delà de cet âge, la loi de 1912 choisit de conserver le discernement comme l'élément permettant de prononcer une peine (B).

¹ Ce qui confirme que le droit appréhende en général le concept de capacité par son contraire, l'incapacité, comme le rappelle un auteur : « *Ce sont les difficultés, voire les malheurs, qui ont besoin du droit. Le droit a peu à dire sur la capacité, qui est l'état habituel de l'être humain.* », J. CARBONNIER, *Droit civil -T.1 Les personnes : personnalité, incapacités, personnes morale*, PUF, 21^e éd., 2000, n° 2, p. 13.

A – La consécration législative de l’incapacité pénitentiaire des mineurs de treize ans

472 - Afin de bien comprendre le régime applicable au mineur de treize ans durant la première moitié du XX^e siècle, il est nécessaire de rappeler les dispositions prévues par le Code pénal de 1810. Ce dernier prévoyait à l’article 66 l’acquittement des mineurs de moins de seize ans ayant agi sans discernement. Toutefois, comme on l’a vu précédemment¹, cette formule était remise en cause par la doctrine car il ne s’agissait pas réellement d’un acquittement mais plutôt d’une absolution puisque le mineur pouvait, « selon les circonstances, [être] remis à ses parents ou conduit dans une maison de correction pour y être élevé et détenu pendant tel nombre d’années que le jugement déterminera »². Bien que non punissables au moyen des outils classiques que sont les peines, les mineurs de seize ans privés de discernement qui avaient commis une infraction étaient donc passibles de mesures « éducatives »³, quel que soit leur âge.

473 - Cherchant à tenir compte de la spécificité des mineurs, surtout les plus jeunes, la loi du 22 juillet 1912⁴ va profondément réformer ces dispositions en proposant de distinguer la situation des jeunes mineurs de celle des mineurs plus âgés. Elle prévoit ainsi que les mineurs de moins de treize ans bénéficient d’une présomption légale et irréfragable d’irresponsabilité ou, pour être plus précis, de non-discernement⁵. Cette catégorie de mineurs échappe donc à toutes poursuites pénales *stricto sensu*⁶ puisqu’une juridiction spéciale, la chambre du conseil,

¹ V. *supra* n° 259.

² Article 66 du Code pénal.

³ Les termes utilisés par le Code pénal (« maison de correction », « pour y être élevé ou détenu », etc.) laissent toutefois subsister un doute sur le caractère réellement éducatif de ces mesures...

⁴ Qualifiée par GARÇON d’« une des plus importantes de la III^e République » (E. GARÇON, *Code pénal annoté*, T.1, Sirey, 1901-1906, art. 67, n° 11) ou de « monument législatif de la III^e République » (rapporté par Ph. ROBERT, *Traité de droit des mineurs*, Cujas, 1969, n° 59, p. 79).

⁵ Une circulaire du 30 janvier 1914 précise en effet assez clairement le régime du mineur de treize ans : « Il ne suppose pas absolument l’irresponsabilité de l’enfant puisque les mesures à prendre seront les suites judiciaires d’actes appréciés selon le droit pénal et poursuivis d’après les règles essentielles du Code d’instruction criminelle. Mais il repose sur une présomption légale et irréfragable de défaut de discernement ayant pour résultat de soustraire, en matière de crimes et de délits, le mineur de treize ans à toute pénalité », cité par Ph. ROBERT, *op. cit.*, p. 82.

⁶ Comme l’affirme expressément l’article 1^{er} de la loi du 22 juillet 1912 : « Le mineur de l’un ou de l’autre sexe de moins de treize ans, auquel est imputée une infraction à la loi pénale, qualifiée crime ou délit, n’est pas déféré

est créée au sein des tribunaux de première instance pour juger des crimes et des délits commis par les mineurs de treize ans¹. Cette juridiction mi-civile, mi-pénale peut prononcer diverses mesures à l'encontre de ces mineurs : une remise à la famille, un placement chez une personne digne de confiance ou dans une institution spécialisée (internat, établissement pour « anormaux », institution charitable, voire assistance publique). La loi de 1912 prévoit en outre une mesure nouvelle, la liberté surveillée, qui peut être prononcée en plus des mesures évoquées précédemment. Enfin, contrairement à la jurisprudence antérieure de la Chambre criminelle, la loi prévoit la révisibilité de ces mesures, permettant ainsi au juge de les modifier voire d'y mettre fin soit d'office, soit sur demande du Ministère public, du mineur, de ses parents, de son gardien ou de son tuteur.

474 - Les notions classiques de discernement et de peine ne sont donc plus applicables au mineur de treize ans : seules sa situation personnelle et la nécessité de le rééduquer doivent prévaloir. Il n'y a plus de lien entre la mesure prise et la culpabilité du mineur. Comme le résume un auteur, le mineur de treize ans bénéficie d'« *un traitement éducatif, dont la nature et la durée seront sans proportion avec la gravité de l'infraction commise : bien plus ce traitement sera parfois identique à celui que l'on impose à des enfants moralement abandonnés auxquels on n'a à reprocher aucune violation de la loi pénale [...] il faut que la peine appliquée aux enfants ne soit à aucun degré rétributive mais exclusivement éducatrice* »². En mettant en place un traitement éducatif de la délinquance juvénile, autonome et indépendant du système pénal et de ses concepts clés que sont le discernement ou la peine, le législateur de 1912 consacre un véritable système original qui intègre pour la première fois le concept de capacité pénitentiaire. La présomption de non-discernement institué au profit du mineur reflète la volonté du législateur d'éviter le prononcé de peines qu'il n'est pas encore capable de comprendre. L'exclusion du mineur de treize ans de la

à la juridiction répressive. Il pourra être soumis, suivant le cas, à des mesures de tutelle, de surveillance, d'éducation, de réforme et d'assistance qui seront ordonnées par le tribunal civil statuant en chambre du conseil. »

¹ En matière de contraventions, était prévue une procédure spécifique devant le juge de paix en audience de cabinet (article 14 de la loi du 22 juillet 1912).

² P. CUCHE, *Traité de science et de législation pénitentiaire*, LGDJ, 1905, n° 32, p. 91.

sphère pénale¹, au sens où ce dernier, présumé non discernant, n'est pas justiciable des juridictions pénales et n'encourt aucune peine, peut donc être considérée comme la première traduction en droit positif du concept d'incapacité pénitentiaire. En outre, l'organisation de règles spécifiques et la création de mesures éducatives pouvant être révisées en fonction de l'évolution du mineur traduisent la volonté du législateur de faire de cette aptitude à profiter de la sanction, et non du discernement, le fondement des règles applicables aux mineurs de moins de treize ans. Au-delà de cet âge, la loi de 1912 prévoit la possibilité de prononcer une peine sous réserve de caractériser le discernement du mineur. Elle réaffirme, sur ce point, la position du Code pénal qui faisait déjà de ce dernier le pivot du système applicable aux mineurs.

B – La confirmation législative du choix du discernement comme fondement de la peine pour les mineurs âgés de plus de treize ans

475 - La loi reprend, concernant les mineurs âgés plus de treize ans, le système prévu à l'article 67 du Code pénal ancien en distinguant selon qu'ils ont agi avec ou sans discernement. Seules des mesures éducatives peuvent donc être prononcées à l'égard des mineurs non discernants, tandis que des peines « classiques » peuvent être ordonnées à l'égard du mineur ayant agi avec discernement². La loi de 1912 considère donc que l'adolescent est « tantôt un coupable qu'il faudra punir, tantôt un irresponsable qu'il faudra corriger et élever »³. En organisant la possibilité de choisir alternativement entre un système répressif ou un système éducatif en fonction du discernement du mineur, le Code pénal, suivi sur ce point par la loi de 1912, annonce l'évolution moderne du droit pénal des mineurs.

¹ Justifiant la célèbre phrase d'E. GARÇON selon laquelle « *l'enfant est aujourd'hui sorti du droit répressif* », *Le droit pénal, origines, évolution, état actuel*, Payot, 1922, p. 154.

² Sous réserve toutefois d'une diminution de moitié du quantum de la sanction, souvent qualifiée d'*excuse atténuante de minorité*, pour les mineurs âgés de treize à seize ans. Au-delà de seize ans, le mineur était considéré comme un majeur.

³ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, T.2, Sirey, 3^e éd., 1913, p. 756.

476 - On retrouve en effet dans cette loi, les éléments qui caractérisent aujourd'hui encore la justice des mineurs : une spécialisation des juridictions¹ et une dichotomie entre éducation et répression. La loi du 22 juillet 1912 crée ainsi une juridiction spécialisée², le Tribunal pour enfants et adolescents, compétente pour juger les mineurs âgés de treize à dix-huit ans auteurs d'un crime ou d'un délit³. Mais au-delà de cette spécialisation nécessaire des juridictions et des magistrats⁴, un des principaux apports de cette loi est probablement la consécration d'un système dualiste fondé sur une séparation nette entre les mesures « de tutelle, de surveillance, d'éducation, de réforme et d'assistance » qui ne sont pas des sanctions pénales mais des mesures de sûreté, et les peines classiques. La difficile intégration des mesures de sûreté en droit pénal des majeurs est ici clairement repoussée. Il n'est donc pas question de cumuler une peine avec une mesure éducative puisque le régime applicable aux mineurs de plus de treize ans est fondé, non sur la distinction complexe en pratique entre responsabilité et état dangereux, mais sur la faculté de discernement du mineur. L'existence d'un critère objectif tel que le discernement aboutit en effet à consacrer un véritable système dualiste qu'on peut ici qualifier de « double voie » puisque dans ce cas, le juge a effectivement une option qui s'offre à lui : la voie éducative ou la voie répressive. La jurisprudence postérieure consacrera d'ailleurs ce dualisme en censurant par exemple les décisions des juges du fond ayant

¹ La loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs est pourtant revenue en partie sur le principe de spécialisation des juridictions pour mineurs créant une nouvelle juridiction, le Tribunal correctionnel pour mineurs (Chapitre III bis de l'ordonnance du 2 février 1945) dont la spécialisation paraît douteuse. Cette juridiction compétente pour juger les mineurs âgés de plus de seize ans poursuivis pour un ou plusieurs délits punis d'une peine d'emprisonnement égale ou supérieure à trois ans et commis en état de récidive légale est en effet composée de trois magistrats et présidée par un juge des enfants. Dans sa décision du 4 août 2011, le Conseil constitutionnel a toutefois validé la constitutionnalité de cette juridiction au motif que « le principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice pénale des mineurs ne fait pas obstacle à ce que le jugement des mineurs soit confié à une juridiction composée de trois magistrats ou de trois magistrats et deux assesseurs dont seul le président est un magistrat spécialisé dans les questions de l'enfance », précisant toutefois qu'« une telle juridiction ne peut être regardée comme une juridiction spécialisée au sens de ce principe fondamental ; que, par suite, ce dernier impose que le Tribunal correctionnel des mineurs soit saisi selon des procédures appropriées à la recherche du relèvement éducatif et moral des mineurs » (Décision n° 2011-635 DC du 04 août 2011 relative à la loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, spécialement le paragraphe 51).

² A l'image de la chambre du conseil pour les mineurs de moins de treize ans.

³ Il existait tout de même quelques exceptions : les mineurs âgés de seize à dix-huit ans accusés de crimes étaient justiciables de la Cour d'assises, l'existence de coauteurs majeurs entraînait la compétence des juridictions de droit commun et enfin, le droit commun s'appliquait en cas de contravention.

⁴ Les magistrats étaient ainsi choisis en fonction de leurs travaux antérieurs et leurs aptitudes particulières en matière d'enfance délinquante.

prononcé une peine sans s'être expressément interrogé sur le discernement du mineur¹ ou en refusant d'appliquer les lois d'amnistie aux mineurs non discernants ayant fait l'objet d'une simple mesure éducative².

477 - Si le système dualiste mis en place par la loi du 22 juillet 1912 paraît plus satisfaisant que le système cumulatif parfois applicable au majeur, le bilan de cette réforme, innovante sur certains points, demeure toutefois mitigé. Un des échecs majeurs de cette loi est en effet d'avoir conservé le discernement comme critère d'application du régime répressif³. Quelques auteurs reprochaient pourtant déjà au Code pénal de 1810 d'avoir choisi cette notion dont le contenu reste assez vague⁴. Même si GARRAUD considère cette absence d'une définition légale du discernement comme une « *heureuse lacune* »⁵ puisqu'elle donne au juge une certaine liberté dans l'appréciation du discernement⁶, on peut toutefois critiquer ce silence du législateur à l'origine d'un certain désordre jurisprudentiel. On peut en effet regretter la confusion entre discernement et intention entretenue par certains auteurs⁷ ou la pratique de

¹ Crim. 16 août 1923 : *Bull. Crim.* n° 322 ; Crim. 26 janv. 1924 : *Bull. Crim.* n° 47.

² Crim. 10 janv. 1920 : *Bull. Crim.* n° 24 : « *Attendu que la loi d'amnistie du 24 octobre 1919 ne concerne que les faits qui présentent un caractère délictueux motivant ou ayant motivé l'application des pénalités édictées par les dispositions légales qu'énumère ladite loi [...] que les mesures autorisées par les articles 6 et 21 de la loi du 22 juillet 1912 ont pour but unique la protection des mineurs et qu'elles ne constituent pas des peines* ».

³ Notons que le discernement est également utilisé par le droit civil comme critère d'application de certaines règles. S'il est aujourd'hui indifférent en matière de responsabilité civile délictuelle depuis le célèbre revirement de jurisprudence opéré par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en 1984 (v. *supra* n° 66), il est encore utilisé en droit de la famille. Ainsi, le mineur « capable de discernement » peut demander, conformément à l'article 388-1 du Code civil, à être entendu par le juge dans toute procédure le concernant. Sur cet article consacrant un véritable « *droit de l'enfant d'être entendu dans les procédures le concernant* », Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2008, n° 1076 et s., spéc. n° 1097.

⁴ Sur le contenu de cette exigence, v. *supra* n° 289.

⁵ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, T.2, Sirey, 3^e éd., 1913, p. 756.

⁶ « *En s'abstenant de définir le discernement, la loi donne à celui-ci une faculté souveraine pour le reconnaître ou le nier* », R. GARRAUD, *op. cit.*, p. 756. Il semble tout de même considérer que le discernement exigé par le Code pénal emprunte à la fois au discernement moral et au discernement juridique lorsqu'il écrit qu'il faut « *que le mineur de seize ans, pour être punissable, présente un état intellectuel d'où puisse résulter la certitude qu'il a, tout à la fois, la notion juridique de la punibilité (sic) et la notion morale de la responsabilité* », R. GARRAUD, *op. cit.*, p. 758.

⁷ V. ainsi l'affirmation contestable d'un auteur selon laquelle « *la question de discernement n'est, au fond, que la question de culpabilité* », R. GARRAUD, *op. cit.*, p. 759. Un arrêt de la Cour d'appel de Poitiers du 27 janvier 1928 tente pourtant de distinguer ces deux questions en précisant que « *le discernement ne doit pas être confondu avec la volonté de commettre le fait délictueux ou criminel* ». L'arrêt poursuit alors en considérant « *qu'il n'y a discernement que si le mineur a agi dans la plénitude de l'appréciation exacte de la gravité du fait qu'il a volontairement commis et s'il y a eu au moment de la perpétration de l'acte la parfaite et consciente connaissance de l'immoralité de l'acte* », distinguant donc l'intention ou *volonté de commettre le fait délictueux* et le discernement ou *conscience de l'immoralité de l'acte* : Poitiers, 27 janvier 1928, *D.* 1929, II, p. 47.

certaines tribunaux qui se fondent sur l'âge du mineur pour distinguer les jeunes enfants considérés comme dépourvus de discernement et les adolescents jugés suffisamment âgés pour comprendre la portée morale de leurs actes¹. Mais le reproche le plus important est que le système mis en place par le Code pénal et repris par la loi de 1912 pour les mineurs de plus de treize ans, conduit à priver les mineurs discernants de mesures éducatives. Ainsi, la faculté de discernement du mineur, généralement comprise comme une preuve de maturité intellectuelle, devient, d'une certaine manière, un obstacle au prononcé d'une mesure de rééducation pourtant parfois préférable à une peine. Ce système découle en réalité d'un raisonnement *a contrario* biaisé. Si l'absence de discernement empêche effectivement le prononcé d'une peine classique, son existence au contraire ne permet pas de préjuger de l'opportunité d'une sanction.

478 - Conscients de l'erreur du législateur consistant à lier de manière trop rigide discernement et sanction pénale, les juges ont alors pris leurs distances avec la lettre du texte pour développer une jurisprudence audacieuse fondée sur la recherche de la sanction la plus adaptée à la situation du mineur. Les magistrats n'hésitaient pas à affirmer l'absence de discernement d'un mineur lorsqu'ils voulaient éviter de prononcer une sanction pénale². Cette position, bien qu'apparemment *contra legem*, a pourtant été facilitée par la loi elle-même, puisque l'article 4 de la loi du 22 juillet 1912 prévoyait qu'en cas de crime ou délit soit conduite « une enquête sur la situation matérielle et morale de la famille, sur le caractère et les antécédents de l'enfant, sur les conditions dans lesquelles celui-ci a vécu et a été élevé, et sur les mesures propres à assurer son amendement ». Or, c'était généralement moins l'existence ou l'absence de discernement que le résultat de cette enquête qui permettait au juge de prendre sa décision. Le discernement est alors progressivement apparu comme « *un moyen*

¹ C'est en tout cas ce qu'on a souvent reproché au Tribunal pour enfants et adolescents de la Seine, comme le rapporte un auteur, Ph. ROBERT, *Traité de droit des mineurs*, Cujas, 1969, n° 66, p. 88.

² Cette pratique n'est d'ailleurs pas sans rappeler celle des jurys de Cours d'assises du début du XIX^e siècle qui consistait à acquitter un accusé pour lui éviter une peine jugée trop sévère. Comme le note un rapport de l'époque : « *Les tribunaux ont fait de la notion de discernement un usage prétorien ; pour appliquer au plus grand nombre des mineurs délinquants des mesures éducatives, ils les ont déclarés irresponsables. C'est ainsi que pendant la période de 1930 à 1935, 70% des d'entre eux ont été acquittés comme ayant agi sans discernement. La question du discernement paraît donc inutile* », cité par H. DONNEDIEU DE VABRES, *D.* 1943, législation, p. 35.

commode pour adapter la solution du procès à l'intérêt du mineur »¹, voire comme un « prétexte pour colorer l'opportunité de la solution que le juge est autorisé à choisir »².

479 - La loi de 1912 et surtout l'application qui en était faite démontrent donc qu'il existait une réelle tendance des juridictions pour mineurs à faire prévaloir les mesures éducatives sur les mesures répressives. Ce mouvement conduira à une réelle déformation de la notion de discernement qui ne paraissait plus adaptée à la situation des mineurs de plus de treize ans. En effet, véritable pivot du droit des mineurs depuis 1810, le discernement tend progressivement à disparaître³ pour être remplacé par la notion beaucoup plus pragmatique d'opportunité de la sanction appréciée en fonction de la capacité pénitentiaire, du délinquant. Ce déclin amorcé à partir de 1912 sera véritablement consacré par l'ordonnance du 2 février 1945.

§ 2 – La consécration audacieuse de la capacité pénitentiaire par l'ordonnance du 2 février 1945

480 - Après une tentative de réforme avortée avec la loi du 27 juillet 1942⁴, c'est l'ordonnance du 2 février 1945⁵ prise après la Libération par le Gouvernement provisoire de la République française qui se chargera de réformer profondément le droit pénal des mineurs. Ce texte, toujours en vigueur aujourd'hui malgré les nombreuses modifications dont il a fait

¹ R. GARRAUD, *op. cit.*, p. 759.

² R. GARRAUD, *op. cit.*, *loc. cit.*

³ V. notamment le décret-loi du 24 mars 1921 posant une présomption irréfragable de non-discernement pour les mineurs vagabonds, obligeant par conséquent les juges à ne prononcer à leur égard que des mesures de rééducation.

⁴ Cette loi adoptée sous le régime de Vichy comportait certaines avancées comme l'abandon du discernement et de son corollaire « l'acquiescement », ce dernier étant remplacé par la terminologie plus juste d'excuse absolutoire. Malgré cela, elle est surtout marquée par sa sévérité puisqu'elle supprime l'irresponsabilité pénale des mineurs de treize ans et par la complexité de la procédure qu'elle institue. Faute de la publication d'un règlement d'application publique, cette loi n'entrera jamais en vigueur. Sur cette loi v. Ph. ROBERT, *Traité de droit des mineurs*, Cujas, 1969, n° 69 et s., p. 93 et s. ; E. GARÇON, *Code pénal annoté, T.1*, Sirey, 1901-1906, art. 67, n° 22 et s. Pour une étude approfondie de cette loi, v. les articles parus dans le numéro 3 de la *Revue d'histoire de l'enfance irrégulière : L'enfant de justice pendant la guerre et l'immédiat après-guerre*, Ch. ROSSIGNOL, *La législation « relative à l'enfance délinquante »*, p. 17 et s. et M. BECQUEMIN-GIRAULT, *La loi du 27 juillet 1942 ou l'issue d'une querelle de monopole pour l'enfance délinquante*, p. 55 et s.

⁵ Parmi les innombrables commentaires de ce texte, v. notamment : *JCP* 1946, I, 522, comm. J. BROUCHOT ; *D.* 1945, I, p. 169 et s., comm. H. DONNEDIEU DE VABRES ; *S.* 1946, p. 250, comm. A. LEGAL ; J. MAGNOL, *L'ordonnance du 2 février 1945 sur l'enfance délinquante*, *RSC* 1946, p. 7.

l'objet¹, va alors fixer les principes fondamentaux qui caractérisent encore à l'heure actuelle le droit pénal des mineurs, à savoir la priorité d'une réponse éducative quel que soit l'âge du mineur (A), conduisant à n'autoriser que de façon exceptionnelle le recours à une sanction pénale classique (B).

A – La substitution de l'éducabilité au discernement

481 - Une des principales innovations de ce texte fondamental est probablement l'affirmation de la primauté des mesures éducatives² sur les mesures répressives pour tous les mineurs et ce, quel que soit leur âge. L'ordonnance abandonne par conséquent le système antérieur fondé sur l'âge et le discernement du mineur pour proposer un système original et audacieux, permettant au juge de prononcer les mesures éducatives « qui sembleront appropriées »³. Se fondant sur l'exposé des motifs de l'ordonnance, certains auteurs considèrent alors que ce texte consacre un système objectif dans lequel la question du discernement est indifférente⁴.

482 - Il faut toutefois bien s'entendre sur la portée à donner à l'exposé des motifs de l'ordonnance du 2 février 1945 qui est souvent mal compris. Lorsqu'il évoque la suppression du discernement qui « ne correspond plus à une réalité véritable »⁵, il ne s'agit pas d'instituer une responsabilité pénale fondée sur une faute objective, dénuée d'imputabilité. Le

¹ On dénombre pas moins de quarante modifications de l'ordonnance du 2 février 1945 depuis son adoption, dont seize depuis 2000. On peut regretter le manque d'harmonie qui résulte de ces modifications successives parfois en contradiction avec l'esprit originel de ce texte.

² L'alinéa 1^{er} de l'article 2 de l'ordonnance du 2 février 1945 vise plus précisément « les mesures de protection, d'assistance, de surveillance, d'éducation ou de réforme », toutefois, par souci de simplification, nous les désignerons par l'emploi du terme générique « mesures éducatives ». Pour une définition plus approfondie de ces termes, v. le commentaire précité d'H. DONNEDIEU DE VABRES, *D.* 1945, I, p. 170. Notons pour finir que la loi du 24 mai 1951 supprimera le terme de « réforme » afin de souligner le caractère éducatif et protecteur du régime mis en place par l'ordonnance du 2 février 1945. Sur cette loi, v. le commentaire de J. MAGNOL, *RSC* 1951, p. 445 et s.

³ Art. 2 de l'ordonnance du 2 février 1945.

⁴ V. notamment A.-C. DANA : « [L'ordonnance de 1945] applique au mineur une conception objective qui fait de l'état dangereux la condition essentielle de leur responsabilité pénale. En d'autres termes, une infraction peut être « imputée » à un mineur de 18 ans sans qu'il y ait lieu de se prononcer sur son discernement », A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982, n° 27. V. également l'opinion un peu plus nuancée d'A. DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 274 et 275.

⁵ Exposé des motifs de l'ordonnance du 2 février 1945.

discernement auquel se réfère l'exposé des motifs est le critère fixé par le Code pénal puis la loi de 1912 permettant, on l'a vu¹, au juge de choisir entre la voie éducative et la voie répressive, non la faculté de comprendre nécessaire à l'imputabilité de l'infraction. Cette analyse découle de la lecture même des motifs de l'ordonnance. En effet, ce n'est qu'après avoir affirmé que « *tous les mineurs jusqu'à l'âge de dix-huit ans auxquels est imputée une infraction à la loi pénale [...] ne pourront faire l'objet que de mesures de protection, d'éducation ou de réforme* », que les rédacteurs de l'ordonnance ajoutent que « *la distinction entre les mineurs de moins de treize ans et les mineurs de moins de dix-huit ans disparaît comme aussi la notion de discernement, qui ne correspond plus à une réalité véritable* ». Il semble donc excessif, voire incorrect, de déduire de cette formule que l'ordonnance de 1945 se rallierait à la conception objective de l'infraction conduisant à considérer comme une infraction tout fait matériel correspondant à une infraction, sans avoir besoin de caractériser le discernement de l'auteur². L'abandon du discernement par l'ordonnance de 1945 signifie simplement, comme l'écrivent d'ailleurs les commentateurs de ce texte³, que le recours à des mesures éducatives n'est plus conditionné par l'absence de discernement du mineur, qu'elle soit présumée ou prouvée. La première innovation de l'ordonnance de 1945 est donc d'ériger en principe le recours à des mesures éducatives pour tous les mineurs indépendamment de leur âge ou de leur faculté de discernement.

483 - Si le régime applicable aux mineurs de treize ans semble *a priori* inchangé par rapport à la législation antérieure, il faut tout de même remarquer que le fondement des mesures éducatives est différent. Tandis que la loi de 1912 justifiait le prononcé de mesures éducatives

¹ V. *supra* n° 259.

² Ce que semble pourtant admettre un auteur : « *Techniquement parlant, ces solutions aboutissent dans l'absolu à considérer qu'un mineur, même âgé de moins de treize ans, commet une infraction à lui imputable, dès lors qu'il a réalisé un simple fait matériel qui correspond à la qualification textuelle retenue* », A.-C. DANA, *op. cit.*, n° 79 *in fine*. Cette analyse se fonde sur la formule vague et, il faut l'avouer, assez ambiguë, utilisée par l'ordonnance lorsqu'elle évoque à l'article 1^{er} « *les mineurs auxquels est imputée une infraction qualifiée crime ou délit* ».

³ « *L'alinéa 2 implique la suppression de la question du discernement. L'ordonnance du 2 février 1945 s'accorde avec la loi du 27 juillet 1942 pour exclure cette notion de discernement, doctrinalement incertaine, devenue étrangère à la pratique* », D. 1945, I, p. 169, comm. de l'ordonnance du 2 février 1945 par H. DONEDIEU DE VABRES, p. 170. V. également son commentaire de la loi du 27 juillet 1942 : « *En pratique, la question de discernement était devenue une question d'utilité pure. [...] Le législateur se résout à détruire cette façade. En faisant disparaître la question du discernement, il met le droit d'accord avec la pratique* », D. 1943, législation, p. 35.

par l'absence de discernement présumé de manière irréfragable, l'ordonnance de 1945, rejetant la notion de discernement, fonde dorénavant ces mesures sur une notion nouvelle : « l'éducabilité » du mineur¹. L'infraction est alors appréhendée comme une preuve de l'éducation défailante du mineur qu'une mesure éducative permettra par conséquent de corriger. Cette substitution de l'éducabilité à la responsabilité, dont le discernement était le symbole, confère au droit des mineurs une véritable autonomie par rapport au droit pénal classique, réalisant enfin « *la sortie* » des mineurs du droit pénal préconisée par E. GARÇON, une vingtaine d'années plus tôt². En effet, dans son ouvrage sur le droit pénal et ses évolutions actuelles, le célèbre pénaliste, inquiet de la hausse de la délinquance des mineurs, s'appuie sur les travaux des sociologues et des criminalistes pour affirmer la nécessité « *non de châtier et de punir l'enfant, mais de le réformer* » car « *la peine qui intimide par la souffrance n'[est] pas faite pour l'enfant. Il faut l'instruire et lui donner une bonne éducation morale puisque ce moyen présente des chances sérieuses de réussite* »³. La visée perfective du droit pénal apparue à la fin du XIX^e siècle trouve ainsi une certaine expression en droit positif par le biais de la notion d'éducabilité, tout mineur étant en principe considéré comme éduicable et donc justiciable de mesures de rééducation dont la durée pourra varier selon les besoins du mineur. C'est également cette notion d'éducabilité qui explique l'impossibilité pour les juridictions compétentes de prononcer une peine à l'encontre des mineurs de moins de treize ans. Présomés de manière irréfragable comme aptes à profiter d'une mesure éducative, les mineurs de treize ans sont par conséquent inaptes à une sanction pénale. A la présomption irréfragable d'éducabilité dont bénéficient les mineurs de treize ans correspond donc une présomption irréfragable d'incapacité pénitentiaire. Au-delà de cet âge, l'ordonnance de 1945 admet la possibilité exceptionnelle de prononcer une peine.

¹ Sur la notion d'éducabilité, v. la section qui lui est consacrée dans le *Traité de droit des mineurs* de Ph. ROBERT, n° 68 et s., p. 92 et s.

² E. GARÇON, *Le droit pénal, origines, évolution, état actuel*, Payot, 1922, p. 154.

³ E. GARÇON, *op. cit.*, *loc. cit.*

B – Le recours exceptionnel à une peine fondée sur les circonstances et la personnalité du mineur

484 - Bien que la primauté éducative se présente comme la grande innovation de l'ordonnance de 1945, elle admet une exception. L'article 2, alinéa 2 prévoit ainsi que des peines peuvent être prononcées à l'encontre des mineurs de treize à dix-huit ans lorsque « les circonstances et la personnalité du délinquant » l'exigent. Cette règle permet donc au juge de déroger au principe selon lequel les mineurs auteurs d'une infraction sont justiciables de mesures de rééducation. Toutefois, l'ordonnance du 2 février 1945 substitue au critère du discernement critiqué pour son imprécision et son inutilité, les critères beaucoup plus larges et pragmatiques que sont les circonstances et la personnalité du délinquant. Le choix d'une sanction pénale est donc possible à partir de treize ans mais doit alors être expressément motivé par « les circonstances et la personnalité du délinquant ». De plus, si la peine envisagée est une peine d'emprisonnement, l'alinéa 3 de l'article 2 de l'ordonnance de 1945 impose une motivation spéciale concernant le choix de cette peine avec ou sans sursis¹. L'article 20-2, alinéa 2 du même texte prévoit la possibilité pour le Tribunal pour enfants ou la Cour d'assises² d'écarter le bénéfice de l'excuse de minorité pour les mineurs de plus de seize ans, cette décision exceptionnelle devant être justifiée, soit par « les circonstances de l'espèce et la personnalité du mineur »³, soit par la qualité de récidiviste du mineur couplée à la gravité de l'infraction⁴.

¹ « Le Tribunal pour enfants et le Tribunal correctionnel pour mineurs ne peuvent prononcer une peine d'emprisonnement, avec ou sans sursis, qu'après avoir spécialement motivé le choix de cette peine », art. 2, al. 3 de l'ordonnance du 2 février 1945. Notons que pour les majeurs, cette obligation de motivation spéciale ne concerne que la peine d'emprisonnement ferme (art.132-19, al.2 du Code pénal).

² Etrangement, cet article n'évoque pas expressément le Tribunal correctionnel pour mineurs, malgré un renvoi exprès de l'article 24-3, al. 2 de l'ordonnance aux règles de l'article 20-2 : « [Le Tribunal correctionnel pour mineurs] peut également prononcer une peine dans les conditions prévues aux articles 20-2 à 20-8 ».

³ Article 20-2, alinéa 2, 1° de l'ordonnance du 2 février 1945.

⁴ Article 20-2, alinéa 2, 2° et 3° de l'ordonnance du 2 février 1945. La loi du 10 août 2007 supprime toutefois l'excuse de minorité lorsqu'un mineur de plus de seize ans commet une nouvelle fois en état de récidive légale, une des infractions mentionnées aux 2° et 3° de l'alinéa 2 de cet article. Il est toutefois permis à la Cour d'assises des mineurs ou au Tribunal pour enfants d'en décider autrement, ce dernier devant alors statuer par une décision spécialement motivée. Notons enfin que l'article suivant étend ce dispositif à l'amende.

485 - Ces multiples références aux « circonstances et à la personnalité »¹ démontrent le caractère exceptionnel du recours à la peine². Le choix de cette formule combinant un critère objectif, les circonstances de l'infraction, ainsi qu'un critère subjectif, la personnalité du mineur peut surprendre, tant l'ordonnance de 1945 semble consacrer les idées de la Défense sociale du début du XX^e siècle, mouvement attaché, à une individualisation subjective de la sanction pénale. Toutefois, comme le précisera très vite la jurisprudence, c'est bien la personnalité du mineur qui est l'élément déterminant pour lui appliquer un régime répressif³, les circonstances ne devant donc être appréhendées qu'en ce qu'elle révèle la situation personnelle du mineur. Quels sont alors les éléments relatifs à la personnalité permettant de déroger à la primauté éducative consacrée par l'article 2, alinéa 1^{er}? Selon un commentateur de l'époque, le recours à une peine apparaît nécessaire lorsque « *le mineur présente de trop mauvais instincts, s'il est particulièrement pervers, s'il présente un grand danger social ou s'il a commis un fait très grave* »⁴. En pratique, le recours à la voie répressive est le plus souvent motivé par le parcours du délinquant⁵ mais également par les besoins du mineur en termes d'éducation, certains mineurs nécessitant parfois une réponse pénale immédiate plutôt qu'une prise en charge éducative nécessitant généralement une certaine durée. Le recours à une peine doit donc être justifié par des considérations subjectives tenant à l'auteur de l'infraction, parmi lesquelles l'aptitude à comprendre et à profiter de cette peine a un rôle à jouer. Remarquons d'ailleurs que si la Cour de cassation refuse de contrôler le choix d'une

¹ Formule qui sera d'ailleurs reprise en 1994 par l'article 132-24, alinéa 1^{er} du Code pénal relatif à la personnalisation de la peine : « Dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime *en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur* » (nous soulignons).

² D'ailleurs, même en cas de recours à des mesures répressives, l'objectif éducatif ne doit pas être perdu de vue comme l'atteste la possibilité, prévue par la loi du 24 mai 1951, d'assortir le prononcé d'une peine d'une mesure éducative, la liberté surveillée (art. 19, al. 1^{er} de l'ordonnance du 2 février 1945) permettant en plus de la sanction pénale d'améliorer les conditions d'éducation du mineur grâce à l'assistance d'un éducateur ou d'un service éducatif de la protection judiciaire de la jeunesse.

³ L'arrêt *Tonapani* du 1^{er} février 1951 tend ainsi à faire prévaloir le second critère sur le premier. La question posée à la Cour dans cette affaire était de savoir, dans l'hypothèse où une sanction pénale était prononcée, s'il fallait poser la question relative à l'excuse atténuante de minorité une seule fois ou s'il fallait au contraire la poser autant de fois qu'il y avait d'infractions. Affirmant que l'ordonnance du 2 février impose « *de ten[ir] compte de la personnalité du mineur, de ses antécédents, du milieu familial et social dans lequel il a vécu, et de déterminer, en vertu de l'appréciation ainsi portée, le régime qui doit lui être appliqué* », la Cour de cassation choisit de rejeter le pourvoi en considérant que la décision d'écarter le bénéfice de l'excuse atténuante se fonde « non sur les éléments constitutifs de l'infraction, mais sur l'individu lui-même », Crim. 1^{er} fév. 1951, *JCP* 1951, II, 6107, note J. BROUCHOT.

⁴ J. MAGNOL, *L'ordonnance du 2 février 1945 sur l'enfance délinquante*, RSC 1946, p. 7.

⁵ La récidive, voire les multiples récidives permettent, par exemple, de démontrer l'échec des mesures éducatives qui auraient été préalablement décidées.

condamnation pénale qui est une question d'opportunité, elle exerce quand même un contrôle relatif sur les motifs des juges du fond, la simple référence à des « renseignements fournis » par exemple ne suffisant pas¹.

486 - L'ordonnance de 1945 apparaît donc comme le premier texte consacrant, sans toutefois la nommer expressément, la capacité pénitentiaire comme l'aptitude du délinquant à subir et surtout à profiter d'une sanction pénale. Le droit des mineurs tel qu'il résulte de l'ordonnance du 2 février 1945 fait ainsi la part belle au concept de capacité pénitentiaire, à travers la notion d'éducabilité qui fonde la primauté éducative et remplace ainsi le critère inadapté et critiqué de l'absence de discernement. Mais, au-delà de cette consécration théorique de la capacité pénitentiaire comme fondement du droit pénal des mineurs, ce sont surtout les mesures applicables aux mineurs qui traduisent le mieux le rôle de la capacité pénitentiaire.

¹ Crim. 9 mai 1961 : *Bull. crim.*, n° 243.

Section 2 :
**La capacité pénitentiaire, critère de l'individualisation des mesures
applicables aux mineurs**

487 - Le droit pénal des mineurs est probablement la branche du droit criminel dans laquelle la prise en compte de la spécificité du délinquant est la plus aboutie. Il existe ainsi des règles de fond et de forme spécifiquement adaptée à la personnalité en formation du mineur. Parmi ces dispositions, celles qui prévoient les mesures pouvant être décidées pour sanctionner la responsabilité pénale du mineur ayant commis une infraction sont probablement le meilleur symbole de la spécificité du droit pénal des mineurs. Comme le prévoit l'article 2 de l'ordonnance du 2 février 1945, les juridictions de jugement peuvent prononcer les mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation qui leur semblent « appropriées ». Cet article invite donc les juridictions pour mineurs, non seulement à privilégier le recours à des mesures éducatives¹, mais surtout à choisir ce type de mesures en fonction des besoins du mineur, donc de sa capacité pénitentiaire. En outre, lorsque les juridictions de jugement choisissent de ne pas prononcer une des mesures éducatives prévues par l'ordonnance de 1945 et optent, soit pour une sanction éducative si le mineur est âgé de plus de dix ans, soit pour une peine s'il s'agit d'un mineur de plus de treize ans, elles doivent le faire au regard des « circonstances » et de « la personnalité » du mineur. Derrière cette référence expresse à la personnalité du mineur, c'est en réalité la réceptivité du mineur à une peine qui doit justifier le recours à ce type de mesure. L'aptitude du mineur à tirer profit des mesures qui pourraient être prononcées à son encontre apparaît ainsi comme le fondement juridique de celles-ci, conduisant le législateur à développer des mesures au contenu éducatif spécifiquement adapté aux mineurs (§ 1) mais également à limiter et aménager les réponses pénales traditionnelles (§ 2).

¹ Ce que l'on désigne généralement sous l'expression de « primauté éducative ».

§ 1 – La primauté des mesures spécifiques adaptées aux mineurs

488 - Si certaines peines peuvent être exceptionnellement prononcées contre un mineur, la primauté éducative consacrée par le droit pénal des mineurs nécessite de faire prévaloir les réponses éducatives sur les mesures répressives. Dans cette optique, l'ordonnance du 2 février 1945 prévoit deux types de mesures pouvant remplacer le prononcé d'une peine : les mesures éducatives *stricto sensu* qui peuvent être prononcées à l'encontre de tout mineur reconnu responsable d'une infraction (A) et les sanctions éducatives, nouvelles réponses à la délinquance des mineurs introduites par la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation de la justice (B).

A- Les mesures éducatives indifférentes à l'âge du mineur

489 - De nombreuses mesures éducatives sont prévues afin de permettre au juge de choisir celle qui semble la plus adaptée aux besoins et à la personnalité du mineur (1). Leur originalité apparaît à travers leur régime dérogatoire qui témoigne, lui aussi, de la prise en compte par le droit pénal de la spécificité du délinquant mineur (2).

1- Une diversité de mesures éducatives fondées sur les besoins du mineur

490 - On distingue généralement deux grandes catégories de mesures éducatives pouvant être prononcées à l'égard d'un mineur ayant commis une infraction. Certaines mesures permettent en effet de sanctionner le mineur tout en le laissant dans son milieu d'origine¹ tandis que d'autres visent à éloigner le mineur de son milieu familial ou social lorsque ce dernier peut nuire à sa rééducation. Si, en pratique, les premières sont généralement préférées aux placements lorsqu'il s'agit d'infractions de faible gravité, le choix doit être dicté, non par la gravité de l'infraction, mais par la situation du mineur et notamment par son aptitude à tirer profit de ces mesures. Ainsi, lorsque le milieu familial du mineur paraît néfaste à l'éducation

¹ Ainsi en est-il de l'admonestation et de la remise à personne, généralement à parents, mais également de l'avertissement solennel (art. 16, al. 1^{er}, 5^o de l'ordonnance de 1945) et de la mesure d'activité de jour (art. 15, al. 1^{er}, 6^o et art. 16, al. 1^{er}, 6^o de l'ordonnance de 1945) qui ont été créés en 2007.

de l'enfant, le juge des enfants¹, le Tribunal pour enfants², le Tribunal correctionnel pour mineurs³, voire la Cour d'assises des mineurs⁴ peuvent prononcer une des mesures de placement prévues par l'ordonnance de 1945⁵. Les juridictions pour mineurs peuvent alors opter pour différents types de placement, selon, encore une fois, les besoins spécifiques du mineur. On distingue ainsi le placement familial spécialisé⁶, organisant une collaboration entre une famille d'accueil et un service éducatif et médico-psychologique, du placement classique en institution. Dans ce cas, le mineur est placé dans un établissement éducatif, voire dans un établissement médical ou médico-psychologique adapté si le mineur nécessite des soins dans ce domaine⁷. Il existe ainsi de nombreuses modalités de placements qui varient selon le type d'établissement : foyer d'actions éducatives⁸, internats scolaires et professionnels⁹, mais également institutions publiques d'éducation surveillée comme par exemple les centres de placement immédiat¹⁰ créés en 1999 pour « *assurer l'immédiateté et la continuité de la prise en charge des mineurs et notamment des plus difficiles* »¹¹ et les centres

¹ Art. 8 al. 10, 6^e renvoyant aux articles 15 et 16 de l'ordonnance du 2 février 1945.

² Art. 15, al. 1, 2^e à 5^e pour le mineur de moins de treize ans et 16, al. 1, 2^e à 4^e pour le mineur de plus de treize ans.

³ Art. 24-3 de l'ordonnance du 2 février 1945 renvoyant aux « mesures et sanctions éducatives prévues aux articles 15-1 à 17 et 19 ».

⁴ Article 20, *in fine* de l'ordonnance du 2 février 1945.

⁵ Un placement peut ainsi être décidé, soit avant le jugement (art. 10, al 5 de l'ordonnance du 2 février 1945), celui-ci ayant pour but de mieux cerner la personnalité de l'enfant, soit par une juridiction de jugement, à titre de mesure éducative. Notons que dans ces deux cas, le placement d'un mineur doit être exceptionnel et respecter les exigences des articles 9, 20 et 40, 4^e de la Convention internationale des Droits de l'Enfant.

⁶ Ce placement aux « *fortes potentialités à réparer le lien affectif [...] familial et social* » (R. CARIO, *op. cit.*, p. 129 et 130) est surtout utilisé pour les jeunes proches de la majorité car il permet au délinquant de mieux cerner les difficultés de son milieu familial d'origine qu'un placement « classique », tout en développant les responsabilités parentales qui lui seront utiles plus tard.

⁷ Art. 15, 3^e et 16, 3^e de l'ordonnance de 1945.

⁸ Ces institutions peuvent héberger le mineur pour la nuit mais le laissent travailler ou aller à l'école pendant la journée.

⁹ Les internats scolaires et professionnels (ISEP) permettent une prise en charge plus complète puisque le mineur y réside à temps plein et y reçoit un enseignement général ou une formation professionnelle diversifiée (certains de ces établissements bénéficient d'ailleurs d'un agrément de la direction générale de l'emploi et de la formation professionnelle).

¹⁰ Ces centres situés surtout en Ile-de-France, sont motivés par le besoin d'une rupture immédiate du mineur avec son milieu. Le juge, face à un enfant en grave difficulté, dispose ainsi d'une solution d'urgence évitant la lourdeur des formalités des autres placements. De plus ces centres permettent aux éducateurs d'évaluer la situation du mineur et de proposer au juge une réponse adaptée au terme de son court séjour en centre de placement immédiat (trois mois généralement) si besoin, en l'orientant vers une autre structure d'hébergement.

¹¹ Conseil de sécurité intérieure, décision du 27 janvier 1999.

éducatifs renforcés¹ qui accueillent, quant à eux, des mineurs les plus difficiles dont les placements antérieurs « classiques » ont échoué². Le placement d'un mineur comme mesure éducative peut donc revêtir des formes variées même si tous répondent au même objectif : le relèvement moral du mineur.

491 - Si un placement semble inutile, les juridictions pour mineurs pourront alors choisir de prononcer une admonestation, une remise à personne, un avertissement solennel³ ou une mesure d'activité de jour⁴. Encore une fois, ce n'est pas la gravité de l'infraction mais la situation même du mineur, notamment son aptitude à comprendre et à tirer profit de la sanction qui conduira la juridiction de jugement à opter pour une admonestation plutôt qu'une remise à parents. Cela explique d'ailleurs qu'aucune formule spéciale ne soit prévue pour l'admonestation d'un mineur. C'est donc le juge des enfants qui doit situer la mesure entre menace et conseil, lui donnant ainsi le contenu le plus adapté au mineur, même si toute admonestation respecte certaines règles : rappel du texte violé et de la valeur protégée, réprimande et prise de conscience des conséquences de ses actes et enfin mise en garde sur les suites judiciaires possibles en cas de réitération, notamment la possibilité de sanctions pénales. Cette « mesure éducative minimum » est adaptée à l'audience de cabinet dans laquelle le juge des enfants statue seul, sans robe, sans aucun formalisme, au cours d'une procédure

¹ Faisant suite aux unités à encadrement éducatif renforcé créées en 1996 sous l'impulsion du Garde des Sceaux, Jacques Toubon, ces centres fonctionnent par sessions d'une durée limitée (trois à six mois), le but étant de créer une rupture dans la trajectoire délinquante de ces mineurs en leur proposant des projets et des activités variés tout en assurant un encadrement permanent et individualisé d'éducateurs afin de restaurer un rapport de confiance entre ces mineurs et les adultes. Sur ce type d'établissement, v. R. PUVUELO et D. TURREL, *Les centres éducatifs renforcés : redonner du sens à l'action éducative auprès des mineurs délinquants*, Erès, 2007.

² Il est important de ne pas confondre les établissements éducatifs qui accueillent des mineurs au titre d'une mesure de placement prévue aux articles 8, 15 et 16 de l'ordonnance du 2 février 1945 et les centres éducatifs fermés mis en place en 2002 destinés à accueillir des mineurs soit avant leur jugement (dans le cadre d'un contrôle judiciaire), soit après leur jugement (dans le cadre d'un sursis avec mise à l'épreuve, d'une libération conditionnelle ou plus récemment d'un placement extérieur). Sur ces centres, v. les commentaires de la loi du 9 septembre 2002 qui évoquent, pour la plupart, cette question : v. ainsi Ch. LAZERGES, *Fallait-il modifier l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945*, RSC 2003, spéc. p. 178 et 179 ; J. CASTAGNEDE, *La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 : un nouveau regard porté sur le droit pénal des mineurs*, D. 2003, chron. spéc. p. 783 ; L. GEBLER et Y. GUITZ, *Le bon sens et le mauvais sens*, *Journal du droit des jeunes*, n° 217, septembre 2002, spéc. p. 25 et s. ; C. PRIEUR, *Délinquance des mineurs : les candidats plébiscitent les centres fermés*, *Le Monde* du 23 mars 2002.

³ Art. 16, al. 1^{er}, 5° de l'ordonnance de 1945.

⁴ Art. 15, al. 1^{er}, 6° et art. 16, al. 1^{er}, 6° de l'ordonnance de 1945

orale où « *le débat est une fin en soi* »¹. En effet, la simple confrontation dans le bureau du juge permet à chaque partie de jouer son rôle (les parents et leur autorité perdue, l'enfant et sa responsabilité, la victime et son dommage et enfin le juge comme symbole de la Justice) et de formuler le conflit qui les oppose. Il s'agit d'une mesure assez largement utilisée et qui semble assez efficace notamment pour les actes de délinquance de faible gravité². C'est d'ailleurs probablement pour cette raison que le législateur a créé une nouvelle mesure éducative, l'avertissement solennel³ qui peut être prononcé par le Tribunal pour enfants à l'égard des mineurs de plus de treize ans, sorte d'équivalent à l'admonestation qui n'était prévue que pour le juge des enfants.

492 - Comme on vient de le voir, les juridictions pour mineurs disposent donc d'un éventail de mesures variées allant de l'admonestation au placement en institution spécialisée, leur permettant de choisir la ou les réponses les plus à même de satisfaire les besoins éducatifs de l'enfant. Mais ce texte fondamental ne s'arrête pas là puisqu'il assortit également ces mesures éducatives d'un régime particulier, toujours dans l'optique de s'adapter au mieux aux besoins spécifiques du mineur.

2- Un régime dérogatoire adapté aux besoins du mineur

493 - La particularité du régime de ces mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation découle de leur nature. Il s'agit en effet de mesures de sûreté que la doctrine⁴ différencie des peines classiques même si, ni le Code pénal, ni l'ordonnance de 1945, n'emploie expressément le terme de « mesure de sûreté » pour désigner les mesures éducatives applicables au mineur délinquant. Cette nature particulière explique donc que de

¹ A. BRUEL et D. SALAS, *Enfance Délinquante, Rép. Pén.*, n° 98, p. 17.

² Selon une estimation des juges des enfants, le pourcentage de jeunes admonestés qui ne réitéreraient pas serait estimé à 80%. S'il ne s'agit que d'un chiffre non officiel, il montre cependant que l'admonestation est une mesure efficace, au moins sur certains délinquants sans problème particulier. En 2005, 18660 admonestations ont ainsi été prononcées en matière correctionnelle, représentant environ 70% des mesures éducatives totales prononcées dans ce domaine (ce taux atteint même plus de 78% pour les contraventions de 5^e classe). Source : *Annuaire Statistique de la Justice*, Édition 2008.

³ Art. 16, al. 1^{er}, 5^o de l'ordonnance de 1945, introduit par la loi du 5 mars 2007.

⁴ V. sur ce point les opinions de B. BOULOC, *op.cit.*, n° 76 et s., mais surtout F. DREIFUSS-NETTER et F. RINALDI, *Mesures applicables aux mineurs, J.-Cl. Pénal*, Art. 122-8, fascicule 20, n° 24 p. 7.

telles mesures, fondées sur la prévention et l'éducation plutôt que sur la répression, puissent être prononcées avant toute déclaration de culpabilité¹. Les mesures éducatives prévues par l'ordonnance du 2 février 1945 bénéficient donc d'un régime dérogatoire au droit commun au niveau tant de leur cumul (a) que de leur application dans le temps (b).

a) Le cumul possible des mesures éducatives

494 - L'alinéa 1^{er} de l'article 2 de l'ordonnance du 2 février 1945 prévoit que les institutions compétentes prononceront « *les mesures (...) qui sembleront appropriées* ». Par cette formule, l'ordonnance admet ainsi que ce sont les besoins du mineur qui commandent le prononcé d'une mesure et qu'une pluralité de réponses est parfois nécessaire pour agir efficacement sur la personnalité de celui-ci. Il n'est par conséquent pas rare que les juridictions pour enfants couplent certaines mesures éducatives entre elles, en prononçant par exemple une admonestation et une remise à parent ou bien une mesure de milieu ouvert et une mesure d'activité de jour prévue à l'article 16 *ter* de l'ordonnance de 1945. L'ordonnance permet en outre au Tribunal pour enfants, au Tribunal correctionnel pour mineurs et à la Cour d'assises des mineurs², mais également au juge des enfants en audience de cabinet³, de prononcer une mise sous protection judiciaire, permettant alors de prononcer toutes les mesures nécessitées par la situation du mineur, qu'il s'agisse d'une mesure d'assistance éducative en milieu ouvert au titre des articles 375 et suivants du Code civil ou d'un des placements prévus par l'article 16 de l'ordonnance de 1945. Cette mesure est donc, par essence, cumulable avec d'autres mesures de rééducation⁴. Malgré cette possibilité, la protection judiciaire reste une mesure sous-utilisée⁵ qui pâtit surtout de l'absence de sanction en cas de non-respect, contrairement par exemple à une autre mesure éducative, la liberté surveillée⁶.

¹ De nombreuses mesures éducatives provisoires, telles qu'un placement par exemple, sont d'ailleurs possibles avant le jugement, art.10, al. 5 et s. de l'ordonnance du 2 février 1945.

² Art. 16 *bis* de l'ordonnance du 2 février 1945, introduit par la loi du 11 juillet 1975. La compétence du Tribunal correctionnel pour mineurs découle encore une fois du renvoi de l'article 24-4 à cet article.

³ Art. 8, al.10, 5^e de l'ordonnance du 2 février 1945.

⁴ Ce que reconnaît d'ailleurs expressément le dernier alinéa de l'article 16 bis de l'ordonnance du 2 février 1945.

⁵ La mise sous protection judiciaire ne représentait ainsi que 5% des mesures éducatives prononcées en matière délictuelle en 2006. Source : *Annuaire Statistique de la Justice, op. cit.*

⁶ Du fait notamment des conséquences juridiques des incidents à la liberté surveillée (art. 28 de l'ordonnance du 2 février 1945).

495 - Mesure antérieure à l'ordonnance de 1945, la liberté surveillée a en effet été introduite par la loi du 22 juillet 1912 sous l'influence du « *probation system* » anglo-saxon. Il s'agit d'une mesure originale de surveillance dont la terminologie est trompeuse puisque c'est l'éducation du mineur qui est surveillée plus que sa liberté. Cette mesure va devenir avec l'ordonnance de 1945, « *une des pièces maîtresse du dispositif de rééducation du jeune délinquant* »¹ puisque toutes les juridictions pour mineurs peuvent la prononcer soit dès le stade de l'instruction², soit avant le jugement³, soit en tant que mesure sanctionnant la responsabilité pénale du mineur⁴. Quelle que soit sa forme, la liberté surveillée est alors, au même titre que la mise sous protection judiciaire, cumulable avec d'autres mesures éducatives⁵, contrairement aux dispositions de la loi de 1912 et à la solution de la jurisprudence antérieure, hostile au cumul⁶. Mais c'est surtout avec la loi du 24 mai 1951 admettant la possibilité de cumuler la mesure éducative de liberté surveillée, avec une peine que se manifeste réellement le caractère dérogatoire du régime de ces mesures apparaissant alors comme de véritables mesures de sûreté. L'alinéa 1^{er} de l'article 19 de l'ordonnance de 1945⁷, modifié par les lois de 24 mai 1951 et du 5 juillet 1974, permet en effet de placer sous le régime de la liberté surveillée le mineur subissant une condamnation pénale. Il s'agit d'ailleurs d'un moyen précieux, bien que trop peu utilisé⁸, permettant de donner à une sanction pénale traditionnelle comme l'amende ou l'emprisonnement une dimension éducative grâce à la surveillance et au soutien du mineur par le délégué à la liberté surveillée. De la même façon, le Code de procédure pénale prévoit à l'article R. 60⁹, la possibilité de cumuler

¹ B. BOULOC, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, 4^e éd., 2011, n° 567, *in fine*.

² On parle alors généralement de liberté surveillée « d'observation ».

³ Dite liberté surveillée « d'épreuve ».

⁴ Liberté surveillée « d'éducation », la plus fréquente.

⁵ Notons d'ailleurs que le juge, après tout incident à la liberté surveillée (mauvaise conduite, entrave à l'exercice de surveillance...) peut statuer sur ces incidents, même d'office, et ordonner toutes mesures de protection ou de surveillance utiles (art. 28, al.1^{er} de l'ordonnance du 2 février 1945).

⁶ V. par exemple, Crim 2 mars 1928, S. 1929.1.198

⁷ « Lorsqu'une des mesures prévues aux articles 15, 16 et 28 ou une condamnation pénale sera décidée, le mineur pourra, en outre, être placé jusqu'à un âge qui ne pourra excéder celui de la majorité, sous le régime de la liberté surveillée ».

⁸ Selon l'*Annuaire Statistique de la Justice*, *op. cit.*, seules 714 mises sous liberté surveillée ont été prononcées en matière délictuelle en 2006, ce qui représente seulement 1,27% des condamnations de mineurs pour un délit. Le manque de délégués à la liberté surveillée est peut-être à l'origine de la « sous-utilisation » de cette mesure.

⁹ « Lorsque le juge des enfants est compétent en vertu de l'article 744-2, il peut s'il l'estime opportun, combiner les mesures prévues au présent chapitre avec celles qui sont définies aux articles 15 à 19, 27 et 28 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 modifiée relative à l'enfance délinquante ».

un sursis avec mise à l'épreuve avec une des mesures éducatives prévues par l'ordonnance du 2 février 1945¹.

496 - Toutes ces possibilités de cumul des mesures éducatives entre elles ou de cumul des mesures éducatives avec une peine illustrent bien la volonté du législateur de permettre au juge de choisir la ou les mesures qui sont les plus adaptées à la personnalité et aux besoins du mineur², donc à sa capacité pénitentiaire. Dans cette optique, l'ordonnance de 1945 permet également au juge de réviser une mesure en cours d'exécution. Il ne s'agit plus alors de cumuler les différentes mesures éducatives mais plutôt de régler le problème de leur application dans le temps, question qui, là encore, admet un régime dérogatoire au droit commun.

b) Le caractère révisable des mesures éducatives en fonction de l'évolution de la personnalité du mineur

497 - Même une fois prononcées, les mesures éducatives obéissent à un régime dérogatoire quant à leur durée. En effet, puisqu'elles sont fondées sur la personnalité et non l'acte du mineur, l'ordonnance de 1945 prévoit la possibilité de réviser, voire de supprimer les mesures éducatives ayant été décidées afin de correspondre au mieux à la situation du mineur et à surtout à son évolution. Ce texte témoigne ainsi de la nécessité de prendre en compte une des caractéristiques fondamentales de la personnalité du mineur, à savoir sa faculté à évoluer très rapidement. Le mineur, surtout lorsqu'il est jeune, est encore un être en formation dont la personnalité se développe progressivement. Par conséquent, la ou les mesures éducatives initialement décidées peuvent vite apparaître inadaptées, voire inopportunes au regard de l'évolution psychologique du mineur, obligeant par conséquent le législateur à admettre une certaine souplesse quant à la révision de celles-ci. Aussi logique soit-il, ce raisonnement s'oppose à un principe classique du droit pénal, celui de l'autorité de la chose jugée selon

¹ C'est alors le délégué à la liberté surveillée qui exerce les fonctions d'agent de probation, art. R. 60, al. 1^{er} *in fine*, du Code de procédure pénale.

² Comme l'illustrent d'ailleurs les formules précitées employées par l'ordonnance de 1945 (« mesures [...] qui leur sembleront appropriées », art. 2, al. 1^{er}) ou par le Code de procédure pénale (« s'il l'estime opportun », art. R. 60 du Code de procédure pénale).

lequel les condamnations doivent, en principe, être exécutées telles qu'elles ont été prononcées¹. La spécificité du délinquant mineur conduit toutefois à considérer que la spécificité de la personnalité du mineur prime sur le principe de l'autorité de la chose jugée. C'est pourquoi l'alinéa 1^{er} de l'article 27 de l'ordonnance du 2 février 1945 admet que « les mesures de protection, d'assistance, de surveillance, d'éducation ou de réforme ordonnées à l'égard d'un mineur [puissent] être révisées à tout moment ». Bien que la place de cet article au sein du chapitre IV de l'ordonnance semble limiter cette possibilité de révision au mineur placé sous le régime de la liberté surveillée, la doctrine lui accorde une portée générale². La juridiction compétente³ pourra alors, soit d'office, soit sur demande du mineur, de ses parents ou du Ministère Public, modifier toute mesure éducative, que celle-ci ait d'ailleurs été prononcée sur le fondement de l'ordonnance de 1945 ou de 1958⁴. Les mesures éducatives étant fondée sur les besoins du mineur et donc sur son aptitude à tirer profit de celles-ci, il semble logique d'admettre qu'on puisse y mettre fin ou les réviser lorsqu'elles ne semblent plus adaptées à l'évolution de la personnalité du mineur.

498 - Cette prise en compte du caractère dynamique de la capacité pénitentiaire justifie d'ailleurs la possibilité de rapidement mettre à exécution les mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation qui auraient été décidées, et ce au mépris d'un autre principe classique, celui de l'effet suspensif des voies de recours⁵. L'ordonnance de 1945 prévoit ainsi cette hypothèse aux articles 22, alinéa 1^{er} concernant l'appel et l'opposition et 24, alinéa 5 concernant le recours en cassation⁶. Cette faculté découle une fois encore de la nature même de ces mesures et de la fonction éducative attribuée au droit pénal des mineurs. S'agissant de mesures de sûreté prises dans l'intérêt du mineur et non « contre lui », elles doivent pouvoir lui être appliquées au plus vite afin de garantir leur efficacité. De plus, au vu de la rapidité avec laquelle évolue la personnalité du mineur, il semble nécessaire d'appliquer

¹ Nonobstant les pouvoirs croissants reconnus au juge ou au Tribunal de l'application des peines et les décisions exceptionnelles de grâce ou d'amnistie.

² V. B. BOULOC, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, 4^e éd., 2011, n° 547.

³ Qui sera généralement celle qui a prononcé la mesure à modifier, sauf en cas de placement puisque, dans ce cas, seul le Tribunal pour enfants est compétent (art. 28, al. 2 de l'ordonnance du 2 février 1945).

⁴ L'article 375-6 du Code civil permettant lui aussi cette révision.

⁵ L'exécution des peines est en principe suspendue pendant le délai d'exercice des voies de recours, ce délai ayant un effet suspensif jusqu'à ce que la décision devienne définitive.

⁶ L'article 32 étend même cette alternative aux décisions prises après un incident à la liberté surveillée.

la mesure le plus rapidement possible¹. On remarque d'ailleurs que le pourvoi en cassation retrouve un effet suspensif en cas de condamnation pénale² puisqu'ici, contrairement aux mesures éducatives, il paraît nécessaire d'attendre la décision de la Cour de cassation dans la mesure où celle-ci pourrait censurer la décision de condamnation. Le législateur a donc, à juste titre, considéré que l'exécution, même provisoire, d'une peine qui pourrait ultérieurement être jugée illégale doit être évitée.

499 - L'ordonnance de 1945 affirme donc dans son article 2, la primauté de l'action éducative accompagnant cette exigence de mesures éducatives au contenu varié et au régime dérogatoire. Toutes ces mesures permettent ainsi d'apporter une réponse adaptée à la personnalité du mineur, témoignant ainsi de l'influence réelle du concept de capacité pénitentiaire sur le droit pénal des mineurs. A côté de ces mesures éducatives, *stricto sensu*, un nouveau type de réponse, les sanctions éducatives, a vu le jour en 2002, complétant ainsi « l'arsenal éducatif » prévu par l'ordonnance du 2 février 1945.

B- Les sanctions éducatives possibles dès dix ans

500 - La création des sanctions éducatives constituent, au côté de celle des centres éducatifs fermés, une des mesures les plus médiatisées de la loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002. Prenant acte de la crise traversée par l'éducatif et de la carence des sanctions pénales en ce domaine, cette loi a introduit une nouvelle catégorie de mesures présentée comme la voie médiane entre les mesures éducatives et les peines. Malheureusement, la nature ambiguë de ces sanctions (1) ainsi que leur faible dimension éducative permet de douter de leur bien-fondé (2).

1- Des mesures à la nature ambiguë

¹ Là encore des dispositions similaires sont prévues en matière civile, au titre de l'assistance éducative : les mesures décidées en faveur d'un mineur en danger sont elles aussi exécutoires par provision (art. 375-5 du Code civil).

² Art. 24, al.5 *in fine* de l'ordonnance du 2 février 1945. Notons d'ailleurs que l'expression « condamnation pénale » est utilisée dans le sens (contestable) de condamnation à une peine. Sur cette question, v. l'article de S. DETRAZ, *La notion de condamnation pénale : l'arlésienne de la science criminelle*, RSC 2008, p. 41 et s.

501 - S'éloignant du schéma binaire classique de l'ordonnance du 2 février 1945 opposant les mesures éducatives, présentées comme la solution de principe, aux sanctions pénales, réponse exceptionnelle à la délinquance des mineurs, le législateur développe depuis quelques années des mesures *sui generis*, oscillant entre éducation et répression. Si cette nature hybride peut parfois être un avantage¹, elle se révèle en pratique être un facteur de confusion pour les sanctions éducatives. En effet, bien qu'elles soient proches de certaines peines, les sanctions éducatives suivent tantôt le régime des mesures éducatives dont elles partagent la finalité, tantôt le régime des peines, posant alors de sérieux problèmes de cohérence.

502 - Les sanctions éducatives peuvent en effet être rapprochées des sanctions pénales proprement dites. Une lecture exégétique des articles 122-8 du Code pénal et 2 de l'ordonnance relative à l'enfance délinquante met en lumière la volonté du législateur de dissocier les mesures éducatives² des sanctions éducatives et des peines³. Si les mesures éducatives apparaissent comme la réponse principale à la délinquance des mineurs, les sanctions éducatives et les peines doivent rester l'exception. C'est pourquoi, ces dernières doivent être spécialement motivées par les circonstances et la personnalité du mineur⁴ et ne peuvent être prononcées que par le Tribunal pour enfants, le Tribunal correctionnel pour mineurs ou la Cour d'assises des mineurs et non par le juge des enfants statuant seul⁵. L'article 10-2, III de l'ordonnance du 2 février 1945 fait d'ailleurs référence à la « condamnation à une sanction éducative ou à une peine », par opposition aux mesures

¹ V. ainsi le cas de la mesure d'aide ou de réparation prévue à l'article 12-1 de l'ordonnance de 1945 qui dans le silence du législateur est généralement considérée comme une mesure éducative, bien que certains auteurs tiennent à souligner qu'elle possède également une dimension répressive. Ainsi, un auteur définit la réparation pénale comme une « intervention effectivement pénale » qui se distingue des mesures éducatives classiques : P. MILBURN, *La réparation pénale : entre incivilités et éducabilité*, *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, n° 29, 1997, p.122. De même, un autre auteur étudie la médiation-réparation comme une mesure « à part », après l'examen des mesures éducatives et répressives traditionnelles, la qualifiant de « réponse pénale qui revêt un caractère éducatif », J.-F. RENUCCI, *Droit pénal des mineurs*, Masson, 1994, p. 223. Il semble en effet que c'est vers cette solution intermédiaire qu'il faut se tourner, à l'image de R. CARIO qui fait de la réparation une mesure *sui generis* à laquelle il donne le nom de « réponse restaurative », R. CARIO, *Jeunes délinquants, A la recherche de la socialisation perdue*, L'Harmattan, 2^e éd., 2000, p. 136 et s.

² Alinéa 1^{er} des articles 2 de l'ordonnance du 2 février 1945 et 122-8 du Code pénal.

³ Alinéa 2 des articles 2 de l'ordonnance du 2 février 1945 et 122-8 du Code pénal.

⁴ Art. 2, al. 2 de l'ordonnance du 2 février 1945.

⁵ Art. 8, al. 10, *a contrario*.

éducatives dont le mineur « fait l'objet ». Enfin, le fait que les sanctions éducatives comme les peines ne puissent être prononcées avant un certain âge¹ contribue à les rapprocher entre elles et à les opposer aux mesures éducatives qui sont possibles quel que soit l'âge du mineur. On peut d'ailleurs remarquer que le Conseil constitutionnel a, dans sa décision du 29 août 2002 sur la constitutionnalité de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 invoqué le principe de proportionnalité des *peines* au sujet de ces sanctions², adoptant ainsi la conception large de peine développée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme³ et reprise par le Conseil constitutionnel⁴.

503 - On peut toutefois opposer à ces arguments en faveur d'une nature répressive des sanctions éducatives, d'autres éléments plaidant au contraire pour un rapprochement de ces des sanctions éducatives et des mesures éducatives. Elles partagent, comme l'indique leur nom, la même finalité, à savoir l'éducation du mineur. Comme nous l'avons déjà remarqué, certaines sanctions éducatives, notamment celles créées en 2007, sont assez proches de mesures éducatives existantes telles que l'admonestation ou certains placements. Ces sanctions visent ainsi à rappeler au mineur l'existence de règles, voire à l'extraire d'un milieu potentiellement criminogène, ce qui démontre un certain contenu éducatif. De plus, l'étude du régime de ces sanctions permet de mettre en avant quelques similitudes avec celui des mesures éducatives. Les juridictions de jugement peuvent ainsi cumuler ces sanctions entre elles, rappelant le cumul des mesures éducatives, évoqué précédemment⁵. En outre, l'hypothèse de placement sanctionnant le non-respect d'une des mesures prévues par l'article

¹ Dix ans pour les sanctions éducatives et treize ans pour les peines.

² « *En application du principe de proportionnalité des peines, ces sanctions prendront naturellement en compte les obligations familiales et scolaires des intéressés* », considérant n° 32 de la décision DC n° 2002-461 du Conseil constitutionnel du 29 août 2002, *JO* 10 septembre 2002, p. 14953.

³ CEDH 9 fév. 1995 (*Welch c. Royaume-Uni*) et 8 juin 1995 (*Jamil c. France*) : *RSC* 1996, p. 470 et 471, obs. R. KOERING-JOULIN, p. 662, obs. Ph. DELMAS-SAINT-HILAIRE et p. 851, obs. B. BOULOC ; *JCP* 1996, p. 22677, note G. BOURDEAUX. V. également, pour un arrêt plus récent à propos de la détention de sûreté allemande, CEDH, 17 déc. 2009 (*M. c. Allemagne*), Req. n° 19359/04, *D.* 2010, p. 737, note J. PRADEL ; *AJ pénal* 2010, p. 129, J. LEBLOIS-HAPPE ; *RSC* 2010, p. 228 et p. 236, obs. D. ROETS ; *Dr. Pén.* 2010, étude 9, L. GREGOIRE et F. BOULAN.

Sur la conception européenne de la peine, v. E. GARÇON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, Litec, 2010, n° 88 et s.

⁴ V. not. la décision DC n° 87-237 du 30 déc. 1987 appliquant le principe de nécessité des peines à « toute sanction ayant le caractère d'une punition », spéc. § 15, *JO* 31 déc. 1987, p. 15765.

⁵ *Supra* n° 495 et s.

15-1 *in fine* rappelle le caractère révisable des mesures éducatives permettant au Tribunal pour enfants de prendre une mesure de placement prévue aux articles 15 et 16 de l'ordonnance du 2 février 1945, si le juge l'estime nécessaire, par exemple en cas d'incident à la liberté surveillée¹. Cette dualité de nature des sanctions éducatives qui paraît à première vue favorable au mineur, cumulant les avantages des deux types de mesures, est en réalité surtout génératrice de flagrantes incohérences.

504 - Comme on vient de le voir, l'article 15 *in fine* de l'ordonnance du 2 février 1945 prévoit qu'un mineur qui ne respecterait pas les obligations découlant de ces sanctions s'exposerait au prononcé d'une mesure de placement par le Tribunal pour enfants. On constate alors que la sanction du non-respect d'une sanction éducative est une mesure éducative. Cette hiérarchie est tout de même surprenante, dans la mesure où elle contredit la gradation « mesure éducative, sanction éducative, peine », qui ressort des articles 122-8 du Code pénal et 2 de l'ordonnance du 2 février 1945. Il semble en effet illogique de sanctionner la violation d'une sanction éducative par une mesure éducative, pourtant juridiquement moins sévère. Même s'il est vrai qu'en matière de délinquance juvénile toute logique mathématique est à proscrire, ce « *placement-sanction* »² est tout de même contestable car il risque d'être mal compris par le mineur qui devra le subir. De plus, on peut regretter ce choix dans la mesure où, si un placement n'a pas été choisi *ab initio* par la juridiction de jugement, il ne semble pas davantage adapté après la violation d'une sanction éducative.

505 - Il ne s'agit malheureusement pas de la seule incohérence de cette réforme. Le choix d'inclure certaines mesures éducatives telles que la mesure d'aide ou de réparation ou l'avertissement solennel au sein des sanctions éducatives aboutit à consacrer des solutions illogiques. Le renvoi pur et simple de l'article 15-1, al. 1^{er}, 5^o à l'article 12-1 de l'ordonnance, par exemple, aboutit ainsi à refuser au juge des enfants en chambre du conseil la possibilité de prononcer une mesure de réparation au titre de sanction éducative, alors qu'il en a le pouvoir s'il se fonde sur l'article 12-1 de l'ordonnance du 2 février 1945. De la même façon, on a vu

¹ Art. 28 de l'ordonnance du 2 février 1945.

² L. GEBLER et Y. GUITZ, *Nouvelle réforme de l'ordonnance de 1945 : analyse détaillée, Le bon et le mauvais sens*, *Journal du droit des jeunes*, n° 217, sept. 2002, p. 22.

que le Tribunal pour enfants pouvait prononcer un avertissement solennel sans avoir à motiver ce choix s'il se fonde sur l'article 16, 5° de l'ordonnance du 2 février 1945, tandis que la même mesure, prononcée en tant que sanction éducative, devra être motivée par les circonstances et la personnalité du mineur¹.

506 - La nature ambiguë des sanctions éducatives qui consacre un véritable « *mélange des genres aux effets possiblement pernicious* »² est préoccupante car au-delà d'une simple mesure, on aperçoit la problématique actuelle de la justice des mineurs oscillant sans cesse entre protection et répression. Malgré le principe de primauté éducative consacré par l'ordonnance de 1945 et réaffirmé à l'occasion de l'examen de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 par le Conseil constitutionnel³, ces sanctions souffrent de l'absence d'un réel contenu éducatif, ce qui conduit à mettre en doute la pertinence d'une telle réforme.

2- L'opportunité contestable des sanctions éducatives

507 - On peut ne pas être convaincu par ces mesures dont la faible nature éducative (a) permet de penser qu'elles sont davantage justifiées par la volonté de contourner l'incapacité pénitentiaire qui touche les mineurs de dix à treize ans (b).

a) L'insuffisante dimension éducative de ces sanctions

508 - L'objectif affiché par la loi du 9 septembre 2002 était de réformer le droit pénal des mineurs afin de l'adapter à l'évolution de la délinquance juvénile et en particulier à son rajeunissement supposé⁴. Or, la création des sanctions éducatives ne modifie guère la situation des mineurs de plus de treize ans qui bénéficiaient déjà de mesures similaires prononcées soit à titre de peine ou de modalité d'exécution d'une peine, soit à titre de mesure éducative. Ces sanctions d'un genre nouveau ne présentent un réel intérêt qu'au sujet des mineurs de dix à

¹ Solution résultant de la lecture combinée de combinaison des articles 2, al. 2 et 15-1, 9° de l'ordonnance du 2 février 1945.

² J. CASTAGNEDE, *La responsabilité pénale du mineur, évolution ou révolution ?*, RPDP 2004, p. 273.

³ V. *infra* n° 510.

⁴ V. *supra* n° 513 note 1.

treize ans qui ne pouvaient auparavant faire l'objet que de mesures éducatives. Pourtant, si la confiscation d'un objet en relation avec l'infraction peut parfois se révéler bénéfique pour la rééducation du mineur, on peut mettre en doute le caractère éducatif des différentes interdictions prévues à l'article 15-1, 2^e à 4^e de l'ordonnance du 2 février 1945. De par leur caractère désocialisant¹, ces sanctions éducatives n'ont pas pour but d'éduquer ou d'insérer socialement le mineur² et se résument alors à de simples peines restrictives de liberté pourtant interdites par les articles 20-4 et 20-6 de l'ordonnance de 1945. On peut par conséquent déplorer, au regard de ce faible contenu éducatif, que la loi permette pourtant de les prononcer à partir d'un âge aussi bas. On rappellera pour mémoire que des mesures pénales³, ne peuvent être prononcées contre le mineur de quatorze ans en Allemagne, quinze ans en Finlande, en Islande ou en Suède et seize ans en Belgique et au Portugal. Inutiles pour la plupart, ces sanctions éducatives apparaissent surtout dangereuses car elles contribuent à un alignement du statut du mineur sur celui du majeur puisqu'un mineur peut, dès dix ans, être condamné à la même mesure qu'un individu majeur au titre du sursis avec mise à l'épreuve ou de certaines peines complémentaires⁴.

509 - On ne peut qu'être surpris par conséquent par la décision du Conseil constitutionnel du 29 août 2002⁵ relative à la constitutionnalité de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation de la justice. Parmi les griefs adressés à la loi figurait notamment une critique des articles 11, 12 et 13 de la loi instituant les sanctions éducatives. Selon les auteurs du recours, ces sanctions violeraient le principe d'irresponsabilité des

¹ Renforcé par le fait que la délinquance des mineurs est surtout une délinquance de proximité impliquant un cercle réduit de personnes.

² Un auteur a d'ailleurs souligné que l'éducation de ces mineurs, très souvent marqués par l'individualisme, passe par l'apprentissage de l'altérité ; or, de telles sanctions ne permettent pas de résoudre cette question. Au contraire, elle « gomme » l'autre et stigmatise le jeune délinquant dans son quartier ou son école : L. CORINUS-LE PUIL, *L'enfant, un adulte en miniature ou un être en devenir ? Plaidoyer pour une approche globale du phénomène délinquantiel*, RPDP 2004, p. 292. Une mesure communautaire telle que la mesure d'aide ou de réparation (art. 15, al. 1^{er}, 4^e de l'ordonnance du 2 février 1945) apparaît à cet égard beaucoup plus pertinente.

³ Au sens large pour y inclure les sanctions éducatives ou les mesures équivalentes, le tout s'opposant aux mesures strictement éducatives.

⁴ Conduisant à se demander, au côté d'un auteur, si « le législateur n'aurait pas créé, par le biais de cette nouvelle catégorie, un réceptacle pour de futures sanctions, assimilables à des peines mais baptisées éducatives », J. CASTAGNEDE, *La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 : un nouveau regard porté sur le droit pénal des mineurs*, D. 2003, chron. p. 782.

⁵ Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, Loi d'orientation et de programmation pour la justice.

enfants de moins de treize ans et celui de primat de l'éducatif sur le répressif. Le Conseil constitutionnel a pourtant rejeté cette critique et a validé ces nouvelles sanctions en faisant prévaloir leur « finalité éducative ». Cette justification peut ne pas convaincre dans la mesure où il s'agit d'un des considérants les plus courts de la décision alors que la question de la constitutionnalité des sanctions éducatives aurait mérité que le Conseil y consacre de plus amples développements¹, notamment au regard de l'abaissement de l'âge de la capacité pénitentiaire du mineur à dix ans. La décision du 29 août 2002 s'explique en réalité par les problèmes auxquels est actuellement confrontée la justice de mineurs.

510 - Les sanctions éducatives apparaissent en effet comme la traduction parfaite du malaise que traverse la justice des mineurs tiraillée entre le choix éducatif traditionnel et une certaine « tentation pénale ». La terminologie² même de « sanction éducative » est symbolique de cette volonté répressive qu'on cherche à concilier, au moins en apparence, avec l'idéal éducatif de l'ordonnance de 1945. On peut d'ailleurs remarquer que cette terminologie est maladroite puisqu'en ajoutant l'épithète « éducatif » au substantif « sanction », la loi laisse penser que la sanction seule en serait dénuée. Or, une sanction, particulièrement en droit pénal des mineurs, n'est-elle pas par définition éducative, au sens où elle signifie à l'auteur la réprobation sociale afin de l'inciter à modifier son comportement? Le besoin de créer des sanctions éducatives est alors révélateur de l'opposition entre répression et éducation qui existe dans l'esprit du législateur. Cette conception manichéenne est pourtant à l'opposé de celle des rédacteurs puis des interprètes de l'ordonnance, notamment H. MICHARD³ qui préférerait y voir une interaction, une interpénétration, bref une dialectique, plus constructive qu'une simple opposition. Comme le rappelait le fronton de la prison St Michel à Rome⁴, « *sanctionner sans éduquer procéderait d'une démarche vaine* ».

¹ On constate ainsi que l'étude par le Conseil constitutionnel des centres éducatifs fermés, mesure très médiatique de la loi, est, quant à elle, plus approfondie. La Cour constitutionnelle semble ainsi gagnée par le discours médiatique du législateur.

² Un auteur ayant, à ce propos, évoqué une « association terminologique préoccupante », J. CASTAGNEDE, *La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002: un nouveau regard porté sur le droit pénal des mineurs*, D. 2003, chron. p.782.

³ H. MICHARD, *De la justice distributive à la justice résolutive*, Les éditions du CRIV, Vaucresson, 1983, p. 121-122.

⁴ « *Parum est coercere improbos poena, nisi probos efficias disciplina* » : « *Il ne suffit pas d'effrayer les malhonnêtes gens par la menace de la peine, il faut les rendre honnêtes par une discipline effective* », inscription

511 - En second lieu, on ne peut que regretter que la grande absente de ces sanctions éducatives soit la prévention. Les premières sanctions éducatives sont en effet surtout tournées vers l'acte illicite et ses conséquences, alors que des mesures de prévention, cherchant à agir sur les causes de la délinquance, sont souvent plus efficaces qu'une action seulement répressive. Il ne s'agit pas de chercher à comprendre les causes des actes délinquants commis par les mineurs¹, mais plutôt de sanctionner le mineur délinquant, voire ses parents². Encore une fois, c'est plus une logique de répression que de prévention et d'éducation qui guide la création de ces sanctions éducatives. N'aurait-il pas mieux valu créer de nouvelles mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation plus modernes pour s'adapter à la délinquance juvénile d'aujourd'hui ou bien consacrer, comme le souhaitait le Sénat, la possibilité de prononcer une mesure éducative en plus d'une peine pour cumuler leurs avantages ? La création par la loi du 5 mars 2007 de quatre autres sanctions éducatives et de deux nouvelles mesures éducatives participe d'ailleurs de cette volonté de prévenir la délinquance en agissant sur les causes de celle-ci. Ces nouvelles mesures et sanctions éducatives visent en effet à mettre en place un « travail sur les faits » (*sic*)³ et sur le respect de la norme⁴ ou essayent de pallier les lacunes scolaires⁵ fréquentes chez les mineurs délinquants. Si l'on ne peut que se féliciter de cette prise de conscience, certes tardive, de la nécessité de prévoir des réponses originales au contenu plus préventif que répressif, on peut toutefois s'interroger sur les raisons qui ont poussé le législateur à créer ces sanctions éducatives.

gravée en 1703 à la demande du Pape Clément IX sur le fronton de la salle d'honneur de la prison pour adolescents St Michel à Rome.

¹ Ni même de comprendre les causes de cette défaillance des parents.

² La loi du 9 septembre 2002 crée ainsi des sanctions à l'encontre des parents défaillants : v. par exemple l'article 23 de cette loi qui prévoit la suspension des allocations familiales en cas de placement en centre éducatif fermé, l'article 27 qui élargit le délit de soustraction à ses obligations prévu à l'article 227-17 du Code pénal ou bien l'article 29 qui institue une amende civile pour refus de déférer à une convocation (article 10-1, ordonnance du 2 février 1945).

³ L'art. 15-1, al. 1, 7° de l'ordonnance du 2 février 1945 évoque ainsi « un travail psychologique, éducatif et social portant sur les faits commis ».

⁴ Notamment grâce à la sanction éducative que constitue l'avertissement solennel (art. 15-1, al. 1, 9° de l'ordonnance du 2 février 1945).

⁵ C'est en tout cas l'objectif de l'exécution de travaux scolaires ou du placement dans un établissement scolaire sous le régime de l'internat (art. 15-1, al. 1, 8° et 10° de l'ordonnance du 2 février 1945).

b) Une mesure justifiée par la volonté de contourner l'incapacité pénitentiaire des mineurs de dix à treize ans

512 - La loi du 9 septembre 2002 justifie la création des sanctions éducatives par la nécessité d'apporter à la délinquance juvénile des réponses « plus efficaces, plus adaptées et plus progressives »¹. En effet, dans certains cas, ni l'éducatif qui a montré ses limites, ni les instruments pénaux trop lourds ne semblent convenir. Les sanctions éducatives, à mi-chemin entre ces deux possibilités traditionnelles, se révèlent alors comme la mesure idéale pour sanctionner des infractions telles que le vol ou les dégradations, c'est-à-dire des comportements à la dangerosité sociale peu élevée mais assez graves symboliquement pour justifier une réponse pénale ferme. Ce nouveau type de sanctions a donc été présenté par le législateur comme une réponse intermédiaire particulièrement adaptée à une délinquance juvénile dépeinte comme étant de plus en plus précoce².

513 - Malgré les intentions affichées par le législateur, c'est en réalité une nouvelle catégorie de mineurs qui est visée : les mineurs âgés de dix à treize ans. Avant la loi d'orientation et de programmation de la justice du 9 septembre 2002, ces mineurs ne pouvaient être condamnés qu'à des mesures éducatives du fait, on le verra³, d'une présomption irréfragable d'inaptitude à profiter d'une sanction pénale dont ils bénéficient. Ces sanctions éducatives apparaissent alors critiquables dans la mesure où elles ont été spécialement créées pour sanctionner une catégorie particulière de mineurs, ceux âgés de dix à treize ans⁴, pourtant présumés incapables

¹ Circulaire CRIM 02-15/E8 du 7 novembre 2002 relative à la présentation des dispositions portant réforme du droit pénal des mineurs et de certaines dispositions de droit pénal spécial résultant de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation de la justice, p. 4.

² Un auteur cite ainsi l'exemple d'un mineur âgé de quatorze ans ayant commis cent cinquante délits, J. LARGUIER, *Criminologie et Science Pénitentiaire*, Dalloz, 9^e éd., 2001, p. 68. Tous les observateurs ne sont toutefois pas unanimes sur ce prétendu rajeunissement de la délinquance, v. ainsi le sociologue L. MUCCHIELLI, pour qui ce rajeunissement n'est qu'apparent et est explicable par le délai plus rapide de jugement aboutissant à des condamnations d'enfants plus jeunes mais ayant commencé au même âge, *Violences et insécurité. Fantômes et réalités dans le débat français*, La Découverte, 2007, p. 79 et s.

³ *Infra* n° 521 et s.

⁴ La circulaire du 7 novembre 2002 est sur ce point très explicite : « bien que ces sanctions éducatives soient applicables à tous les mineurs de 10 à 18 ans, elles sont particulièrement adaptées aux mineurs de 10 à 13 ans » (*op. cit.*, p. 27).

de profiter d'une peine¹. Avec les sanctions éducatives, la loi crée donc une réponse adaptée non à la spécificité de la délinquance juvénile, mais à des mineurs selon leur âge. Le critère du prononcé d'une mesure qui était traditionnellement la personnalité du mineur glisse lentement vers des considérations matérielles telles que l'âge ou la gravité de l'infraction. L'importance accordée par la justice des mineurs non à l'acte mais à la personnalité du mineur sort donc affaiblie par ces dispositions nouvelles. De plus, la création de ces sanctions intermédiaires opère un recul flagrant de la capacité pénitentiaire des mineurs âgés de dix à treize ans, jugés désormais capables de profiter d'une mesure répressive qui, si elle n'est pas une peine *stricto sensu*, n'en demeure pas moins une sanction prononcée par une juridiction pénale. La primauté éducative consacrée par ce texte est donc elle aussi la victime de ces sanctions éducatives. Si les raisons ayant motivé la création de ces sanctions éducatives laissent donc l'observateur perplexe, leur contenu confirme ces appréhensions.

514 - La première est la « confiscation d'un objet détenu ou appartenant au mineur et ayant servi à la commission de l'infraction ou qui en est le produit »². Cette hypothèse est déjà prévue par le Code pénal³ et permet au juge de confisquer les choses en relation avec le délit. Mais, s'agissant d'une sanction pénale, elle était juridiquement inapplicable contre le mineur de treize ans⁴. Apparaît donc encore une fois la volonté du législateur de sanctionner pénalement le jeune délinquant de dix à treize ans, en contournant son incapacité pénitentiaire. La même remarque peut d'ailleurs être faite à propos des trois sanctions éducatives suivantes. Celles-ci consistent en des interdictions diverses : interdictions de paraître dans les lieux où a été commis l'infraction⁵, de rencontrer ou d'entrer en relation avec les victimes⁶, les coauteurs ou complices de l'infraction⁷. Or, on constate que des mesures

¹ Pour une analyse similaire, J. CASTAGNEDE, *La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 : un nouveau regard porté sur le droit pénal des mineurs*, D. 2003, chron. p. 782.

² Art. 15, al. 1^{er}, 1^o de l'ordonnance du 2 février 1945.

³ Art. 131-6, 10^e du Code pénal.

⁴ Même si, en pratique, les scellés contenant une arme par exemple ne lui étaient pas restitués.

⁵ Art. 15, al. 1^{er}, 2^o de l'ordonnance du 2 février 1945. A titre d'exemple, la circulaire d'application envisage l'interdiction d'accès à un cinéma ou un commerce dans lequel un mineur aurait commis une infraction.

⁶ Art. 15, al. 1^{er}, 3^o de l'ordonnance du 2 février 1945.

⁷ Art. 15, al. 1^{er}, 4^o de l'ordonnance du 2 février 1945.

équivalentes pouvaient être prises dans le cadre d'un sursis avec mise à l'épreuve¹, d'un contrôle judiciaire² ou d'une composition pénale³. La loi n'apporte donc pas de modifications radicales au sort des mineurs de plus de treize ans mais augmente notablement la capacité pénale des mineurs de dix à treize ans. En outre, le suivi de ces sanctions éducatives apparaît comme l'un des points les plus défailants de cette réforme. En effet, l'alinéa 2 de l'article 15-1 de l'ordonnance prévoit que ce suivi sera assuré par un service de la protection judiciaire de la jeunesse ou un service habilité qui fera un rapport sur l'exécution de la mesure. On voit combien ce suivi sera difficile, notamment pour les interdictions de paraître dans certains lieux ou de rencontrer certaines personnes, voire impossible quand on connaît l'insuffisance de personnel et de moyens des éducateurs qui ont déjà des difficultés à assurer leurs fonctions habituelles. Ces griefs expliquent d'ailleurs peut-être pourquoi très peu de sanctions éducatives ont été prononcées à ce jour par les juridictions pour mineurs⁴.

515 - A côté de ces sanctions éducatives qui font davantage penser à des « peines déguisées » puisqu'elles peuvent être prononcées à l'égard d'un mineur de dix à treize ans, le législateur a tout de même choisi de créer des mesures au caractère éducatif plus marqué. Les deux premières introduites dès 2002 peuvent néanmoins laisser perplexe puisque l'article 15, al. 1^{er}, 5^o de l'ordonnance du 2 février 1945 opère un renvoi à la mesure d'aide ou de réparation prévue à l'article 12-1 de ce texte. Considérée par certains comme la « *mesure éducative par excellence* »⁵, elle a été consacrée par la loi de 2002 comme une sanction éducative, le législateur ayant jugé qu'elle « répond[ait] tout à fait aux objectifs de ces sanctions »⁶. On pourra pourtant ne pas être convaincu de l'utilité de l'intégration de cette

¹ Art. 132-45, 12^o et 13^o du Code pénal. La différence notable entre cette sanction éducative et une des obligations assortissant un sursis avec mise à l'épreuve réside dans la durée de ces mesures : un an maximum pour les sanctions éducatives contre une durée d'épreuve comprise entre douze mois et trois ans (art. 132-42, Code pénal).

² Art. 138, al.2, 3^e et 9^e Code de procédure pénale.

³ Art. 41-2, 9^e, 10^e et 11^e du Code de procédure pénale.

⁴ En 2005, seules 1326 sanctions éducatives ont été prononcées par les juridictions pour mineurs, ce qui représentait seulement 1,8 % des mesures et sanctions définitives prononcées cette année-là. Même si l'on note une augmentation de ces chiffres l'année suivante puisque 1638 sanctions éducatives ont été prononcées, ces sanctions ne représentent que 2,2 % des mesures prononcées par les juridictions pour mineurs en 2006. Source : *Annuaire Statistique de la Justice*, Édition 2008.

⁵ J. CASTAGNEDE, *La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 : un nouveau regard porté sur le droit pénal des mineurs*, D. 2003, chron. p. 779.

⁶ Circulaire du 7 nov. 2002, *op. cit.*, p. 30.

mesure au sein des sanctions éducatives¹. De la même façon, si le contenu éducatif et la pertinence du stage de formation civique prévue à l'article 15, al. 1^{er}, 6^o de l'ordonnance du 2 février 1945 ne font aucun doute, il reste que cette sanction éducative relèverait plus des mesures éducatives classiques² que de cette catégorie hybride mettant en avant leur caractère contraignant³. Une certaine contradiction apparaît d'ailleurs depuis que le législateur a choisi de créer une nouvelle peine applicable aux mineurs⁴, le stage de citoyenneté⁵. En effet, il semble difficile de justifier pourquoi le législateur a fait du stage de citoyenneté une peine ne pouvant par conséquent pas être prononcée avant l'âge de treize ans, tandis que le stage de formation civique qui est une sanction éducative est, quant à lui, possible dès dix ans.

516 - Les quatre dernières sanctions éducatives créées par la loi du 5 mars 2007 se présentent comme des mesures assez originales puisque le législateur fait référence à un nouveau type de placement, qui doit permettre « la mise en œuvre d'un travail [...] portant sur les faits »⁶, l'exécution de travaux scolaires⁷, l'avertissement solennel⁸ et le placement dans un établissement scolaire sous le régime de l'internat⁹. A la différence des sanctions éducatives précédentes qui correspondaient à des peines de droit commun, ces sanctions éducatives se rapprochent davantage de certaines mesures éducatives existantes¹⁰ :

¹ Notamment au regard du fait qu'en tant que mesure éducative, elle pouvait être prononcée quel que soit l'âge du mineur.

² Comme le relève d'ailleurs la circulaire relative à la mise en œuvre de la sanction éducative de stage de formation civique qui précise que « le stage de formation civique se donne pour principal objectif d'apporter à des jeunes, auxquels ils font défaut, les éléments de connaissance leur permettant d'appréhender les fondements de l'organisation sociale et les devoirs qu'impose la vie en société » (circulaire n° NOR : JUSF0450113C du 28 septembre 2004, §1.1).

³ La formation civique serait-elle considérée par le législateur comme une sanction ?

⁴ Art. 20-4-1 de l'ordonnance du 2 février 1945 renvoyant à l'article 131-5-1 du Code pénal et précisant que dans ce cas, le contenu du stage doit être adapté à l'âge du condamné.

⁵ Stage qui a pour objet, on l'a vu, de « rappeler les valeurs républicaines de tolérance et de respect de la dignité humaine sur lesquelles est fondée la société », Art. 131-5-1 du Code pénal.

⁶ Art. 15, al. 1^{er}, 7^o de l'ordonnance du 2 février 1945.

⁷ Art. 15, al. 1^{er}, 8^o de l'ordonnance du 2 février 1945. On peut à ce titre regretter que l'exécution de travaux scolaires soit présentée par le législateur comme une « sanction », éducative certes, mais une sanction tout de même...

⁸ Art. 15, al. 1^{er}, 9^o de l'ordonnance du 2 février 1945.

⁹ Art. 15, al. 1^{er}, 1^o de l'ordonnance du 2 février 1945.

¹⁰ Comme le notent Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2008, n° 1288 et 1289.

l'avertissement solennel est en effet très proche de l'admonestation¹, tandis que le placement dans un établissement scolaire applicable aux mineurs délinquants d'âge scolaire évoque quant à lui le placement prévu à l'art. 15, 5° de l'ordonnance du 2 février 1945². Si l'on ne peut que se féliciter de ce changement par rapport à la tonalité peut-être trop répressive des six premières sanctions éducatives³, on regrette néanmoins que le législateur ne fasse pas preuve de davantage d'inventivité en créant de véritables sanctions éducatives au contenu original. Les quatre premières sanctions éducatives correspondent, on l'a vu, à des peines ou à des modalités d'exécution de peines, tandis que l'avertissement solennel et le placement en établissement scolaire sous le régime de l'internat sont très proches de mesures éducatives existantes. Enfin, la cinquième sanction éducative est un renvoi pur et simple à la mesure d'aide ou de réparation prévue à l'article 12-1 de l'ordonnance du 2 février 1945, mesure qui, malgré le silence du législateur, est généralement considérée par la doctrine comme une mesure éducative⁴. Sur les dix sanctions éducatives existantes, seules trois apparaissent donc comme des mesures réellement originales : le stage de formation civique, le placement visant à permettre au mineur de commencer un travail sur les faits et l'exécution de travaux

¹ On comprend en revanche assez mal pourquoi l'avertissement solennel est également présenté comme une mesure éducative applicable au mineur de plus de treize ans par l'art. 16, 5° de l'ordonnance du 2 février 1945. Si sa nature ne fera donc pas de doute lorsqu'elle sera prononcée à l'égard d'un mineur âgé de dix à treize ans, ce ne sera pas le cas dès lors qu'elle sanctionnera la responsabilité pénale d'un mineur de plus de treize ans. Ce caractère hybride de l'avertissement solennel aboutit à des situations absurdes, puisque le Tribunal pour enfants pourra prononcer un avertissement solennel sans avoir à motiver ce choix s'il se fonde sur l'article 16, 5° de l'ordonnance du 2 février 1945, tandis que la même mesure, prononcée en tant que sanction éducative devra être motivée par les circonstances et la personnalité du mineur (combinaison des articles 2, al. 2 et 15-1, 9° de l'ordonnance du 2 février 1945). Critiquant également la double nature de cette mesure, L. LETURMY, *Droit pénal des mineurs : nouvelles confusions dans les sanctions éducatives*, *Dr. Pén.*, Etudes n° 10, p. 6, spéc. n° 4.

² On peut là encore déplorer la multiplication par le législateur des fondements possibles pour une seule et même mesure puisque l'art. 375-2, al. 3 modifié par la loi du 5 mars 2007 fait de l'obligation de fréquenter régulièrement un établissement éducatif, sous régime de l'internat ou non, une des mesures d'assistance éducative dont dispose le juge des enfants en matière civile.

³ Un auteur évoque d'ailleurs la « parenté flagrante » qui existe entre ces quatre premières sanctions éducatives et certaines peines ou modalités d'exécution des peines : L. LETURMY, *op.cit.*, n° 2

⁴ V. ainsi Mmes F. DREIFUSS-NETTER et F. RINALDI, *Mesures applicables aux mineurs*, *J.-Cl. Pénal* Art.122-8, fascicule 20, n° 7 p. 4 ; Ch. LAZERGES, *Fallait-il modifier l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 ?*, *RSC* 2003, p.177 ; J. CASTAGNEDE, *La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 : un nouveau regard porté sur le droit pénal des mineurs*, *D.* 2003, chron. p.779 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 5^e édition, p. 441. Un argument procédural paraît d'ailleurs confirmer cette analyse puisque le juge des enfants statuant en chambre du conseil est compétent pour décider seul d'une mesure d'aide ou de réparation (comme le précise la circulaire précitée du 7 novembre 2002 : « [la réparation] peut également être toujours prononcée par le juge des enfants statuant en chambre du Conseil », *op. cit.*, p. 30) alors même que le juge des enfants statuant seul ne peut en principe prononcer une peine, prérogative exclusive du Tribunal pour enfants et de la Cour d'assises des mineurs.

scolaires. Les sanctions éducatives présentées en 2002 comme une réponse innovante et ambitieuse à la délinquance des mineurs ne semblent par conséquent pas à la hauteur des espérances puisqu'elles apparaissent surtout comme un moyen détourné de sanctionner pénalement les mineurs de dix à treize ans, abaissant par conséquent le seuil de capacité pénitentiaire des mineurs de treize à dix ans.

517 - Le bilan de ces sanctions éducatives est donc plutôt négatif puisque le législateur a fait prévaloir l'effet d'annonce sur l'efficacité de ces sanctions et, malgré un réajustement nécessaire en 2007, a manqué l'occasion de créer une réponse nouvelle réellement pertinente et adaptée à la délinquance des mineurs. Au lieu de cela, les sanctions éducatives se présentent davantage comme un moyen de prononcer des mesures analogues à des peines pour des mineurs dénués de toute aptitude pénitentiaire. Les sanctions éducatives conduisent ainsi à abaisser l'âge minimum auquel un mineur est jugé apte à comprendre et à tirer profit d'une sanction pénale, sans pour autant présenter de réel contenu éducatif, ou en tout cas une dimension éducative analogue à celle des mesures éducatives *stricto sensu*. Si l'ordonnance du 2 février 1945 privilégie le recours à des réponses éducatives, qu'il s'agisse des mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation ou, depuis 2002, des sanctions éducatives, il serait excessif de croire que ce texte rejette le principe d'une sanction pénale au sens strict, c'est-à-dire d'une peine. Le deuxième alinéa de l'article 2 envisage en effet une exception à la primauté éducative, autorisant le juge à opter pour une sanction pénale s'il l'estime nécessaire. Si le prononcé d'une peine est donc possible¹, cette alternative reste tout de même strictement encadrée car elle doit rester l'exception. Le législateur a ainsi choisi de limiter la gamme des sanctions pénales encourues par les mineurs en consacrant le principe de leur incapacité à profiter d'une sanction pénale.

¹ Sous réserve, comme on le verra, que le mineur soit âgé de plus de treize ans.

§ 2 – Le recours limité à des mesures répressives classiques

518 - Si une peine peut parfois jouer un rôle restructurant, notamment lorsque le mineur n'a pas assimilé le sens de l'interdit, le jeune âge de certains mineurs permet en revanche de penser qu'ils ne sont pas en mesure de comprendre le sens d'une peine et donc d'en profiter¹. Cela explique que le législateur ait très vite choisi de prendre en compte l'inaptitude des jeunes mineurs à subir une peine en instituant une incapacité légale fondée moins sur l'âge du mineur que sur l'impossibilité corrélative de comprendre la portée d'une sanction pénale. Cette inaptitude à la peine illustre ainsi la dichotomie qui peut exister entre le jugement de responsabilité et les conséquences de celui-ci.

519 - En effet, le système mis en place pour le mineur de treize ans est la consécration la plus aboutie de la distinction entre la responsabilité, conditionnée par l'imputabilité de l'infraction² et la question de la « punissabilité »³ du mineur ou, pour employer un terme plus correct, l'accessibilité à une peine. Si un mineur discernant peut, quel que soit son âge, se voir imputer une infraction dont il est l'auteur, il n'en reste pas moins que son jeune âge traduit son inaptitude psychologique à subir une peine. Par conséquent, bien que susceptibles d'être reconnus pénalement responsables d'une infraction, les mineurs ne peuvent, en principe, être sanctionnés par une peine du fait de l'existence d'une présomption légale d'incapacité à profiter de celle-ci. L'intensité et la force de cette présomption varient toutefois avec l'âge du mineur. Il s'agit ainsi d'une présomption irréfragable d'inaptitude générale à la peine lorsque le mineur est âgé de moins de treize ans, alors qu'au-delà de cet âge, il ne s'agit plus que d'une présomption simple d'incapacité pénitentiaire. Autrement dit, à une incapacité pénitentiaire absolue du mineur de treize ans (A), succède une incapacité pénitentiaire relative (B).

¹ On aperçoit ici la proximité entre la capacité à l'infraction, qui suppose la capacité de comprendre et de vouloir ses actes et la capacité à la sanction qui, elle, suppose de comprendre et de pouvoir subir la sanction.

² C'est-à-dire par la preuve du discernement du mineur et de l'absence de contrainte.

³ Afin d'éviter ce néologisme maladroit, on parlera plutôt d'opportunité de la sanction.

A – L'incapacité pénitentiaire absolue du mineur de treize ans

520 - Au-dessous de treize ans, le mineur bénéficie d'une présomption irréfragable d'incapacité à profiter d'une peine, présomption qui se fonde sur son jeune âge. En effet, l'absence d'un développement complet de la personnalité du mineur le rend incapable de comprendre la finalité punitive poursuivie par la peine. Comme le note un auteur, l'incapacité pénitentiaire du mineur de treize ans est donc justifiée par l'inutilité d'une peine qui ne ferait qu'« *aggraver la précarité de leur situation* »¹. Cette impossibilité de prononcer une peine apparaît d'ailleurs comme le corollaire de la primauté éducative, principe essentiel de l'ordonnance de 1945, permettant au juge des enfants, au Tribunal pour enfants ou à la Cour d'assises des mineurs de prononcer toutes les mesures éducatives qui semblent appropriées à la situation du mineur. Cette analyse de la responsabilité pénale du mineur nous permet alors de critiquer l'opinion de certains auteurs qui qualifient la responsabilité du mineur de « *responsabilité atténuée* », voire d'« *irresponsabilité pénale* »². En effet, il nous semble regrettable de parler d'« *irresponsabilité* » ou de « *responsabilité atténuée* » du mineur, dès lors que l'on peut engager sa responsabilité pénale³. Plus que la responsabilité pénale du mineur, ce sont donc les conséquences du jugement de responsabilité qui peuvent varier selon l'âge de celui-ci⁴. Le mineur âgé de moins de treize ans est en effet présumé de manière irréfragable inapte à une sanction pénale, ce qui explique qu'il ne puisse être condamné qu'à

¹ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 3^e éd., 2010, n° 492, p. 530

² W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, Montchrestien, 2^e éd., 1991, n°351 et s. ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 22^eéd. 2011, n° 478 ; J.-F. RENUCCI, *Droit pénal des mineurs*, Masson, 1994, p.115. On peut à cet égard reprocher à la loi Perben du 9 septembre 2002 d'avoir consacré à l'article 2 de l'ordonnance de 1945 ainsi qu'à l'article 122-8 du Code pénal cette notion maladroite de responsabilité atténuée en faisant expressément référence à « *l'atténuation de [la] responsabilité pénale* » des mineurs de plus de treize ans. Le Conseil constitutionnel reprendra d'ailleurs cette terminologie maladroite dans sa décision du 29 août 2002, DC n° 2002-461, JO 10 septembre 2002, p. 14953, considérant n° 26. Il semble pourtant préférable de parler d'« *atténuation de pénalité* », formule qu'a d'ailleurs choisie le législateur dans la loi du 10 août 2007 modifiant l'article 20-2 de l'ordonnance du 2 février 1945 : « Toutefois, si le mineur est âgé de plus de seize ans, le Tribunal pour enfants ou la Cour d'assises des mineurs peut décider qu'il n'y a pas lieu de le faire bénéficier de *l'atténuation de la peine* prévue au premier alinéa ... ».

³ Sous réserve, bien entendu, de l'existence d'une infraction et de la possibilité de la lui imputer.

⁴ Ce qu'écrit très bien un auteur : « *Mais l'expression "atténuation de la responsabilité" est-elle vraiment juste ? Il s'agit en réalité d'une atténuation des pénalités, c'est-à-dire des conséquences juridiques de la responsabilité : il n'est pas possible de sanctionner aussi sévèrement un mineur qu'un majeur, parce que sa responsabilité doit être progressive, qualificatif peut-être préférable à celui d'atténuée* », J. CASTAIGNEDE, *La responsabilité pénale du mineur, évolution ou révolution ?*, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n° 2, juin 2004, p. 280. Sur cette question, v. également D. YOUNG, *Repenser le droit pénal des mineurs*, *Esprit*, oct. 2000, p. 105.

des mesures éducatives s'il est âgé de moins de dix ans, ou à des mesures éducatives et des sanctions éducatives s'il est âgé de plus de dix ans. Qualifier le régime applicable à ces mineurs de régime d'irresponsabilité pénale semble donc incorrect puisque ces mineurs peuvent être reconnus pénalement responsables. Toutefois, leur jeune âge justifie le recours privilégié à des mesures éducatives au détriment d'une peine car cette dernière aurait probablement des effets dévastateurs sur la personnalité, encore en développement, du mineur. C'est donc bien la notion d'incapacité pénitentiaire, dernière application du concept plus large de capacité pénale, qui explique que le mineur âgé de moins de treize ans ne puisse être condamné à une peine *stricto sensu*. R. GASSIN analyse d'ailleurs le régime dérogatoire applicable au mineur comme consacrant à l'égard de ce dernier un « *droit négatif à la resocialisation* »¹. Il semble toutefois qu'à travers les concepts de droit négatif (ou positif) à la resocialisation, c'est à la question de l'aptitude à la sanction que se réfère cet auteur. Le droit négatif à la resocialisation qui justifie pour cet auteur l'impossibilité de prononcer une peine à l'égard d'un mineur de treize ans n'est finalement qu'une autre façon d'expliquer la présomption légale d'incapacité pénitentiaire. Loin d'être incompatible avec notre position, l'analyse de cet auteur ne fait donc que confirmer notre opinion, la seule différence résidant dans le prisme choisi pour expliquer la législation particulière applicable aux mineurs, la notion d'aptitude à la sanction d'un côté ou celle de droit positif à la resocialisation de l'autre.

521 - On peut toutefois s'interroger sur la réalité d'un tel schéma depuis la création, par la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, des sanctions éducatives, nouvelle catégorie de mesures pouvant être prononcées dès dix ans. En effet, en abaissant à dix ans l'âge auquel un mineur peut être soumis à une mesure autre qu'une mesure éducative *stricto sensu*, on peut se demander si l'incapacité générale à la sanction dont bénéficient les mineurs les plus jeunes ne s'achève pas désormais à dix ans. C'est en effet à partir de cet âge que le juge peut choisir de prononcer une mesure autre qu'une des mesures de protection, d'assistance, de surveillance et

¹ R. GASSIN, *Le fondement juridique de la réinsertion des délinquants en droit français*, RSC 1996, p. 179 à 182. Au terme de son étude, l'auteur conclut à l'existence d'un « *droit négatif à la resocialisation* » des mineurs dans la mesure où ceux qui n'ont pas atteint l'âge de treize ans ne peuvent être condamnés à une peine et où toute peine contraire à la finalité éducative du droit des mineurs est exclue. L'auteur conclut son analyse en affirmant qu'il n'existe pas, en revanche, de véritable « *droit positif à la resocialisation ou à l'éducation* » du mineur.

d'éducation évoquées à l'alinéa 1^{er} de l'article 2 de l'ordonnance de 1945. Une fois atteint l'âge de treize ans, le mineur ne perd pas totalement le bénéfice de cette présomption d'incapacité, cependant, son intensité diminue et son domaine se réduit.

B – L'incapacité pénitentiaire relative du mineur âgé de plus de treize ans

522 - L'incapacité pénitentiaire du mineur ne cesse pas dès que l'enfant atteint sa treizième année. Le mineur reste donc en principe inapte à subir une peine et n'est par conséquent justiciable que des mesures éducatives prévues par l'ordonnance du 2 février 1945. La primauté éducative consacrée par ce texte n'est pas limitée aux jeunes mineurs, conduisant ainsi les juridictions de jugement à privilégier les mesures éducatives par rapport aux mesures répressives, quel que soit l'âge du mineur. Cette priorité donnée à la rééducation du mineur se heurte toutefois à la réalité des faits, à savoir le développement croissant de la personnalité du mineur. A partir de treize ans, on peut considérer que ce dernier est parfois apte à subir une sanction pénale. Cela se traduit par l'admission d'une possibilité de renverser la présomption d'incapacité à la peine dont bénéficient les mineurs. Les juridictions pour mineurs peuvent alors exceptionnellement choisir de prononcer une peine lorsque les circonstances ou la personnalité du mineur¹ attestent son aptitude à la comprendre et à en profiter, c'est-à-dire sa capacité pénitentiaire. La présomption d'incapacité à la peine dont bénéficie le mineur âgé de plus de treize ans apparaît donc comme une présomption simple, qui peut par conséquent être écartée en prouvant qu'une peine peut être profitable au mineur.

523 - Il serait cependant erroné de penser qu'à partir de cet âge, le mineur jugé apte à subir une peine doit être considéré comme doté d'une capacité à la sanction analogue à celle d'un adulte. En effet, si le droit pénal des mineurs admet que des peines puissent être exceptionnellement prononcées à l'encontre d'un mineur de plus treize ans, cela n'équivaut pas à lui reconnaître une pleine et entière capacité à la sanction. Le droit pénal considère au contraire la capacité pénitentiaire du mineur comme une capacité limitée le conduisant ainsi, non à rejeter toute sanction pénale comme pour les mineurs de treize ans, mais plutôt à

¹ L'article 2 de l'ordonnance du 2 février 1945 évoque ainsi les « circonstances et la personnalité du mineur » pour justifier le recours à la voie répressive.

exclure toute sanction étrangère ou contraire à son objectif essentiel, la rééducation des mineurs (1). A cette limite qualitative fondée sur le contenu de la peine, l'ordonnance du 2 février 1945 a ajouté une limite quantitative visant à réduire le quantum de certaines peines prononcées contre un mineur (2).

1- L'exclusion des peines jugées contraires à l'objectif éducatif du droit pénal des mineurs

524 - L'article 20-4 de l'ordonnance du 2 février 1945 interdit de prononcer certaines peines telles que le jour-amende¹, l'interdiction de droits civiques, civils et de famille², l'interdiction d'exercer une fonction publique ou une activité professionnelle ou sociale³, l'interdiction du territoire français⁴, l'interdiction de séjour⁵, la fermeture d'établissement⁶, l'exclusion des marchés publics⁷ et la publicité de la condamnation⁸. On comprend aisément à la lecture de cette énumération qu'il s'agit de peines remplissant des fonctions « essentiellement intimidantes, neutralisantes ou éliminatrices »⁹. Le législateur choisit donc de les exclure de la gamme des sanctions applicables aux mineurs en considérant que ces derniers ne sont pas en mesure d'en comprendre la portée, de telles mesures apparaissant davantage comme un obstacle à sa réinsertion. On constate pourtant que cette liste laisse de côté d'autres peines neutralisantes qui peuvent donc être prononcées contre le mineur de plus de treize ans : ainsi de la privation du droit de conduire¹⁰, de l'interdiction ou la confiscation des armes et du permis de chasser¹¹ et de l'interdiction d'émettre des chèques et d'utiliser des cartes de paiement¹². En observant ces dérogations, on remarque cependant que l'arme, le véhicule ou

¹ Art. 131-25 du Code pénal.

² Art. 131-26 du Code pénal.

³ Art. 131-27 et 131-28 du Code pénal.

⁴ Art. 131-30 du Code pénal.

⁵ Art. 131-31 et 131-32 du Code pénal.

⁶ Art. 131-33 du Code pénal.

⁷ Art. 131-34 du Code pénal.

⁸ Art. 131-35 du Code pénal.

⁹ R. GASSIN, *Fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français*, RSC 1996, p. 180 et 181.

¹⁰ Art. 131-6, 1^{er} à 5^{es} du Code pénal.

¹¹ Art. 131-6, 6^e, 7^e et 8^e du Code pénal.

¹² Art. 131-6, 9^e du Code pénal.

les moyens de paiement seront souvent les instruments ou les objets du délit¹. Ces exceptions paraissent justifiées car elles ne nuisent pas à la réinsertion future des mineurs, de telles mesures pouvant même être considérées comme participant à leur rééducation. L'article 20-6 de l'ordonnance du 2 février 1945 complète d'ailleurs ces exceptions puisqu'il précise qu'« aucune interdiction, déchéance ou incapacité ne peut résulter de plein droit d'une condamnation pénale prononcée à l'encontre d'un mineur ». Par ce texte, le législateur, qui a par ailleurs supprimé les peines accessoires attachées aux infractions du Code pénal², s'est assuré qu'aucune de ces peines, souvent infamantes, ne puisse frapper un mineur. Enfin, on peut rapprocher de toutes ces dispositions l'inapplication au mineur de la période de sûreté, même s'il ne s'agit pas d'une peine à proprement parler mais une modalité d'exécution des peines privatives de liberté³. Elle permet aux juridictions de jugement d'assortir le prononcé d'une peine privative de liberté supérieure à cinq ans d'une période de sûreté pendant laquelle le condamné ne peut bénéficier de mesures de faveur telles qu'une suspension de peine, un placement à l'extérieur, une permission de sortir, une semi-liberté, une libération conditionnelle, etc. Il s'agit ainsi d'une mesure assez sévère qui contribue à « *figer la situation pénitentiaire du condamné, quelle que puisse être l'évolution de sa personnalité* »⁴, le privant notamment d'aménagements de peine pouvant contribuer à son reclassement social. S'attachant plus que toute autre branche du droit pénal à la personnalité du mineur et à son évolution, le droit des mineurs ne pouvait par conséquent accueillir cette mesure sans contredire son objectif éducatif fondamental. C'est pourquoi l'article 20-2 alinéa 3 de l'ordonnance du 2 février 1945 complète les dispositions évoquées précédemment en excluant le mineur des dispositions relatives à la période de sûreté.

¹ Il faut également remarquer que toutes ces interdictions touchent à des domaines généralement réservés aux majeurs : l'obtention du permis de conduire n'est ainsi généralement possible qu'à partir de dix-huit ans tandis que la détention d'arme et d'instruments de paiement par des mineurs est strictement réglementée.

² Art. 132-17 du Code pénal.

³ Certains auteurs rapprochent ainsi la période de sûreté d'une peine (B. BOULOC, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, 4^e éd., 2011, n° 513.) ou choisissent de l'intégrer dans les développements relatifs aux peines : v. ainsi Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2008, n° 1295 ou J. CASTAGNEDE, *Mesures applicables aux mineurs*, *J.-Cl. Pénal*, Art. 122-8, fascicule 20, n° 61, p. 19.

⁴ Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit Pénal Général*, Armand Colin, 7^e édition, 2004, n° 592, p. 335.

525 - Toutes ces dispositions visant à empêcher que puissent être prononcées des peines inadaptées à la personnalité spécifique du mineur, consacrent ainsi l'incapacité pénitentiaire des mineurs de plus de treize ans. Cette incapacité n'est cependant plus générale mais spéciale dans la mesure où elle est limitée aux peines jugées contraires à la finalité rééducative du droit pénal des mineurs. On peut, à ce titre, déplorer qu'il n'existe pas, à l'image des mesures éducatives applicables au mineur, de sanctions pénales spécifiquement réservées au mineur. Si certains auteurs analysent en effet le droit pénal des mineurs comme l'esquisse d'une véritable pénologie autonome et adaptée au mineur¹, le Code pénal de 1992 n'a malheureusement pas choisi, comme l'avaient envisagé les rédacteurs d'un avant-projet de 1990, de consacrer une échelle des peines propres au mineur délinquant². Sous réserve des sanctions expressément exclues par l'ordonnance du 2 février 1945, le Tribunal pour enfants ou la Cour d'assises des mineurs peuvent donc prononcer certaines peines de droit commun telles qu'une peine privative de liberté avec ou sans sursis³, une amende⁴, un stage de citoyenneté⁵, un travail d'intérêt général⁶, etc. Cette première limite touchant à la gamme des peines encourues par un mineur est complétée par un second type de limite visant non plus à empêcher toute sanction pénale mais à en limiter le prononcé.

¹ « Ainsi se dessine, sans aller jusqu'à poser une échelle des peines propres au mineurs délinquants proposée par l'avant-projet de 1990, une pénologie autonome et adaptée aux mineurs », A. BRUEL et D. SALAS, v° « Enfance Délinquante », *Rép. Pén.*, n° 136, p. 22. V. également B. BOULOC, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, 4^e éd., 2011, n° 468.

² Regrettant l'absence d'une échelle des peines propre aux mineurs, un auteur écrit : « Cette absence apparaît comme un archaïsme puisque le mineur est ainsi encore envisagé comme un adulte en réduction, ce qui ne correspond plus à la réalité », J.-F. RENUCCI, *Droit pénal des mineurs*, éd. Masson, 1994, p. 221. Le contenu des peines pouvant être prononcées à l'encontre d'un mineur doit tout de même respecter la finalité éducative du droit pénal des mineurs, justifiant par conséquent certains aménagements ou l'existence d'un régime particulier. Si la peine de travail d'intérêt général peut par exemple être prononcée contre un mineur âgé de plus de seize ans, l'alinéa 2 *in fine* de l'article 20-5 de l'ordonnance de 1945 précise que ces travaux « doivent être adaptés aux mineurs et présenter un caractère formateur ou de nature à favoriser l'insertion sociale des jeunes condamnés ». L'objectif éducatif de cette mesure apparaît d'ailleurs également à travers la compétence du juge des enfants pour surveiller l'exécution de cette mesure (art. 20-9 de l'ordonnance du 2 février 1945). C'est en effet au juge des enfants, non au juge d'application des peines, de déterminer les modalités d'exécution de cette mesure et c'est lui ou un éducateur, s'il lui a délégué ses pouvoirs, qui surveille l'exécution du travail d'intérêt général.

³ Art. 20-2 de l'ordonnance du 2 février 1945.

⁴ Art. 20-3 de l'ordonnance du 2 février 1945.

⁵ Art. 20-4-1 de l'ordonnance du 2 février 1945.

⁶ Art. 20-5 de l'ordonnance du 2 février 1945.

2- L'atténuation du quantum de certaines peines

526 - Si l'ordonnance du 2 février 1945 prévoyait une limitation du quantum de certaines peines du fait de l'absence d'une capacité pénitentiaire pleine et entière des mineurs de plus de treize ans (a), cette atténuation a récemment été rendue plus difficile à mettre en œuvre lorsqu'il s'agit d'un mineur de plus de seize ans (b).

a) Le principe de l'atténuation du quantum des peines applicables aux mineurs de seize ans

527 - Les articles 20-2 et 20-3 de l'ordonnance du 2 février 1945 prévoient une limitation de la durée des peines privatives de liberté et du montant des peines d'amende. Ces articles précisent ainsi que le Tribunal pour enfants et la Cour d'assises des mineurs¹ ne peuvent prononcer à l'encontre des mineurs âgés de plus de treize ans une peine privative de liberté supérieure à la moitié de la peine encourue² ou une peine d'amende d'un montant supérieur à la moitié de l'amende encourue³. Cette diminution légale de la moitié de la peine encourue, parfois qualifiée d'« excuse de minorité »⁴, se justifie, une fois encore, par le concept d'aptitude à la sanction. On considère donc que les mineurs de plus de treize ans, même s'ils sont reconnus aptes à une peine, bénéficient néanmoins d'une capacité pénitentiaire limitée. Même si un mineur peut parfois être reconnu capable de subir une peine, il n'en reste pas moins qu'il est un responsable particulier dont la capacité à subir une peine ne peut être considérée comme équivalente à celle d'un individu majeur.

¹ Auxquels il faut ajouter, malgré le silence des articles 20-2 et 20-3 de l'ordonnance du 2 février 1945, le Tribunal correctionnel pour mineurs, du fait du renvoi exprès de l'article 24-4 de l'ordonnance à ces articles.

² Si la peine encourue est la réclusion criminelle à perpétuité, ils ne peuvent prononcer une peine supérieure à vingt ans de réclusion criminelle (art. 20-2, al. 1^{er}).

³ Art. 20-3 de l'ordonnance du 2 février 1945 qui fixe à 7500 euros le montant maximum de l'amende qui peut être prononcé contre un mineur.

⁴ L'article 67 de l'ancien Code pénal évoquait ainsi « l'excuse atténuante de minorité » dont bénéficiait le mineur âgé de plus de treize ans, terminologie reprise par de nombreux auteurs. V. ainsi E. GARÇON, *Code pénal annoté*, T.1, Sirey, 1901-1906, art. 67, n° 26.

528 - C'est donc plus dans une optique de réalisme et de protection que d'éducation proprement dite¹, que l'ordonnance de 1945 a choisi de faire bénéficier les mineurs d'une atténuation de pénalité touchant les peines privatives de liberté² et les peines d'amende³. S'appuyant sur le fait que le mineur est un être en formation qui n'est pas encore pleinement apte à une sanction pénale, l'ordonnance de 1945 choisit de mettre en place une présomption de capacité réduite à la sanction afin d'éviter au mineur une peine disproportionnée, jugée néfaste à son développement et à sa réinsertion future. C'est d'ailleurs ce même souci de réalisme, ou plutôt de pragmatisme, qui explique que le législateur ait choisi de ne pas faire bénéficier l'ensemble des mineurs de plus de treize ans de cette présomption d'incapacité pénitentiaire. Jusqu'en 2007, les articles précités distinguaient ainsi la situation des mineurs âgés de treize à seize ans de celle des mineurs de plus de seize ans. A la présomption irréfragable de capacité pénitentiaire réduite dont bénéficiaient les mineurs âgés de treize à seize ans, succédait une présomption simple de capacité pénitentiaire réduite lorsque le mineur atteignait l'âge de seize ans. Si tout mineur bénéficiait donc en principe d'une atténuation des peines privatives de liberté et d'amende qui pouvaient être prononcées à son encontre, les juridictions pour mineurs pouvaient, « à titre exceptionnel » et lorsque les « circonstances de l'espèce et la personnalité du mineur »⁴ le justifiaient, choisir d'écarter cette atténuation de peine lorsque le mineur était âgé de plus de seize ans et attestait une capacité pénitentiaire analogue à celle d'un majeur⁵. Cette solution qui présentait le mérite de concilier protection du mineur et pragmatisme a pourtant été remise en cause par deux lois en 2007.

¹ Des peines réduites de moitié n'apparaissent en effet pas plus éducatives que la peine initialement encourue.

² Art. 20-2, al. 1^{er} de l'ordonnance du 2 février 1945.

³ Art. 20-3 de l'ordonnance du 2 février 1945.

⁴ Art. 20-2, al. 2 de l'ordonnance du 2 février 1945, dans sa rédaction antérieure à la loi du 5 mars 2007.

⁵ Cette remarque n'est bien sûr valable que pour les peines visées aux articles 20-2 et 20-3 de l'ordonnance du 2 février 1945. L'existence d'une certaine capacité pénitentiaire du mineur âgé de plus de seize ans n'autorise cependant pas les juridictions pour mineurs à prononcer les peines dont le prononcé est exclu à l'égard d'un mineur. En d'autres termes, si la situation du mineur âgé de plus de seize ans se rapproche de celle d'un majeur, il ne peut toutefois pas être considéré comme doté d'une capacité pénitentiaire analogue à celle d'un majeur.

b) Le renversement récent des règles relatives à l'excuse de minorité du mineur récidiviste de plus de seize ans

529 - Le législateur a choisi de revenir en partie sur le régime applicable aux mineurs délinquants en modifiant par deux fois¹ les articles 20-2 et 20-3 de l'ordonnance du 2 février 1945. Le législateur a en effet admis en mars 2007 une seconde dérogation à l'atténuation de pénalité lorsque « les faits constituent une atteinte volontaire à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique de la personne et qu'ils ont été commis en état de récidive légale »². Quelques mois plus tard, la loi du 10 août 2007 introduisant les « peines planchers » ajoute une troisième hypothèse permettant d'exclure cette réduction légale du quantum de la peine, « lorsqu'un délit de violences volontaires, un délit d'agression sexuelle, un délit commis avec la circonstance aggravante de violences a été commis en état de récidive légale »³. Si l'on ne peut que regretter cette surenchère⁴ qui conduit à dénaturer l'article 20-2 de l'ordonnance du 2 février 1945, c'est une autre modification opérée par la loi du 10 août 2007 qui apparaît la plus grave. Le législateur a en effet choisi de faire de l'excuse de minorité une disposition exceptionnelle qui doit être spécialement motivée lorsque le mineur de plus de seize ans a commis une infraction en état de récidive légale. Cela conduit alors à substituer à la présomption simple d'inaptitude à la sanction dont bénéficiait le mineur de plus de seize ans une présomption simple d'aptitude à la sanction, permettant ainsi de prononcer à son encontre une peine privative de liberté ou une peine d'amende analogue à celle qu'encourrait un majeur⁵. S'il était en effet possible, avant les lois de 2007, de condamner un mineur à une peine analogue à celle d'un majeur, il ne s'agissait que d'une hypothèse exceptionnelle qui devait être spécialement motivée lorsqu'elle émanait du Tribunal pour enfants⁶. Depuis les

¹ Avec les lois du 5 mars 2007 et du 10 août 2007.

² Art. 20-2, al. 2 de l'ordonnance du 2 février 1945 (rédaction issue de la loi du 5 mars 2007).

³ Art. 20-2, al. 2, 3° de l'ordonnance du 2 février 1945 (rédaction issue de la loi du 10 août 2007, en vigueur aujourd'hui).

⁴ Qui procède plus de l'effet d'annonce que d'une réelle nécessité juridique. En effet, la dérogation initialement prévue à l'article 20-2 qui faisait référence « aux circonstances de l'espèce » et à « la personnalité du mineur » était, semble-t-il, assez large pour englober les situations visées par les lois du 5 mars et du 10 août 2007.

⁵ En tout cas quant à sa durée. Lors de l'exécution de la sanction, les règles dérogatoires visant à tenir compte de la spécificité du mineur restent applicables.

⁶ V. ainsi la rédaction de l'alinéa 2 de l'article 20-2 avant sa modification en 2007 : « Toutefois, si le mineur est âgé de plus de seize ans, le Tribunal pour enfants et la Cour d'assises des mineurs peuvent, à titre exceptionnel, et compte tenu des circonstances de l'espèce et de la personnalité du mineur, décider qu'il n'y a pas lieu de faire

modifications opérées en 2007, si un mineur âgé de plus de seize ans commet l'une des infractions visées à l'article 20-2, al. 2, 2° et 3° en état de récidive légale, il ne bénéficie plus de plein droit de l'atténuation de minorité, sauf si la Cour d'assises des mineurs, le Tribunal correctionnel pour mineurs ou le Tribunal pour enfants en décide autrement¹. Cette inversion des règles applicables aux mineurs de plus de seize ans est symptomatique de la multiplication récente des hypothèses dans lesquels la juridiction de jugement doit motiver spécialement sa décision².

530 - Si des sanctions pénales sont donc exceptionnellement possibles à l'égard d'un mineur âgé de plus de treize ans³, le recours à de telles mesures est limité, qu'il s'agisse d'une limite qualitative en fonction de la nature ou du contenu des peines ou d'une limite quantitative touchant le quantum de la peine. Le droit des mineurs reflète ainsi le rôle joué par l'aptitude à la sanction. Dans sa dimension positive, la capacité pénitentiaire guide le juge dans le choix de la sanction ; dans sa dimension négative, l'incapacité pénitentiaire permet d'éviter à un mineur le prononcé d'une peine, que cette incapacité soit générale et absolue, comme celle du mineur de treize ans ou relative et limitée à certaines peines pour le mineur âgé de plus de treize ans. S'imposant comme un modèle original de gestion de la délinquance, le régime juridique applicable aux mineurs va très vite être considéré comme un exemple à suivre pour le droit pénal des majeurs.

application des dispositions du premier alinéa. Cette décision ne peut être prise par le Tribunal pour enfants que par une disposition *spécialement motivée* » (nous soulignons).

¹ Le Tribunal pour enfants devra alors motiver sa décision de faire bénéficier le mineur d'une diminution légale de peine, art. 20-2, al. 4, *in fine*.

² De nombreuses dispositions récentes conduisent à rendre plus difficile l'individualisation de la peine en obligeant les juridictions à motiver spécialement leur décision. La modification de l'article 132-24 du Code pénal opérée par la loi du 5 mars 2007 illustre bien cette tendance. Le législateur a en effet complété cet article par un troisième alinéa, précisant qu'« en matière correctionnelle, lorsque l'infraction est commise en état de récidive légale ou de réitération, la juridiction motive spécialement le choix de la nature, du quantum et du régime de la peine qu'elle prononce au regard des peines encourues ». Si cet alinéa a été supprimé quelques mois plus tard par la loi du 10 août 2007, il n'en demeure pas moins qu'il traduit bien la politique législative actuelle consistant à développer l'obligation de motiver sa décision, généralement lorsqu'est en cause une infraction commise en état de récidive ou de réitération.

³ Voir dix ans pour les sanctions éducatives.

Chapitre II :

La consécration partielle de la capacité pénitentiaire en droit pénal des majeurs

531 - Essentiel en droit pénal des mineurs, le concept de capacité pénitentiaire n'est consacré que de façon partielle en droit pénal des majeurs. En effet, l'aptitude à subir ou à tirer profit d'une sanction pénale n'est ni le fondement, ni le critère principal du recours à celle-ci.

532 - Il ne faut toutefois pas en déduire trop rapidement l'absence de toute influence de la capacité pénitentiaire. Elle se manifeste en effet à deux égards. Elle permet, dans sa dimension négative – l'incapacité pénitentiaire –, de limiter ou d'exclure toute sanction qui se révélerait inopportune. Si ce rôle négatif ne surprend guère puisqu'il découle de la notion même de capacité, il reste assez exceptionnel. C'est donc plutôt sa dimension positive – la capacité pénitentiaire – qui est consacrée en matière pénale. Entendue comme une aptitude positive à tirer profit de la sanction, la capacité pénitentiaire peut être considérée, dans son acception positive, comme le véritable fondement d'une individualisation subjective de la sanction en matière pénale. La recherche de la sanction la plus profitable au délinquant explique en effet le développement de dispositions permettant d'individualiser la sanction ou son régime en fonction des spécificités de chaque délinquant.

533 - Nous étudierons donc tout d'abord la consécration exceptionnelle de l'incapacité pénitentiaire (Section 1), puis la consécration indirecte de la capacité pénitentiaire (Section 2).

Section 1 :

La consécration exceptionnelle de l'incapacité pénitentiaire

534 - On ne trouve pas, en droit pénal des majeurs, d'hypothèses d'incapacité pénitentiaire analogues à celles qui existent en droit pénal des mineurs. Tout délinquant majeur est donc, en principe, apte à subir une sanction pénale. Ce principe n'est cependant pas absolu. A l'image de la capacité délictuelle ou de l'imputabilité qui permettent, on l'a vu, de limiter l'engagement de la responsabilité pénale de certains individus jugés inaptes à commettre ou à se voir imputer une infraction, il existe des situations dans lesquelles un délinquant pourtant reconnu responsable est considéré comme inapte à subir une ou plusieurs des peines encourues pour celle-ci. Cette troisième application du concept de capacité pénale diffère toutefois des deux autres exemples d'incapacité pénale. Si l'incapacité délictuelle et l'absence d'imputabilité s'expliquent par des raisons éthiques et morales, l'incapacité pénitentiaire du majeur se justifie davantage par des considérations pragmatiques tenant à la politique pénale. Il semble en effet parfois opportun de renoncer à sanctionner les individus pour lesquels la peine n'aurait pas de sens.

535 - On aperçoit alors l'importance pour le droit pénal de ne reconnaître à l'incapacité pénitentiaire qu'un domaine assez limité, afin de ne pas paralyser inutilement la répression. C'est pourquoi il n'existe que quelques hypothèses exceptionnelles d'incapacité pénitentiaire. En outre, ce rôle négatif de la capacité pénitentiaire¹ permettant de limiter voire d'exclure le recours à une sanction pénale n'est pas absolu. Si l'incapacité pénitentiaire du délinquant paralyse le recours à des peines, *stricto sensu*, elle n'empêche pas les juridictions pénales de prononcer des mesures de sûreté, fondées sur la dangerosité du délinquant.

536 - Autrement dit, à l'influence de l'incapacité pénitentiaire sur les peines (Sous-section 1) correspond l'indifférence de l'incapacité pénitentiaire sur les mesures de sûreté (Sous-section 2).

¹ Qui découle du concept même de capacité, généralement appréhendé par son contraire, l'incapacité.

Sous-section 1 :
L'influence de l'incapacité pénitentiaire sur les peines

537 - L'inaptitude à la peine est généralement constatée au moment du jugement admettant la responsabilité pénale de l'auteur d'une infraction. Cependant, il arrive qu'un individu, reconnu apte à une sanction pénale, perde son aptitude à la sanction au cours de l'exécution de celle-ci. On voit ici se dessiner les deux facettes du concept négatif d'incapacité pénitentiaire puisque cette dernière permet soit d'exclure le recours à une sanction pénale *ab initio* (§ 1), soit de suspendre ou mettre fin de manière anticipée à l'exécution de celle-ci (§ 2).

§ 1 – L'incapacité pénitentiaire, fondement classique de l'exclusion d'une sanction pénale

538 - L'incapacité pénitentiaire permet ici d'exclure du domaine du droit pénal, ou plus précisément, du domaine de la peine, certains individus lorsqu'ils apparaissent inaptes à subir ou à profiter d'une sanction. S'il peut sembler difficile de concevoir qu'un individu qui a commis une infraction puisse être considéré comme inapte à subir la ou les peines qui y sont attachées, il faut bien comprendre que l'incapacité pénitentiaire permet surtout d'empêcher le recours à une sanction pénale lorsque celle-ci paraît inopportune.

539 - On peut alors distinguer deux hypothèses selon l'intensité de l'incapacité pénitentiaire. Cette dernière peut tout d'abord être générale, en ce sens qu'elle empêche le prononcé de toute peine. Ce type d'incapacité générale résulte ainsi de la possibilité pour la juridiction de jugement de dispenser de toute peine l'individu pourtant reconnu pénalement responsable d'un délit ou d'une contravention. Bien que la dispense de peine soit expressément prévue par le législateur, elle est accordée par la juridiction de jugement qui reste seule juge de son prononcé¹. C'est pourquoi nous avons choisi de la qualifier d'incapacité judiciaire à la peine afin de la distinguer des hypothèses d'incapacités légales à la peine décidées par le

¹ Même si les conditions sont réunies, la dispense de peine reste une faculté laissée à l'appréciation des juges, v. ainsi Crim. 20 nov. 1985 : *Bull. Crim.* n° 368 ou Crim. 9 juill. 1991 : *Bull. Crim.* n° 293.

législateur¹. Ce dernier a, en effet, parfois expressément exclu du domaine de quelques peines certains délinquants particuliers, consacrant, de manière exceptionnelle, des inaptitudes légales à la peine.

540 - Nous étudierons donc dans un premier temps l'inaptitude judiciaire générale à la peine que constitue la dispense de peine (A) avant d'évoquer les rares hypothèses d'incapacité pénitentiaire limitées à un type de peine consacrées par le Code pénal (B).

A- L'inaptitude judiciaire générale à la peine, la dispense de peine

541 - S'il semble logique d'admettre qu'un individu ayant commis une infraction puisse échapper à une sanction pénale dans la mesure où il parviendrait à prouver son inaptitude à la peine, ce n'est qu'assez tardivement qu'est consacrée la possibilité de dispenser un individu de toute sanction pénale. L'introduction de la dispense de peine en droit pénal résulte, selon nous, de l'évolution des fonctions attribuées à la peine. Le droit pénal moderne se caractérise en effet par sa finalité sociale essentielle. Il ne s'agit plus aujourd'hui de simplement punir l'auteur de l'infraction, mais davantage de le resocialiser, le réinsérer. Cette dimension perfective du droit pénal a alors conduit à admettre qu'une sanction pénale n'était pas nécessaire en soi² et à lui reconnaître une finalité sociale, celle de permettre le reclassement social de l'individu. C'est donc en partant de l'idée selon laquelle la sanction pénale n'est plus nécessaire lorsque le reclassement de l'auteur d'une infraction est assuré et qu'il ne présente

¹ Comme par exemple l'inaptitude légale à la peine des mineurs de treize ans consacrée par l'ordonnance du 2 février 1945.

² Cette position s'oppose aux enseignements de l'Ecole de la justice absolue développée notamment par KANT dans sa *Critique de la raison pratique* paru en 1788, puis dans son célèbre ouvrage paru en 1796, *Métaphysiques des mœurs*. L'auteur y développe l'idée selon laquelle le but de la peine est la peine elle-même ce qui implique que la répression doit être assurée indépendamment du problème de savoir si elle est utile ou non à la société. Afin d'illustrer cette doctrine, le philosophe allemand utilise l'apologue de l'île abandonnée dans laquelle une société est contrainte de quitter une île. Pourtant, avant de quitter cette île, le groupe social doit exécuter un criminel condamné à mort. Si cette exécution semble inutile du fait de la disparition de la société et de l'urgence de la situation, il s'agit, pour KANT, d'un impératif catégorique : « *Même si la société civile devait se dissoudre avec le consentement de tous ses membres (si par exemple, un peuple habitant une île décidait de se séparer et de se disperser dans le monde tout entier) le dernier meurtrier se trouvant en prison devrait préalablement être exécuté, afin que chacun éprouve la valeur de ses actes, et que le sang versé ne retombe point sur le peuple* », E. KANT, *Métaphysique des mœurs, Première partie : Doctrine du droit*, Vrin, 5^e éd., 1979, p. 216.

plus de dangerosité particulière que le législateur a fini par consacrer la possibilité de dispenser un individu de toute peine.

542 - Cette mesure introduite en droit positif par la loi du 11 juillet 1975¹ permet aux juridictions de jugement de reconnaître la responsabilité d'un individu tout en l'exonérant de toute sanction pénale². Elle apparaît alors comme l'équivalent judiciaire de l'exemption légale de peine³ permettant au législateur de dispenser un délinquant de toute sanction pénale afin, par exemple, de l'inciter à collaborer avec la justice pour éviter la commission des infractions les plus graves⁴. Comme pour l'inaptitude légale des mineurs à une peine, la dispense de peine consacre en droit positif la distinction pouvant exister entre le concept de responsabilité et celui de « punissabilité » ou d'aptitude à la sanction⁵. Lorsqu'une juridiction prononce une dispense de peine, l'individu qui en bénéficie est donc bel et bien reconnu responsable tant pénalement que civilement⁶, seul le prononcé d'une sanction pénale⁷ est impossible. On peut d'ores et déjà remarquer que la dispense de peine est toutefois compatible avec la confiscation des objets dangereux ou nuisibles⁸, cette mesure apparaissant comme une mesure

¹ Articles 132-58 et s. du Code pénal et 469-1, 469-2, 469-3 et 539-3 du Code de procédure pénale. Sur cette loi, A. DECOCQ, *Les modifications apportées par la loi du 11 juillet 1975 à la théorie générale du droit pénal*, RSC 1976, p. 5 et s.

² Cette mesure a d'ailleurs été étendue aux juridictions pour mineurs qui peuvent dispenser un mineur de plus de treize ans de toute peine, sanction ou mesure éducative (article 24-5 de l'ordonnance du 2 février 1945, remplaçant l'article 20-7 du même texte, abrogé par la loi n°2011-939 du 10 août 2011). Si l'on pouvait douter de la possibilité d'appliquer la dispense de peine aux sanctions éducatives en raison du silence du législateur sur cette question, l'article 20-7 de l'ordonnance ne visant que les peines et les mesures éducatives (v. not. E. GARÇON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, Litec, 2010, n° 454, spéc. note 29), la solution est désormais acquise puisque l'article 24-5 précise désormais expressément que « la dispense et l'ajournement peuvent [...] être ordonnés pour le prononcé des mesures éducatives et des sanctions éducatives ».

³ Formule qui a remplacé celle d'excuse absolutoire utilisé par l'ancien Code pénal.

⁴ L'exemption (ou la diminution) de peine dont bénéficie celui que l'on désigne sous le terme de « repentir » a ainsi été consacrée par la loi Perben II du 9 mars 2004 dans la partie générale du Code pénal à l'article 132-78 et est expressément prévue pour de nombreuses infractions : trafic de stupéfiants (art. 222-43), atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation (art. 414-2 et 414-3), terrorisme (art. 422-1 et 422-2), etc.

⁵ Cette distinction apparaît également dans la possibilité d'ajourner le prononcé de la sanction à une date ultérieure, l'article 132-60 du Code pénal permettant ainsi de scinder le procès en deux audiences, l'une statuant sur la responsabilité pénale, l'autre sur la peine (ou la dispense de peine).

⁶ La responsabilité civile de l'auteur d'une infraction peut être engagée malgré une dispense de peine, comme le prouve l'alinéa 2 de l'art. 132-58 du Code pénal qui permet à la juridiction pénale de statuer sur l'action civile. *Contra* Basse-Terre, 17 nov. 1997, *Gaz. Pal.* 1998, 1, Somm. p. 25, note H. VRAY.

⁷ A l'exception toutefois des pénalités de nature fiscale, Crim. 11 avr. 1983 : *Bull. Crim.* n° 93.

⁸ Art. 132-58 du Code pénal.

de sûreté destinée à protéger la société plus qu'à sanctionner l'individu¹. Cette hypothèse semble ainsi confirmer l'idée selon laquelle l'absence d'aptitude à la sanction consacrée par la dispense de peine n'empêcherait que le prononcé de peines, *stricto sensu*, certaines mesures de sûreté, dépourvues de caractère punitif, pouvant donc, sans contradiction, accompagner une dispense de peine. Cette possibilité, qualifiée de « véritable révolution » par un auteur², souligne ainsi le pragmatisme et la spécificité du droit pénal³, trop souvent réduit à n'être que le droit de la peine. La dispense de peine traduit en effet la volonté de considérer l'absence de sanction comme une réponse possible à l'infraction⁴, s'écartant donc de l'idéal révolutionnaire d'un droit pénal rigide dans lequel l'infraction entraînerait automatiquement une sanction. Cette conception rigide, voire rigoriste, du droit pénal, que résume très bien le Doyen CARBONNIER quand il compare le lien entre l'infraction et la sanction à celui qui unit l'homme et son ombre⁵, n'est pourtant plus envisageable aujourd'hui et l'indulgence doit parfois prévaloir sur la recherche arbitraire de l'effectivité. Si le législateur reconnaît donc la possibilité de dispenser un individu de la sanction qu'il encourt, il encadre toutefois cette possibilité par des conditions assez strictes.

543 - Tout d'abord, en ce qui concerne son champ d'application, il faut noter que la dispense de peine est limitée aux contraventions et aux délits, laissant par conséquent de côté les crimes. Cette exclusion des infractions les plus graves que sont les crimes semble logique. Le législateur a estimé qu'il serait socialement inacceptable de laisser l'auteur d'un crime impuni

¹ Justifiant par conséquent la décision de la Cour de cassation qui juge la dispense de peine incompatible avec la confiscation lorsque cette dernière est prononcée à titre de peine, Crim. 6 nov. 1984 : *Bull. Crim.* n° 337. *Contra* Crim. 9 avr. 2008 : *Bull. Crim.* n° 97 ; *Dr. Pén.* 2008, comm. n° 118, A. MARON et M. HAAS : cet arrêt considère au contraire que l'inscription au fichier automatisé des empreintes génétiques prévue à l'article 706-544, al. 1^{er} du Code de procédure pénale n'est pas compatible avec une dispense de peine, bien que cette mesure soit généralement analysée comme une mesure de sûreté.

² Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 3^e éd., 2010, n° 510, p. 548. Comme le résume très bien cet auteur, il s'agit de « faire de la répression sans peine », *op.cit.*, *loc. cit.*

³ Il semble d'ailleurs impossible de transposer cette procédure en matière civile par exemple. Y. MAYAUD note ainsi qu'une dispense de réparation empêchant à la victime de recevoir l'indemnisation de son préjudice est impossible à concevoir en matière civile, Y. MAYAUD, *op.cit.*, *loc. cit.* Comp. toutefois avec l'éventuelle limitation, voire l'exclusion de la réparation du préjudice de la victime lorsque sa faute a contribué partiellement ou exclusivement à la réalisation de son préjudice

⁴ Sur cette question, v. M. SAREM, *Le caractère obligatoire ou facultatif de la peine*, th. Toulouse I, 1991

⁵ « Dans sa logique, l'esprit de légalité commanderait que l'application de la règle de droit fût automatique, donc qu'il n'y eût pas la moindre ineffectivité, la règle portant partout avec elle son application, sa sanction, comme le corps porte l'ombre », J. CARBONNIER, *Flexible Droit*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 144.

consacrant, dans une certaine mesure, l'opinion de P. FAUCONNET selon lequel l'infraction engendre une perturbation dangereuse de l'ordre social qui nécessite la désignation et la sanction d'un responsable afin d'éviter le sentiment d'injustice qui découlerait de l'absence, voire de l'impunité d'un responsable¹. L'article 132-58 du Code pénal prévoit également trois conditions pour que puisse être prononcée une dispense de peine : le reclassement du coupable doit être acquis, le dommage résultant de l'infraction doit être réparé, et enfin, le trouble à l'ordre public suscité par l'infraction doit avoir cessé².

544 - Si la réunion de ces trois conditions cumulatives est indispensable pour prononcer une dispense de peine, le reclassement du coupable apparaît, selon nous, comme la condition déterminante de cette mesure³. En ce sens, la dispense de peine exprime parfaitement le changement de paradigme évoqué précédemment au sujet des fonctions assignées à la peine⁴ et le rôle original que peut jouer l'aptitude à la sanction. Autrefois uniquement considérée comme une mesure tournée vers le passé visant l'expiation du délinquant et la rétribution de l'infraction, la peine était la seule réponse dont disposait le droit pénal. Elle apparaissait donc comme la conséquence quasiment automatique de la commission d'une infraction. Aujourd'hui, la peine peut être considérée comme un moyen au service d'un but, le reclassement ou la réinsertion du condamné⁵. Cette conception téléologique de la peine qui

¹ P. FAUCONNET, *La responsabilité, Étude de sociologie*, Félix Alcan, 1920, p. 232 : « [La] transgression soulève des émotions violentes dont les effets destructeurs se déroulent : ou bien pour mettre en péril les croyances sociales fondamentales, si le crime paraît l'emporter sur la règle ; ou bien pour manifester énergiquement le respect inspiré par la règle et lui rendre toute son autorité, si la règle l'emporte finalement sur le crime ».

² Sont ainsi pris en compte les trois acteurs classiques du droit pénal que sont l'auteur de l'infraction, la victime de l'infraction et la société.

³ Le premier critère exposé par l'article 132-58 du Code pénal est d'ailleurs celui qui a trait au délinquant, et plus précisément au fait que son reclassement doit être acquis.

⁴ V. *supra* n° 356.

⁵ V. ainsi la décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1994 concernant la loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale. Cette décision précise en effet que « l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné mais également pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion ». Cette décision a par la suite inspiré le législateur qui, à l'occasion de la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, a modifié l'article 707 du Code de procédure pénale. Cet article précise que « l'exécution de peines favorise, dans le respect des intérêts de la société et des droits des victimes, l'insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive ». Un an plus tard, c'est la loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales qui consacre dans le Code pénal cette évolution des fonctions de

doit permettre le reclassement du délinquant justifie que le juge puisse considérer le recours à une peine comme inopportun au regard de la situation du délinquant et plus précisément de ses efforts pour « se reclasser ». La dispense de peine apparaît alors comme la traduction juridique de la prise en compte par le droit pénal de l'inaptitude à la peine de certains individus. En effet, bien que reconnu responsable d'une infraction, celui dont le reclassement est acquis et qui a réparé les conséquences de celle-ci peut être considéré comme inapte à être sanctionné pénalement puisque la peine n'aurait sur lui aucun effet positif¹, voire présenterait des conséquences négatives². En d'autres termes, le reclassement du coupable³ qui doit être le but principal de la peine, permet à celui qui s'en prévaut d'attester son incapacité à une peine et, par conséquent, de prouver l'inopportunité d'une peine. Symbole d'un changement de la fonction assignée à la peine⁴, la dispense de peine témoigne ainsi de la pertinence du concept d'aptitude à la sanction en droit positif, ou plus précisément, de son versant négatif, l'inaptitude à la sanction.

545 - Il est d'ailleurs intéressant de noter qu'à côté de la dispense de peine, la loi du 11 juillet 1975 admet également la possibilité pour le juge d'ajourner le prononcé de la sanction⁵. Ce mécanisme original, inspiré de la césure du procès pénal souhaitée par les tenants de la Défense sociale, permet ainsi au juge d'accorder un certain délai au délinquant en voie d'être reclassé, afin de lui permettre d'attester sa capacité à se réinsérer malgré l'infraction qu'il a

la sanction pénale en ajoutant un troisième alinéa à l'article 132-24 : « La nature, le quantum et le régime des peines prononcées sont fixées de manière à concilier la protection effective de la société ».

¹ Rappelons que pour SALEILLES, premier auteur français à avoir saisi l'importance du concept de capacité pénale, le prononcé d'une peine suppose de pouvoir en comprendre le sens car la peine « *visé à une influence psychologique* » chez le délinquant : R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine, De Saleilles à aujourd'hui (réédition de la troisième édition de l'ouvrage de Raymond Saleilles, et L'individualisation de la peine, Cent ans après Saleilles)*, Erès, 2001, p. 101. Sur les réflexions de cet auteur au sujet de la capacité pénale, v. *supra* n° 375 et s.

² Comme le prouve la possibilité d'accompagner une dispense de l'absence de toute mention au casier judiciaire de l'auteur de l'infraction : art. 132-59, al. 2 du Code pénal et art. 768 du Code de procédure pénale. Cette volonté de ne pas freiner la réinsertion du condamné apparaît également dans l'exclusion expresse par l'article 469 du Code de procédure pénale des interdictions, déchéances ou incapacités de quelque nature qu'elles soient qui résulteraient de plein droit d'une condamnation.

³ Ainsi que le fait que dommage résultant de l'infraction ait été réparé et que le trouble à l'ordre public suscité par l'infraction ait cessé.

⁴ Ou, pour reprendre l'expression d'un auteur, « du nouveau visage du traitement pénal », E. BONIS-GARÇON, *Les décisions provisoires en procédure pénale*, PUAM, 2002, p. 235.

⁵ Art. 132-60 à 132-61 du Code pénal.

commise¹. Si plusieurs types d'ajournements existent à côté de l'ajournement « simple » – tels que l'ajournement avec mise à l'épreuve² ou l'ajournement avec injonction³ –, tous partagent le même but : inciter l'auteur d'une infraction à réparer le dommage et à se resocialiser afin de pouvoir, lors de l'audience de renvoi, bénéficier d'une dispense de peine⁴. En organisant alors une période d'attente destinée à permettre au délinquant de prouver par son reclassement social, l'inopportunité d'une peine, la loi de 1975 admet la possibilité de scinder le procès pénal en deux en séparant la question de l'engagement de la responsabilité pénale d'un individu de la sanction de celle-ci. La dispense ou l'ajournement de peine illustrent alors la distinction existant entre l'engagement de la responsabilité pénale et l'opportunité d'une sanction pénale, cette dernière question ne pouvant être posée qu'une fois la responsabilité pénale engagée⁵.

546 - La dispense de peine représente donc l'hypothèse d'incapacité pénitentiaire la plus importante dans la mesure où elle empêche le prononcé de toute sanction pénale⁶ et ce quel

¹ V. ainsi l'analyse de l'ajournement de peine par E. BONIS-GARÇON, *op. cit.*, n° 381 à 402, L'auteur y développe en effet l'idée selon laquelle les décisions provisoires telles que l'ajournement de peine ou le sursis permettent au juge de mesurer la capacité de l'individu à se réinsérer et présentent donc l'avantage de laisser au délinquant la possibilité de faire la preuve de son reclassement, ce qui lui permet d'écrire que ces décisions provisoires « illustrent la nouvelle politique pénitentiaire moins orientée vers la condamnation que vers le reclassement de l'individu dans la société », *op. cit.*, n° 401.

² Art. 132-63 à 132-65 du Code pénal. L'article 132-64 du Code pénal prévoyant que le régime de la mise à l'épreuve est applicable à l'ajournement avec mise à l'épreuve.

³ Art. 132-66 à 132-70 du Code pénal. Il est à noter que ce dispositif n'a jamais été utilisé en pratique puisqu'il n'est possible que « dans les cas prévus par les lois ou les règlements qui répriment des manquements à des obligations déterminées ». Or, aucun texte n'a, à l'heure actuelle, expressément consacré le recours possible à ce type d'ajournement.

⁴ Justifiant que certains auteurs qualifient l'ajournement « de prélude à la dispense de peine », E. BONIS-GARÇON, *op. cit.*, n° 473, p. 278, voire d' « antichambre de la dispense de peine », F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, n° 1020.

⁵ *Contra* R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel - T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 635 et s., p. 801 et s. Ces auteurs choisissent en effet d'intégrer la question de l'opportunité de la sanction à l'étude de l'imputabilité, comme le prouvent les trois sections consacrées respectivement à la liberté du comportement, à la lucidité du délinquant et à l'opportunité de la sanction. Cette analyse fondée sur une conception large de l'imputabilité définie comme « l'aptitude à mériter une sanction » (*op. cit.*, n° 616, p. 772) doit pourtant être rejetée. S'il apparaît *a priori* séduisant de rapprocher la situation du mineur de treize ans ou de l'auteur d'une infraction ayant bénéficié d'une dispense de peine de celle des individus dépourvus de discernement ou ayant agi sous la contrainte dans la mesure où tous ces individus ne « mériteraient » pas de sanction pénale, il s'agit pourtant de situations distinctes. Il semble par conséquent plus juste de distinguer la notion d'imputabilité de l'infraction qui relève de la question de l'engagement de la responsabilité de celle de l'opportunité d'une sanction qui a trait aux conséquences de la responsabilité pénale d'un individu.

⁶ Hormis, on l'a vu, les mesures de sûreté pouvant être prononcées malgré une dispense de peine, telle que la confiscation des objets dangereux ou nuisibles (art. 132-58 du Code pénal).

que soit le délit ou la contravention dont le bénéficiaire de la dispense a été reconnu responsable. A côté de la dispense de peine, existent également des hypothèses, bien qu'assez rares, d'incapacité légale à certaines peines.

B- Les incapacités légales limitées à un type de peine

547 - Contrairement au droit pénal des mineurs qui intègre largement le concept d'incapacité pénitentiaire, seules quelques hypothèses exceptionnelles d'incapacité à un type de peine sont consacrées par le droit pénal des majeurs. Cette influence limitée résulte probablement de la difficulté pratique à identifier des catégories homogènes d'individus inaptes à subir une peine en particulier, ainsi que de la possibilité, évoquée précédemment, de dispenser de toute peine un individu pourtant reconnu responsable, lorsque celle-ci semble inutile. Le législateur a néanmoins parfois choisi d'exclure expressément du domaine de quelques peines certains individus au regard de considérations subjectives.

548 - Il ne faut pas confondre ces hypothèses d'incapacités légales à certaines peines avec les immunités qui existent en matière pénale, telle que l'immunité familiale par exemple. En effet, même s'il s'agit d'une question discutée en doctrine¹, l'immunité doit être considérée comme un obstacle à l'exercice de poursuites pénales contre le bénéficiaire de celle-ci². Ainsi, même si ce dernier ne peut être sanctionné du fait de sa qualité (ascendant, descendant ou conjoint de la victime), cette immunité est de nature procédurale³ au sens où elle empêche, non plus seulement le prononcé d'une peine, mais l'engagement de poursuites pénales⁴. Il

¹ V. ainsi Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 3^e éd. 2010, n° 402, p. 426. Sur cette question, v. *Les immunités pénales : actualités d'une question ancienne*, sous la direction de G. CLEMENT et J. LEFEBVRE, Ceprisca, PUF, 2010.

² La rédaction de l'article 331-12 du Code pénal est d'ailleurs assez claire : « Ne peut donner lieu à des poursuites pénales, le vol commis par une personne... ».

³ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 4^e éd., 2009, n° 721, Y. MAYAUD, *op. cit.*, *loc. cit.* Contra F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *op. cit.*, n° 706 p. 673 : ces auteurs considérant au contraire « qu'il s'agit bien de règles de fond qui permettent à certaines personnes de commettre une infraction ».

⁴ « L'immunité familiale d'ordre patrimoniale ne neutralise pas l'infraction. Il s'induit de cette persistance du caractère illicite de l'acte la possibilité d'exiger une réparation civile, mais l'action n'est recevable que devant les juridictions civiles. [...] elle laisse [donc] subsister l'infraction et la responsabilité de l'agent », G. et B. CLEMENT, *Les immunités familiales in Les immunités pénales : actualités d'une question ancienne*, sous la direction de G. CLEMENT et J. LEFEBVRE, Ceprisca, PUF, 2010, p. 52.

s'agit donc plutôt d'une cause personnelle d'irrecevabilité de l'action publique, non d'une cause d'incapacité pénitentiaire¹. L'inaptitude à subir ou à profiter d'une sanction pénale n'est donc pas en cause dans l'immunité qui se justifie par la volonté de ne pas troubler la paix sociale en permettant, par exemple, à des proches d'une même famille d'engager des poursuites pénales qui créeraient plus de division que d'apaisement².

549 - En revanche, c'est bien l'inaptitude présumée de certains délinquants à subir et surtout à profiter d'une peine qui justifie l'existence des rares hypothèses d'incapacité pénitentiaire légale³. Comme pour l'incapacité pénitentiaires des mineurs, on constate que la force des présomptions à l'origine de ces incapacités pénitentiaires varie selon le type de peine. A la présomption irréfragable d'incapacité pénitentiaire dont bénéficient certains délinquants particuliers (1), a ainsi été ajoutée récemment une présomption simple d'incapacité pénitentiaire à la peine d'emprisonnement sans sursis touchant tous les délinquants (2).

1- Les hypothèses exceptionnelles d'incapacité pénitentiaire absolue

550 - Certains éléments subjectifs propres à l'auteur d'une infraction peuvent faire obstacle au prononcé d'une peine. La résidence et la situation familiale d'un étranger reconnu

¹ On peut d'ailleurs rapprocher des immunités personnelles, l'amnistie, au moins lorsqu'elle présente un caractère personnel, par exemple lorsqu'elle est liée à une qualité de l'auteur d'une infraction (militaire, délinquant récidiviste...). Si l'amnistie personnelle affecte la sanction, elle ne s'explique pas, comme l'immunité, par la prise en compte d'une quelconque inaptitude à subir ou à profiter d'une sanction pénale.

² Cette justification explique ainsi que les bénéficiaires d'une immunité puissent en être privé lorsque la gravité de l'infraction impose des poursuites pénales. Ainsi n'est pas applicable l'immunité familiale d'ordre patrimonial reconnue par l'article 311-12 du Code pénal lorsque le vol porte sur des objets ou documents indispensables à la vie quotidienne de la victime, tels que des documents d'identité, relatifs au titre de séjour ou de résidence d'un étranger, ou des moyens de paiement (art. 311-12, dernier alinéa du Code pénal). De la même façon, en matière de non-dénonciation d'un crime, l'art. 434-1, al. 2 du Code pénal prévoit que l'immunité dont bénéficient les proches de l'auteur ou du complice du crime ne pourra jouer lorsqu'il s'agit d'un crime commis sur un mineur de quinze ans.

³ On retrouve d'ailleurs cette idée dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme puisqu'elle a jugé qu'une sanction telle que la déchéance totale d'un droit à pension qui prive le condamné de tout moyen de subsistance est inopportune car contraire au reclassement du délinquant, CEDH, 22 oct. 2009, *Apostolakis c. Grèce* : Req. n° 39574/07, spéc. § 41 : « *La Cour estime que, dans le cadre de leur marge d'appréciation, les Etats peuvent introduire dans leur législation des dispositions de nature à prévoir des sanctions pécuniaires comme conséquence d'une condamnation pénale. Toutefois, une telle sanction [...] a pour effet d'anéantir le principal moyen de subsistance d'une personne qui a atteint l'âge de la retraite, tel le requérant. Or un tel effet n'est conforme ni avec le principe du reclassement social qui régit le droit pénal des Etats contractants ni avec l'esprit de la Convention* ».

responsable d'un crime ou d'un délit peuvent par exemple empêcher le prononcé de la peine d'interdiction du territoire français. L'article 131-30-2 du Code pénal prévoit ainsi l'impossibilité de prononcer une interdiction du territoire français à l'encontre d'un étranger justifiant résider habituellement en France depuis l'âge de treize ans ou résider régulièrement en France depuis plus de vingt ans¹. De la même façon, cette peine est prohibée lorsque résidant régulièrement en France depuis plus de dix ans, l'étranger auteur d'une infraction est marié depuis au moins quatre ans avec un ressortissant français ou un étranger justifiant résider en France depuis l'âge de treize ans² ou est le père ou la mère d'un enfant français mineur vivant en France³. Enfin, une dernière hypothèse spécifique concerne l'étranger qui réside en France sous couvert d'un titre de séjour et du droit d'asile⁴. Dans tous ces cas, le législateur a estimé que la résidence régulière en France depuis un certain temps, ainsi que les liens familiaux avec un ressortissant français, permettaient de présumer son inaptitude à profiter de l'obligation de quitter le territoire que suppose cette peine. La force de cette présomption varie d'ailleurs selon la situation personnelle ou familiale de l'individu en question. En effet, à cette présomption irréfragable d'incapacité empêchant purement et simplement le prononcé de cette peine correspond une présomption simple d'incapacité pénitentiaire concernant les étrangers visés à l'article 131-30-1 du Code pénal pour lesquels le prononcé d'une interdiction de territoire est possible mais soumis à une obligation de motivation supplémentaire en matière correctionnelle⁵.

551 - De la même façon, la peine d'interdiction de séjour ne peut être prononcée ou cesse de plein droit lorsque le condamné est âgé de soixante-cinq ans ou plus⁶, sauf si elle résulte de la

¹ Art. 131-30-2, 1° et 2° du Code pénal.

² Art. 131-30-2, 3° du Code pénal. L'étranger ne doit cependant pas vivre en état de polygamie, la communauté de vie ne doit pas avoir cessé et le mariage doit être antérieur aux faits ayant entraîné sa condamnation pénale (même article).

³ A condition bien sûr qu'il contribue effectivement à l'entretien et à l'éducation de cet enfant depuis sa naissance ou depuis au moins un an (art. 131-30-2, 4° du Code pénal).

⁴ Art. 131-30-2, 5° du Code pénal.

⁵ Dans ce cas, le prononcé d'une interdiction du territoire français doit être spécialement motivé « au regard de la gravité de l'infraction et de la situation personnelle et familiale de l'étranger », art. 131-30-1 du Code pénal.

⁶ Art. 132-32, al. 3 du Code pénal.

prescription d'une peine prononcée en matière criminelle¹. La contrainte judiciaire ne peut être prononcée contre les personnes âgées d'au moins soixante-cinq ans au moment de la condamnation². L'âge avancé du condamné peut donc parfois se révéler un obstacle au prononcé ou à l'exécution de certaines peines, à l'image de l'incapacité pénitentiaire du mineur qui découle, on l'a vu, de son jeune âge. On peut regretter toutefois qu'aucune disposition générale ne fixe le sort des individus dont l'âge avancé permet de penser qu'ils sont dépourvus de toute aptitude à profiter d'une sanction pénale autre que l'interdiction de séjour ou la contrainte judiciaire. Il faut toutefois nuancer cette affirmation dans la mesure où, s'il n'existe pas une réelle incapacité pénitentiaire fondée sur la vieillesse du responsable d'une infraction, les juridictions de jugement ainsi que celles de l'application des peines peuvent personnaliser et aménager la sanction ou son régime afin de tenir compte de cette donnée³. A ces incapacités pénitentiaires légales exceptionnelles, le législateur a récemment ajouté une nouvelle hypothèse d'incapacité pénitentiaire touchant tous les délinquants, mais qui n'est que relative, puisque les juridictions de jugement peuvent la contourner.

2- L'hypothèse nouvelle de l'incapacité pénitentiaire relative à une peine d'emprisonnement ferme

552 - Cherchant à limiter le recours aux peines d'emprisonnement ferme et à privilégier le recours aux peines alternatives à l'emprisonnement, le législateur a récemment ajouté à l'obligation prévue à l'article 132-19, al. 2 du Code pénal de motiver spécialement le choix d'une peine d'emprisonnement sans sursis⁴, une seconde limite. L'alinéa 3 de l'article 132-24

¹ Art. 763 du Code de procédure pénale. Dans ce cas, l'interdiction de séjour dans le département où demeure la victime du crime ou ses héritiers directs résulte de plein droit de la prescription de la peine et n'est pas soumise à une limitation de durée.

² Art. 71 du Code de procédure pénale.

³ L'article 717-1 du Code de procédure pénale précise ainsi qu'en matière de peines privatives de liberté, la répartition des condamnés dans les établissements pour peines s'effectue « compte tenu de leur catégorie pénale, de leur âge, de leur état de santé et de leur personnalité ». De plus, lorsque l'incarcération est supérieure à un an, est prévue une procédure d'orientation consistant à réunir « tous les éléments relatifs à la personnalité du condamné, son sexe, son âge, ses antécédents, sa catégorie pénale, son état de santé physique et mentale, ses aptitudes, ses possibilités de réinsertion sociale et, d'une manière générale, tous renseignements susceptibles d'éclairer l'autorité compétente pour décider de l'affectation la plus adéquate » (art. D. 74 du Code de procédure pénale).

⁴ Saisi d'un pourvoi pour violation la loi, la Cour de cassation a ainsi confirmé une décision des juges du fond qui avait considéré que « *les peines d'amende ou de substitution [étaient] inadaptées et que le prononcé d'une*

du Code pénal¹ vise ainsi à ne permettre à la juridiction de jugement de prononcer une peine d'emprisonnement sans sursis « qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate »². Ce nouvel alinéa consacre donc explicitement la nécessité de vérifier si une autre sanction ne semble pas préférable et si l'emprisonnement ferme, souvent inopportun voire contre-productif, est indispensable au regard des faits et de la personnalité de l'auteur. Le recours au sursis³ apparaît en effet comme un régime souvent plus adapté puisqu'il évite à certains délinquants d'avoir à exécuter une sanction pénale⁴ dont l'opportunité paraît contestable au regard de la faible dangerosité que traduit l'absence de condamnation antérieure. A l'image de la dispense de peine, le sursis permet ainsi aux délinquants d'apporter la preuve de leur reclassement social en ne commettant pas d'autres infractions pendant le délai d'épreuve, justifiant *a posteriori* l'inopportunité de la peine. Il reflète ainsi la prise en compte par la juridiction de jugement d'une certaine inaptitude à l'exécution « normale » d'une peine et, par conséquent, du concept d'incapacité pénitentiaire.

peine d'emprisonnement s'impos[ait] », ajoutant également « que si la peine de six mois [était] justifiée par la nature des faits et la personnalité de Lydia X..., il n'appara[ssait] pas opportun de la faire bénéficier du sursis », Crim. 14 nov. 1994, *Dr. Pén.* 1995, n° 59 ; *Gaz. Pal.* 1995, 1, Somm. 172.

¹ Qui, rappelons-le, pose le principe de personnalisation de la peine.

² L'alinéa 3 de l'article 132-24 créé par la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 est ainsi rédigé : « En matière correctionnelle, en dehors des condamnations en récidive légale prononcées en application de l'article 132-19-1, une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate ; dans ce cas, la peine d'emprisonnement doit, si la personnalité et la situation du condamné le permettent, et sauf impossibilité matérielle, faire l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux articles 132-25 à 132-28. »

³ Qui permet d'utiliser la peine comme une menace afin, comme le soulignait son créateur, le sénateur R. BÉRANGER, d'obtenir « le minimum de pénalité avec le maximum d'intimidation », cité par P. PONCELA, *Droit de la peine*, PUF, 2^e éd., 2001, p. 135.

⁴ Il est à ce titre assez intéressant de remarquer que la jurisprudence refuse d'appliquer le sursis simple aux sanctions qui du fait de leur nature particulière ne peuvent être considérées comme des peines « classiques » : ainsi des sanctions tenant davantage de réparations civiles telles que les amendes fiscales (Crim. 19 nov. 1891 : *D. P.* 1892,1, 109), les amendes en matière de pêche fluviale (Crim. 30 août 1900 : *D. P.* 1901,1, 142) ou en matière forestière (Crim. 25 nov. 1992 : *Bull. Crim.* n° 392) ou des mesures de sûreté telles que la confiscation, la fermeture d'établissement ou l'affichage de la décision (art. 132-31, al. 1^{er} *in fine* et 132-34, al. 1^{er} du Code pénal). Mais c'est probablement l'exclusion du travail d'intérêt général, du stage de citoyenneté ou de la sanction réparation (ces peines n'étant pas visées par l'article 132-31 du Code pénal) ainsi que du suivi socio-judiciaire (art. 736 du Code de procédure pénale) qui semble la plus pertinente. Elle démontre en effet l'inadéquation du sursis avec des peines présentant un fort caractère socio-éducatif. Il semblerait en effet contradictoire de reconnaître les bienfaits des peines alternatives tels que le travail d'intérêt général ou le stage de citoyenneté, tout en admettant de les utiliser comme une menace afin d'éviter une nouvelle condamnation. Le sursis n'est donc envisageable que pour des peines dont l'exécution est de nature à intimider le bénéficiaire d'un sursis pour l'empêcher de commettre une nouvelle infraction.

553 - Bien que non évoquée expressément, c'est bien l'aptitude du délinquant à tirer profit de la sanction qui apparaît en effet à travers le système consacré à l'article 132-24 du Code pénal. Il appartient désormais ainsi à la juridiction de jugement d'évaluer et de justifier la nécessité d'une peine d'emprisonnement ferme au regard de la capacité du délinquant d'en tirer profit. En adoptant cet alinéa, le législateur français suit ainsi les recommandations du Conseil de l'Europe¹ et les préconisations du Comité d'orientation de la loi pénitentiaire² qui affirment que la privation de liberté est une mesure à laquelle on doit recourir en dernier recours lorsque d'autres mesures se révèlent inadaptées³. La Chambre criminelle a d'ailleurs récemment rappelé cette exigence en censurant la décision d'une Cour d'appel qui n'avait pas suffisamment caractérisé « *la nécessité de la peine d'emprisonnement ferme [...] ni l'impossibilité d'ordonner une mesure d'aménagement* »⁴. Le droit pénal français consacre donc le souhait exprimé dès 1994 selon lequel « la prison ne doit point demeurer le fondement principal sinon exclusif du système des peines correctionnelles. Toujours nécessaire à la répression des délits les plus graves, l'emprisonnement ne doit pas apparaître comme une peine inévitable et usuelle »⁵. L'emprisonnement, considéré auparavant comme la peine

¹ Recommandation R (99) 22, concernant le surpeuplement des prisons et l'inflation carcérale, adoptée le 30 septembre 1999 : « La privation de liberté devrait être considérée comme une sanction ou mesure de dernier recours et ne devrait dès lors être prévue que lorsque la gravité de l'infraction rendrait toute autre sanction ou mesure manifestement inadéquate ». [en ligne], [http://www.coe.int/t/f/affaires_juridiques/coop%20E9ration_juridique/emprisonnement_et_alternatives/instruments_juridiques/Rec.R\(99\)22.asp](http://www.coe.int/t/f/affaires_juridiques/coop%20E9ration_juridique/emprisonnement_et_alternatives/instruments_juridiques/Rec.R(99)22.asp)

² Préconisation n° 1 : « *Adjoindre à l'article 132-24 du Code pénal un troisième paragraphe énonçant que "La privation de liberté doit être considérée comme une sanction de dernier recours, lorsque la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent toute autre sanction manifestement inadéquate".* »

³ On ne peut que regretter dès lors les dispositions créées par la loi du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs qui, en plus de créer des peines minimales comme on le verra plus tard, oblige les juridictions à recourir à l'emprisonnement lorsque sont en cause les quatre catégories de délits évoqués à l'article 132-19-1 du Code pénal (violences volontaires, agression ou d'atteinte sexuelle, tout délit commis avec la circonstance aggravante de violences ou puni de dix ans d'emprisonnement). Dans ce cas, conformément à l'alinéa 3 de cet article, les juridictions de jugement devront obligatoirement prononcer une peine d'emprisonnement en respectant les seuils prévus à cet article, sauf si elles décident par décision spécialement motivée de descendre au-dessous de ces minimums lorsque le prévenu présente des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion (*sic*).

⁴ Crim. 10 nov. 2010 (n° 10-80265). V. également Crim. 12 oct. 2010, *Gaz. Pal.* 6 janvier 2011, note E. DREYER.

⁵ Exposé des motifs du projet de loi instituant une peine incompressible et portant diverses dispositions de droit pénal et de procédure pénale devenu la loi n° 94-89 du 1er février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale.

correctionnelle par excellence, est donc aujourd'hui présenté comme une réponse exceptionnelle en matière délictuelle¹.

554 - On ne peut s'empêcher, à la lecture de l'article 132-24 du Code pénal, de remarquer la proximité qui existe aujourd'hui entre la situation des majeurs et celle des mineurs. Le caractère subsidiaire du recours à la peine d'emprisonnement ferme en matière délictuelle se rapproche en effet du recours exceptionnel à la voie répressive consacré par l'ordonnance du 2 février 1945. A la primauté éducative consacrée par le droit des mineurs correspondrait ainsi la primauté donnée aux mesures alternatives à l'emprisonnement en droit des majeurs. Ce rapprochement est d'autant plus flagrant que la formule utilisée par l'article 132-24 du Code pénal, qui invite le juge à adapter la peine aux circonstances et à la personnalité du délinquant est la même, on l'a vu, que celle qu'utilise l'ordonnance de 1945 pour justifier le recours à la peine².

555 - Les hypothèses d'incapacité pénitentiaire légale restent donc, contrairement au droit des mineurs, assez exceptionnelles, reflétant l'intégration réduite du concept d'inaptitude à la sanction en droit pénal des majeurs. Hormis ces quelques incapacités pénitentiaires, qu'elles soient judiciaires ou légales, l'individu majeur ayant commis une infraction doit donc être considéré comme apte à subir la ou les sanctions prévues par le législateur ou le pouvoir réglementaire. Il ne faut toutefois pas déduire de ce qui précède l'inutilité du concept d'incapacité pénitentiaire, une fois la sanction prononcée. En effet, si l'inaptitude à la sanction ne joue qu'un rôle limité au moment du prononcé de la sanction, elle permet également d'en suspendre l'exécution, voire d'y mettre fin lorsque celle-ci ne semble plus opportune.

¹ En tout cas lorsqu'il s'agit d'un délinquant primaire puisqu'en cas de récidive, la motivation n'est plus exigée (art. 132-19, dernier alinéa du Code pénal).

² On pourrait d'ailleurs analyser le caractère subsidiaire de l'emprisonnement en matière délictuelle comme une incapacité pénitentiaire relative à l'emprisonnement ferme, à l'image de l'incapacité relative à une peine des mineurs de plus de treize ans consacrée par l'ordonnance de 1945. En effet, même s'il ne s'agit que d'une incapacité spéciale limitée à l'emprisonnement ferme, les raisons qui fondent ce choix – la volonté de privilégier des peines moins désocialisantes –, se rapprochent de celles qui justifient la création de l'incapacité pénitentiaire du mineur de plus de treize ans.

§ 2 – L’incapacité pénitentiaire, fondement original de la suspension ou de la fin anticipée de l’exécution de la sanction pénale

556 - Il s’agit ici d’évoquer les hypothèses dans lesquelles un individu reconnu apte à subir une sanction pénale perd, durant l’exécution de celle-ci, sa capacité pénitentiaire. Bien que ces causes d’incapacité pénitentiaire durant l’exécution de la sanction puissent être assez variées, on peut, semble-t-il, en distinguer deux types. L’incapacité pénitentiaire peut tout d’abord être liée à l’état de santé du condamné, conduisant alors à suspendre l’exécution des peines que le condamné n’est plus apte à subir, notamment les peines privatives de liberté (A), mais elle peut aussi découler de l’inopportunité de la peine qu’induit le reclassement social de l’individu (B).

A- L’incapacité pénitentiaire liée à l’état de santé du condamné

557 - La loi du 4 mars 2002 a consacré un nouvel aménagement de peine, la suspension de peine pour raisons médicales¹. L’article 720-1-1 du Code de procédure pénale prévoit ainsi une suspension des peines privatives de liberté pour les condamnés « dont il est établi qu'ils sont atteints d'une pathologie engageant le pronostic vital ou que leur état de santé est durablement incompatible avec le maintien en détention, hors les cas d'hospitalisation des personnes détenues en établissement de santé pour troubles mentaux ». La référence expresse à l’incompatibilité du maintien en détention avec l’état de santé du condamné peut être analysée comme la prise en compte de l’inaptitude de certains individus à exécuter normalement une peine privative de liberté. Elle permet en effet de donner à cette mesure un domaine assez large puisqu’une suspension de peine est possible même lorsque le pronostic vital d’un détenu n’est pas engagé².

558 - L’assimilation de la suspension de peine pour motif médical à une incapacité pénitentiaire au même titre que les hypothèses précédentes se heurte pourtant à trois obstacles.

¹ Sur cette mesure, v. E. GARÇON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, Litec, 2010, n° 1228 et s.

² Crim. 15 mars 2006, *Bull. Crim.* n° 80 ; *AJ Pénal* 2006, p. 273, obs. M. HERZOG-EVANS ; *RSC* 2007, p. 352, obs. P. PONCELA.

Tout d'abord, il est important de souligner qu'il ne s'agit que d'une suspension de la peine, cette dernière devant être exécutée jusqu'à son terme si la pathologie ayant motivé la suspension de peine disparaît ou que le maintien en détention redevient possible¹. Si l'on peut donc rapprocher la suspension de peine pour motif médicaux d'une incapacité pénitentiaire légale, il faut alors bien comprendre qu'il s'agit d'une incapacité temporaire. De plus, son effet reste limité puisqu'elle ne suspend que l'exécution des peines privatives de liberté. De nombreuses mesures de contrôle ou obligations peuvent donc être décidées par la juridiction ayant accordé la suspension de peine. Le condamné peut ainsi être soumis aux mesures prévues par l'article D. 147-2 du Code de procédure pénale, ainsi qu'aux mesures de contrôle et aux obligations prévues aux articles 132-44 et 132-45 du Code pénal². Enfin, la suspension de peine pour motif médical n'est pas applicable en cas de trouble mental, comme l'atteste l'article 720-1-1 du Code de procédure pénale qui exclut du champ d'application de cette mesure les personnes détenues en établissement de santé pour troubles mentaux. Cette exclusion ne doit pourtant pas conduire à penser que la survenance d'un trouble mental est sans effet sur l'exécution d'une peine et notamment d'une peine privative de liberté.

559 - En effet, lorsque le trouble mental rend le délinquant inapte à comprendre le sens de la peine privative de liberté à laquelle il a été condamné, son exécution doit être suspendue tant que persiste le trouble mental³ comme le prévoit l'article D. 398 du Code de procédure pénale. Cet article oblige l'Administration pénitentiaire à ordonner l'admission en soins psychiatriques des détenus atteints de troubles mentaux qui ne peuvent être maintenus dans un établissement pénitentiaire. On peut néanmoins regretter, là encore, l'absence d'une

¹ Notons également qu'il s'agit d'une mesure qui sera décidée en dernier recours si aucun autre établissement n'est en mesure d'accueillir le condamné afin de lui proposer une prise en charge adaptée à son état de santé. Sur la prise en compte de l'état de santé du détenu pour son affectation dans un établissement pénitentiaire, v. *infra* n° 630 et s.

² Ce renvoi peut d'ailleurs paraître étonnant dans la mesure où la plupart des obligations spécifiques prévues à l'article D. 147-2 du Code de procédure pénale font double emploi avec certaines des mesures prévues aux articles 132-44 et 132-45 du Code pénal. V. ainsi l'obligation de recevoir les visites du travailleur social du service pénitentiaire d'insertion et de probation et lui communiquer les renseignements ou documents de nature à permettre le contrôle de l'exécution de ses obligations prévues à l'article D. 147-2, 6° du Code de procédure pénale et à l'article 132-44, 2° du Code pénal.

³ Le trouble mental ne doit toutefois pas avoir été contemporain des faits pour lesquels l'individu est poursuivi car il y aurait alors irresponsabilité pour défaut d'imputabilité de l'infraction (art. 122-1 du Code pénal). Le trouble doit donc apparaître postérieurement à la déclaration de culpabilité. Sur la question du trouble mental apparaissant entre les faits et la déclaration de culpabilité, v. *supra* n° 24 et 301.

incapacité légale et générale de l'individu atteint de troubles mentaux puisque, comme le soulignent des auteurs¹, les peines autres que les peines privatives de liberté sont théoriquement possibles². Il semble difficile d'admettre qu'un individu atteint de troubles mentaux profonds ne soit pas en mesure de comprendre et de profiter d'une peine privative de liberté mais soit capable de subir d'autres sanctions pénales telles que l'amende ou les diverses peines alternatives. Une solution uniforme conduisant à suspendre toutes les peines dont l'exécution se poursuit dans le temps serait donc préférable. Remarquons que l'existence d'un trouble mental peut toutefois amener les juridictions de l'application des peines à réévaluer la pertinence d'une exécution « normale » de la sanction et la conduire, on le verra, à aménager cette dernière afin de la concilier avec l'état mental de l'individu.

560 - Si l'état de santé physique et mental d'un condamné peut donc donner lieu à une suspension de l'exécution de certaines peines telles que les peines privatives de liberté, ce n'est pas le seul élément subjectif, propre au délinquant, qui joue un rôle sur l'exécution de la sanction. Le reclassement effectif du condamné permet ainsi parfois d'alléger ou de mettre fin de manière anticipée à la sanction.

B- L'incapacité pénitentiaire liée au reclassement du condamné

561 - Le reclassement social ou la réinsertion³ du délinquant étant une des finalités modernes du droit pénal, il semble en effet logique que son aptitude à pouvoir réintégrer le monde libre apparaisse comme un critère pertinent permettant de mettre fin à celle-ci. Le concept d'incapacité à la sanction qui justifiait d'exclure ou au moins de limiter le recours à une sanction joue, lors de son exécution, un rôle original puisqu'il permet d'y mettre un terme lorsqu'elle se révèle inopportune au regard des progrès réalisés par le délinquant. Comme le

¹ Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, n° 355 *in fine*, p. 190.

² En pratique toutefois, il appartiendra aux juridictions de l'application des peines de tenir compte de l'état mental du condamné pour aménager la sanction ou son régime.

³ Art. 707, al. 2 du Code de procédure pénale : « L'exécution des peines favorise, dans le respect des intérêts de la société et des droits des victimes, l'insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive ».

souligne l'article 707 du Code de procédure pénale¹, le droit pénal prévoit de nombreuses mesures visant à assurer une certaine « progressivité » dans l'exécution de la peine. Il s'agit ainsi de favoriser un retour progressif à la liberté et d'éviter une « sortie sèche », jugée dangereuse par la plupart des criminologues et des praticiens, en mettant, par exemple, en place un suivi lorsque la peine touche à sa fin. L'inaptitude à la sanction appréhendée par la réadaptation sociale du délinquant ou au moins les efforts qu'il fournit en vue de sa réinsertion permettent alors soit de réduire la durée de la sanction (1), soit d'aménager la fin de la sanction afin de préparer la sortie, comme l'illustre très bien la mesure spécifique que constitue la libération conditionnelle (2).

1- La réduction de la durée de la sanction, les crédits de réduction de peine

562 - L'inaptitude à la sanction que représentent les efforts de resocialisation d'un détenu permet de réduire la durée de la privation de liberté initialement prévue. Cette réduction de la durée de la peine peut prendre deux formes. Elle est d'une part automatique et s'applique de plein droit à tous les détenus sauf en cas de mauvaise conduite en détention, mais elle peut également être accordée de manière facultative lorsque le détenu atteste des efforts sérieux de resocialisation. La loi Perben II du 9 mars 2004 a transformé les réductions de peine traditionnellement accordées lors de l'exécution de la peine privative de liberté en un crédit de réduction de peine². Ainsi depuis le 1^{er} janvier 2005, le greffe de l'établissement pénitentiaire du détenu déduit de la peine prononcée les réductions de peine dont bénéficie le détenu³. En cas de mauvaise conduite du condamné en détention⁴, le juge de l'application des peines peut

¹ « L'individualisation des peines doit, chaque fois que cela est possible, permettre le retour progressif du condamné à la liberté et éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire ».

² Sur cette question, v. P. PONCELA, *Peine et crédit. Loi du 9 mars 2004 : réductions de peine, fins de peine et autres aménagements*, RSC 2004, p. 955 et s. ; B. LAVIELLE, *Le nouveau régime des réductions de peine*, AJ Pénal 2004, p. 320 ; E. GARÇON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, Litec, 2010, n° 1050 et s.

³ Ce crédit est de trois mois pour la première année de détention et de deux mois par an au-delà de la première année. Pour les périodes d'incarcération inférieures à un an, il s'élève à sept jours par mois de détention, sans pouvoir excéder deux mois (art. 721, al. 1^{er} du Code de procédure pénale). En cas de récidive légale, il est réduit à deux mois pour la première année de détention et à un mois par an au-delà de la première année. Enfin, pour les périodes d'incarcération inférieures à un an, il s'élève alors à cinq jours par mois de détention, sans pouvoir excéder un mois (art. 721, al. 2 du Code de procédure pénale).

⁴ Ce terme est à entendre au sens large, puisqu'il englobe bien sûr le temps passé à l'intérieur de l'établissement mais également le temps que le détenu passe à l'extérieur en vertu d'une semi-liberté, d'un placement à

alors retirer l'intégralité ou une partie de ce crédit de peine¹. A côté de ces réductions de peine automatiques, existent également des réductions de peine supplémentaires qui sont accordées par le juge de l'application des peines après avis de la commission de l'application des peines lorsque le condamné manifeste « des efforts sérieux de réadaptation sociale »². L'article 721-1 précise ainsi quelques cas permettant de prétendre à une réduction de peine supplémentaire, à savoir passer un examen scolaire, universitaire ou professionnel, travailler en détention, avoir mené une réflexion sur les faits commis, avoir entrepris des démarches pour préparer sa sortie ou bien avoir bénéficié d'un suivi médical ou psychologique adapté³. Si ces réductions de peine peuvent apparaître comme des outils au service d'une politique pénitentiaire visant à désengorger les prisons, il n'en reste pas moins qu'elles attestent également la prise en compte des efforts de reclassement ou de réadaptation sociale d'un détenu afin de justifier une diminution de la durée de sa sanction. Les réductions de peine ne sont d'ailleurs pas la seule hypothèse dans laquelle le législateur se réfère explicitement à l'existence chez un condamné de « gages sérieux de réadaptation sociale » pour lui accorder une mesure de faveur. En effet, il s'agit également de la condition exigée à l'article 720-4, al. 1^{er} du Code de procédure pénale pour qu'un détenu puisse demander au tribunal de l'application des peines qu'il soit mis fin à la période de sûreté ou que sa durée soit réduite ou pour pouvoir bénéficier d'une libération conditionnelle. Cette dernière mesure, qui traduit la possibilité de mettre fin de manière anticipée à la sanction, mérite d'ailleurs d'être approfondie.

l'extérieur ou d'un placement sous surveillance électronique, puisque dans ces trois cas le détenu est toujours sous écrou.

¹ Sans toutefois dépasser le maximum de trois mois par an et de sept jours par mois ou dans le cas d'une récidive, de deux mois par an et de cinq jours par mois (art. 721, al. 3 et D. 115-14-1 du Code de procédure pénale).

² Notons que la Cour de cassation exerce un contrôle assez restreint sur l'appréciation de cette condition par les juges du fond, v. ainsi Crim. 18 oct. 2006, inédit : *AJ Pénal* 2007, p. 94 note M. HERZOG-EVANS.

³ Ces réductions de peines supplémentaires sont d'ailleurs, sauf décision contraire du juge de l'application des peines, exclues lorsqu'un individu condamné pour une infraction pour laquelle le suivi-socio judiciaire est encouru refuse de se soigner pendant son incarcération (art. 721-1, al. 1^{er} du Code de procédure pénale) ou lorsqu'un individu condamné une infraction à caractère sexuel visée à l'article 706-47 du Code de procédure pénale avait déjà été condamné pour le même type d'infraction (art. 721-1, al. 4 du Code de procédure pénale).

2- La fin anticipée de l'exécution de la sanction en vue de la préparation de l'après-peine, la libération conditionnelle

563 - Inspirée par un magistrat célèbre, A. BONNEVILLE DE MARSANGY¹, la libération conditionnelle fut introduite dans notre droit positif par la loi du 14 août 1885². Elle permet à un individu condamné à une peine privative de liberté de bénéficier d'une libération avant le terme de la peine sous réserve de respecter certaines mesures de contrôle. Elle apparaît donc comme une mesure pertinente permettant de mettre en place un suivi du détenu afin de favoriser sa réinsertion. Mis à part la condition tenant à la durée de la peine purgée par le condamné³, il est intéressant de remarquer qu'aucune autre condition tenant à la nature de l'infraction ou à la peine n'est requise⁴. Il est en revanche exigé de la part du détenu de « manifester des efforts sérieux de réadaptation sociale »⁵. Cette condition indispensable à la libération conditionnelle pourra être considérée comme remplie lorsque le détenu peut justifier de l'exercice d'une activité professionnelle, d'un stage ou d'une formation, de sa participation essentielle à la vie de sa famille, de la nécessité de suivre un traitement médical, de ses efforts en vue d'indemniser la victime ou, depuis la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, de son « implication dans tout autre projet sérieux d'insertion ou de réinsertion »⁶.

¹ Sur l'apport de BONNEVILLE DE MARSANGY à la science criminelle moderne, v. la thèse d'histoire du droit de S. RUOPOLI-CAYET, *Arnould Bonneville de Marsangy (1802-1894) - Un précurseur de la science criminelle moderne*, L'Harmattan, 2002.

² Selon certains auteurs, elle peut être considérée comme « la première mesure d'individualisation de la peine privative de liberté introduite dans le droit français de l'exécution des peines », E. GARÇON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, Litec, 2010, n° 1134.

³ L'article 729, alinéa 3 du Code de procédure pénale dispose que pour bénéficier d'une libération conditionnelle, l'individu doit avoir purgé au moins la moitié de sa peine (voire les deux tiers s'il s'agit d'un récidiviste), ce délai ne pouvant cependant pas dépasser quinze ans dans le premier cas et vingt ans dans le second. Lorsque la peine est la réclusion à perpétuité, ce délai qu'on qualifie généralement de délai d'épreuve est alors fixé à dix-huit ans ou vingt-deux ans en cas de récidive (art. 729, al. 3 du Code de procédure pénale). Il est toutefois possible de réduire la durée de ce délai d'épreuve dans certains cas (art. 729-1 du Code de procédure pénale).

⁴ Notons d'ailleurs que l'âge avancé du détenu permet de ne pas tenir compte de la durée de peine accomplie, la libération conditionnelle pouvant être demandée à tout moment par un condamné âgé de plus de soixante dix ans dès lors que son insertion ou sa réinsertion est assurée, sauf en cas de risque grave de renouvellement de l'infraction ou si cette libération est susceptible de causer un trouble grave à l'ordre public (art. 729, dernier alinéa du Code de procédure pénale).

⁵ Art. 729, al. 2 du Code de procédure pénale.

⁶ Art. 729, al. 2 5° du Code de procédure pénale.

564 - Il s'agit, on le voit, de « récompenser » les individus qui, malgré l'exécution de leur peine privative de liberté, démontrent l'existence d'un véritable projet de sortie. On peut ainsi remarquer que la bonne conduite en détention qui était autrefois une des conditions de la libération conditionnelle n'est aujourd'hui plus une condition explicitement exigée¹, preuve supplémentaire que cette dernière est bien une mesure tournée vers l'avenir, l'après-peine, comme l'indique d'ailleurs expressément l'alinéa 1^{er} de l'article 729 du Code de procédure pénale selon lequel « la libération conditionnelle tend à la réinsertion des condamnés et à la prévention de la récidive »². L'accord du condamné est nécessaire³ ce qui semble logique au regard des nombreuses obligations auxquelles il pourra être soumis mais apparaît surtout comme un gage de réussite de cette mesure. C'est d'ailleurs au détenu qu'il appartient de faire la demande de libération conditionnelle⁴ même si le juge de l'application des peines examine chaque année la situation des condamnés ayant vocation à obtenir une libération conditionnelle pour que ces derniers puissent être éventuellement admis au bénéfice de celle-ci, dès qu'ils en remplissent les conditions légales⁵. Si la libération conditionnelle apparaît donc comme une mesure de faveur⁶ pour le condamné qui n'aura pas à exécuter une partie de sa peine⁷, elle ne doit pas être trop vite assimilée à une libération pure et simple c'est-à-dire à une fin de la sanction. Cette mesure reste en effet conditionnée, comme son nom l'indique, par le respect de nombreuses obligations⁸.

¹ Même si le juge peut bien sûr prendre en considération le comportement en détention pour accorder ou refuser la libération conditionnelle.

² Formule qui découle de la loi n°2000-516 du 15 juin 2000.

³ Sauf dans un cas particulier prévu par la loi du 8 février 1995. L'article 729-2 du Code de procédure pénale dispose que l'accord à une mesure de libération conditionnelle n'est pas indispensable lorsqu'il s'agit d'un étranger faisant l'objet d'une peine complémentaire d'interdiction du territoire français.

⁴ Pour les peines inférieures ou égales à dix ans, ainsi que pour les peines dont le reliquat est inférieur à trois ans, c'est le juge de l'application des peines qui est compétent pour accorder une libération conditionnelle (art. 730, al. 1^{er} du Code de procédure pénale). Dans les autres cas, c'est le tribunal de l'application des peines qui sera compétent (art. 730, al. 2 du Code de procédure pénale).

⁵ Art. D. 523 du Code de procédure pénale.

⁶ *Contra* M. HERZOG-EVANS qui considère que du fait des contraintes et des obligations auxquelles peut être soumis le libéré conditionnel, la libération conditionnelle « ne constitue par conséquent nullement une faveur », *vis* « Libération conditionnelle », *Rép. Pén.*, n° 1.

⁷ Qui peut tout de même représenter jusqu'à la moitié de la peine.

⁸ En ce sens elle se distingue de la grâce qui, comme l'indique l'article 133-7 du Code pénal, « emporte seulement dispense d'exécuter la peine ».

565 - La libération conditionnelle se rapproche ainsi d'un sursis avec mise à l'épreuve puisqu'une fois libéré¹, le condamné doit respecter des mesures de contrôle proches de celles d'un probationnaire², cependant, à la différence du sursis, la libération conditionnelle se situe au stade de l'exécution de la peine. L'article 731, alinéa 1^{er} prévoit que puissent être décidées des mesures d'assistance et de contrôle « destinées à faciliter et à vérifier le reclassement du libéré ». A ces mesures obligatoires peuvent également s'ajouter des obligations facultatives supplémentaires, soit spécifiques à la libération conditionnelle³, soit empruntées au sursis avec mise à l'épreuve⁴ ou, si la personne a été condamnée pour un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru, aux obligations prévues dans le cadre d'un suivi socio judiciaire⁵. Un placement sous surveillance électronique mobile peut, en outre, être décidé selon les modalités prévues par les articles 763-10 à 763-14 du Code de procédure pénale⁶. Enfin, des mesures complémentaires d'assistance peuvent également être décidées afin « de susciter et de seconder les efforts du condamné en vue de sa réinsertion sociale, familiale et professionnelle »⁷. La violation de ces obligations, la commission d'une nouvelle infraction ou l'« inconduite notoire » (*sic*) pourront conduire le juge de l'application des peines ou le tribunal de l'application des peines à révoquer la libération conditionnelle⁸. Notons cependant qu'il ne s'agit pas d'une révocation automatique, le juge de l'application des peines ou le tribunal de l'application des peines appréciant au cas par cas, la nécessité de révoquer la libération conditionnelle, voire de ne révoquer qu'une partie de la libération conditionnelle. En cas de révocation, le condamné devra être incarcéré une nouvelle fois pour

¹ Il est important de comprendre que la libération conditionnelle est comparable à une fin anticipée de l'exécution « normale » de la sanction. En effet, la libération conditionnelle justifie tant la levée d'écrou que la règle selon laquelle la peine sera réputée terminée depuis le jour de la libération conditionnelle si cette dernière n'est pas révoquée (art. 733 du Code de procédure pénale).

² L'art. D. 533 du Code de procédure pénale renvoie d'ailleurs expressément à l'article 132-44 du Code pénal concernant les mesures pouvant être prononcées dans le cadre d'un sursis avec mise à l'épreuve.

³ Art. D. 535 du Code de procédure pénale.

⁴ Art. D. 536 du Code de procédure pénale renvoyant aux articles 132-44 et 132-45 du Code pénal.

⁵ Art. D. 536 du Code de procédure pénale renvoyant aux articles 131-36-2 du Code pénal. Dans ce cas et sauf décision contraire du juge de l'application des peines ou du tribunal de l'application des peines, cette personne est obligatoirement soumise à une injonction de soins s'il est établi, après l'expertise prévue à l'article 712-21 du Code de procédure pénale, qu'elle est susceptible de faire l'objet d'un traitement (Art. 731-1, al. 1^{er} du Code de procédure pénale).

⁶ Art. 731, dernier alinéa et D. 539 du Code de procédure pénale.

⁷ Art. D. 532 du Code de procédure pénale.

⁸ Art. 733 du Code de procédure pénale.

subir la totalité ou une partie seulement de la peine qu'il lui restait à subir¹. En revanche, si le libéré respecte les obligations, sa libération sera considérée comme définitive et la peine sera réputée terminée depuis le jour de la libération conditionnelle.

566 - La libération conditionnelle apparaît donc comme une mesure pénale permettant de soumettre un individu à un très grand nombre d'obligations, qui vont de l'obligation de répondre aux convocations du juge de l'application des peines ou d'un travailleur social² à l'interdiction de fréquenter certains lieux ou certaines personnes³ en passant par l'injonction de soins⁴. Si elle s'apparente donc à une fin anticipée de l'exécution « ferme » de la sanction, elle permet surtout de convertir cette dernière en un suivi plus ou moins contraignant destiné à accompagner le délinquant dans sa « réinsertion sociale »⁵, suivi qui peut d'ailleurs dans certains cas être prolongé au-delà de la durée de la peine⁶, dans la limite d'une année, sans toutefois pouvoir excéder dix ans⁷. Cette mesure semble donc intéressante tant au regard de ses conséquences pratiques notamment le taux plus faible de récidive qu'après une sortie « sèche » sans suivi⁸ mais également sur le plan théorique car elle traduit la prise en considération au stade de l'exécution de la sanction de l'opportunité de celle-ci.

¹ *Idem.*

² Art. 132-44 du Code pénal.

³ Art. 132-45 du Code pénal.

⁴ Art. 731-1, al. 1^{er} du Code de procédure pénale.

⁵ Au sens premier du terme, à savoir la réintégration d'un individu dans la société après la période d'exclusion que représente la peine privative de liberté.

⁶ Art. 732, al. 2 du Code de procédure pénale.

⁷ Dans le cas d'une peine perpétuelle, la durée des mesures de contrôle et d'assistance doit être comprise entre cinq et dix ans (art. 732, al. 3 du Code de procédure pénale). Toutefois, lorsque la Cour d'assises a décidé qu'aucune des mesures énumérées à l'article 132-23 du Code pénal ne pourrait être accordée au condamné à la réclusion criminelle à perpétuité, le dernier alinéa de l'article 720-4 prévoit la possibilité pour le tribunal de l'application des peines de prononcer des mesures d'assistance et de contrôle sans limitation dans le temps. Sur cette possibilité et l'extension d'un contrôle social post-sentenciel, v. *supra* n° 575 et s.

⁸ Sur l'évaluation de la « réussite » de la libération conditionnelle en terme de récidive, v. l'étude de A. KENSEY en 2004, *Conditional release and the prevention of reoffending, in Crime policy in Europe*, Council of Europe, p. 181 et s. Selon cette étude, sur les 1157 libérés en 1982, on observe un taux de récidive de 23% pour les libérés en conditionnelle contre 40% pour les libérés à terme. V. les chiffres similaires dans l'analyse comparatiste de F. DÜNKEL et M. FRITSCHÉ, *L'aménagement de la peine et la libération conditionnelle dans les systèmes pénitentiaires allemand et français, Déviance et Société*, 2005 n°3, vol. 29, p. 335 et s. V. enfin l'étude très complète d'A. KENSEY et P.-V. TOURNIER, *Placement à l'extérieur, semi-liberté, libération conditionnelle... Des aménagements d'exception*, Ministère de la Justice, Direction de l'Administration pénitentiaire et Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales, dans la collection Etudes et données pénales, n° 84 (févr. 2000), [en ligne] : http://www.cesdip.fr/IMG/pdf/EDP_84_vol._I_.pdf (Vol. I : Présentation des principaux résultats) et http://www.cesdip.fr/IMG/pdf/EDP_84_vol._II_.pdf (Vol. II : Données statistiques concernant l'ensemble des sous-cohortes étudiées).

567 - Toutes les dispositions applicables à la libération conditionnelle témoignent en effet de l'importance d'anticiper et de préparer la fin de la peine et surtout l'après-peine. En ce sens, elle apparaît bien souvent, selon la formule pertinente de deux auteurs, comme l'« *ultime étape du traitement pénitentiaire* »¹. Il peut en effet sembler légitime de se demander à partir de la moitié de la peine si l'individu condamné a pu « profiter » de la sanction pour réfléchir aux conséquences négatives de son acte. De plus, il est nécessaire de commencer à préparer la sortie du délinquant qui est, en principe, destiné à réintégrer la société un jour ou l'autre. La libération conditionnelle traduit alors la nécessité de favoriser la réinsertion sociale des détenus en permettant à des individus pour lesquels la sanction n'est plus utile ou opportune de réintégrer la société lorsqu'ils présentent « des gages sérieux de réadaptation sociale ». Ch. LUCAS partageait d'ailleurs déjà cette vision de la libération conditionnelle dès la fin du XIX^e siècle puisqu'il écrivait que « *le but principal de la peine étant la réforme du coupable, il serait à désirer qu'on put élargir tout condamné, lorsque sa régénération morale est suffisamment garantie* »².

568 - L'aptitude à la sanction apparaît alors, non plus un critère de personnalisation de la sanction ou de son exécution mais comme un moyen d'y mettre fin ou plutôt d'aménager la fin de celle-ci. En effet, la réinsertion ou le reclassement du délinquant tendent à prouver que l'exécution de la peine privative de liberté n'est plus nécessaire. Le reclassement de l'auteur d'une infraction ou sa réinsertion³ témoigne ainsi de son inaptitude à la peine privative de liberté. La réinsertion et le reclassement du coupable apparaissent alors comme des critères pertinents pour déterminer au cours de l'exécution de la sanction s'il est opportun d'aller jusqu'au terme de celle-ci. Cette utilisation de l'aptitude à la sanction ne doit d'ailleurs pas surprendre puisqu'on a déjà vu précédemment⁴ que le reclassement du coupable était un des critères conditionnant une dispense de peine par la juridiction de jugement. Si le reclassement du coupable peut donc, au moment du jugement, justifier l'absence de sanction, il semble

¹ Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e éd., 2004, n° 620.

² Cité par J.-L. SANCHEZ, *Les lois Bérenger (lois du 14 août 1885 et du 26 mars 1891)*, *Criminocorpus*, (revue en ligne), Autour des Archives d'anthropologie criminelle, 3. Criminologie et droit pénal, mis en ligne le 01 janvier 2005, [en ligne] : <http://criminocorpus.revues.org/132>.

³ Qui est, rappelons-le un des buts modernes de la peine.

⁴ V. *supra* n° 545.

logique qu'il puisse également justifier la fin anticipée de la privation de liberté d'un individu qui aura fait preuve de sa réadaptation sociale. D'autres dispositions prévoient d'ailleurs la possibilité de réduire la durée de la sanction initialement décidée par la juridiction de jugement. Ainsi dans le cadre d'un sursis avec mise à l'épreuve, le juge de l'application des peines peut, si le condamné respecte les mesures de contrôle auxquelles il est soumis et si son reclassement paraît acquis, déclarer non avenue la condamnation prononcée à son encontre¹. De la même façon, l'article 720-4 du Code de procédure pénale permet, à titre exceptionnel, au tribunal de l'application des peines de réduire ou de mettre fin à la période de sûreté lorsque le condamné manifeste « des gages sérieux de réadaptation sociale »².

569 - Bien qu'elle permette de mettre fin de manière anticipée à l'exécution d'une peine privative de liberté dont la poursuite jusqu'à son terme paraît inopportune voire contre-productive, la libération conditionnelle reste malheureusement très peu utilisée³ en pratique, comme le prouve la baisse constante du nombre de libérations conditionnelles accordées chaque année⁴. Il est à cet égard assez intéressant de comparer cette situation avec la législation canadienne en matière de libération conditionnelle⁵. En effet, le droit pénal canadien consacre la libération anticipée comme le principe et l'exécution complète de la

¹ Art. 744 du Code de procédure pénale. Cette possibilité n'est toutefois pas possible avant l'expiration d'un délai d'un an à compter du jour où la condamnation est devenue définitive.

² Lorsque la période de sûreté a été prononcée pour une durée de trente ans, cette possibilité est toutefois limitée par l'obligation pour le condamné de subir une incarcération d'une durée au moins égale à vingt ans. Ce délai est porté à trente ans lorsque la Cour d'assises a décidé qu'aucune des mesures énumérées à l'article 132-23 du Code pénal ne pourrait être accordée au condamné à la réclusion criminelle à perpétuité.

³ La loi du 15 juin 2000 élargissant les conditions de la libération conditionnelle était d'ailleurs motivée par la volonté de relancer une mesure assez peu utilisée. Cette désaffection s'explique peut-être en partie par le caractère très impopulaire de cette mesure, souvent mal comprise par l'opinion publique. Une récente affaire concernant le meurtre précédé du viol d'une jeune fille commis par un individu condamné pour un précédent viol à dix ans de réclusion criminelle et qui avait bénéficié d'une libération conditionnelle à mi-peine a ainsi suscité la colère de nombreuses personnes (dont la première victime), ne comprenant pas que l'individu condamné à dix ans de réclusion criminelle ait été libéré au bout de cinq ans de détention, v. *Arrestation du meurtrier d'une jeune joggeuse*, Le Monde du 9 septembre 2010, p. 11 ...

⁴ En 2002, seules 4763 libérations conditionnelles ont été prononcées (ce qui représentait 8,7% des sorties de prison) contre 4805 en 2004 (7,9%) et seulement 3409 en 2006 (5,5%), B. LAVIELLE, M. JANAS, X. LAMEYRE, *Le guide des peines*, Dalloz, 4^e éd., 2008, n° 626.01, p. 799. Pour un constat similaire, v. J. BERARD et G. CHANTRAINE, *80 000 détenus en 2017 ? Réforme et dérive de l'institution pénitentiaire*, éd. Amsterdam, 2008, p.170.

⁵ Sur cette question v. M. VACHERET, *Le système pénitentiaire canadien*, in *Les systèmes pénitentiaires dans le monde* (ouvrage collectif sous la direction de J.-P. CERE et C. E. A. JAPIASSU), Dalloz, 2007, p. 113 et 114.

sanction comme l'exception. La plupart des délinquants¹ peuvent donc demander une libération conditionnelle après avoir purgé le tiers de leur peine ou sept ans². Dans le cas où ils n'auraient pu bénéficier d'une libération conditionnelle, une autre procédure, la libération d'office, permet en outre de mettre fin à la peine de manière anticipée, après avoir purgé les deux tiers de leur peine³. La fin anticipée de la peine est donc, on le voit, la règle en matière pénale au Canada et cette pratique semble porter ses fruits⁴. Si le droit français n'est peut-être pas encore prêt à adopter une politique similaire⁵, il n'en reste pas moins que la libération conditionnelle apparaît comme une mesure pertinente⁶ qui illustre assez bien le rôle spécifique de l'aptitude à la sanction à la fin de la peine. Après avoir été un indicateur approprié permettant d'éviter ou de limiter le recours à une sanction pénale au cours du jugement, l'inaptitude à la sanction révélée par le reclassement de l'individu permet ainsi de mettre fin ou plus précisément d'aménager le régime de la peine qui touche à sa fin et de préparer la sortie du condamné.

570 - Si l'incapacité pénitentiaire permet donc d'exclure ou de limiter le recours à une sanction pénale, elle n'équivaut cependant pas à une impunité totale. On a ainsi pu observer

¹ Les délinquants condamnés à l'emprisonnement à perpétuité pour meurtre au premier degré ne peuvent prétendre à la libération conditionnelle qu'après avoir purgé vingt-cinq ans d'emprisonnement tandis que les délinquants condamnés à l'emprisonnement à perpétuité pour meurtre au deuxième degré doivent avoir purgé une partie de leur peine (entre dix et vingt-cinq ans selon la décision de la juridiction de jugement) avant d'être admissibles à la libération conditionnelle.

² Une des différences importantes avec le droit français réside dans le fait que la Commission nationale des libérations conditionnelles compétente pour accorder la libération conditionnelle est un tribunal administratif indépendant tandis qu'en France il s'agit aujourd'hui du juge de l'application des peines ou du tribunal de l'application des peines selon le quantum de la peine.

³ Ce principe connaît tout de même quelques exceptions : il n'est tout d'abord pas applicable aux peines privatives de liberté à perpétuité et d'autre part, le Service correctionnel du Canada peut recommander qu'un délinquant ne bénéficie pas de la libération d'office s'il estime que ce délinquant est susceptible de commettre, avant l'expiration de sa peine, une des infractions spécifiquement prévus (à savoir, une infraction causant la mort ou un dommage grave à une autre personne, une infraction sexuelle à l'égard d'un enfant ou une infraction grave en matière de drogue). Dans ce cas, la Commission nationale des libérations conditionnelles peut décider de maintenir le délinquant en incarcération jusqu'à la fin de sa peine ou d'ajouter des conditions particulières au plan de libération d'office.

⁴ Selon les données du Rapport ministériel sur le rendement (RMR) pour 2007-2008, 95 % des libérations conditionnelles n'ont pas donné lieu à une récidive. Mieux, dans 99 % des libérations conditionnelles, il n'y a eu aucune nouvelle infraction avec violence.

⁵ Une commission, la commission FARGE avait pourtant proposé dans un rapport remis en février 2000 de faire de la libération conditionnelle le « mode d'exécution normal » de la fin de la peine privative de liberté. Malheureusement, cette proposition n'a pas été retenue par le législateur.

⁶ V. ainsi l'opinion de V. LAFLAQUIERE, *Le pari sur l'humain*, *AJ Pénal* 2005, p. 358 et s.

que la plupart des incapacités consacrées par le Code pénal ne visent qu'un type de peine et n'empêchent pas, par conséquent, le prononcé d'autres peines. A ce titre il est essentiel de noter que l'incapacité pénitentiaire ne paralyse que le prononcé des peines proprement dites. D'autres types de mesures sont donc possibles malgré l'incapacité pénitentiaire de l'auteur d'une infraction. Ainsi en est-il des mesures de sûreté, consacrant ainsi l'indifférence de l'incapacité pénitentiaire sur ce type de mesures.

Sous-section 2 :

L'indifférence de l'incapacité pénitentiaire sur les mesures de sûreté

571 - L'aptitude pénitentiaire semble n'avoir, a priori, aucun rôle à jouer à l'égard des mesures de sûreté comme le prouve l'article 132-58 du Code pénal qui prévoit que la dispense ou l'ajournement de peine ne fait pas obstacle à la confiscation des objets dangereux ou nuisibles¹. De la même manière, l'incapacité pénitentiaire du mineur de moins de treize ans n'empêche pas les juridictions pour mineurs de prononcer une ou plusieurs mesures éducatives. La genèse du concept de capacité pénale, entendu comme l'aptitude à la sanction, conforte d'ailleurs cette analyse².

572 - Lorsque SALEILLES utilise pour la première fois l'expression « *capacité pénale* » pour désigner l'aptitude psychologique à la peine, il oppose ainsi les criminels « *ordinaires* » qui peuvent encore être corrigés par la peine aux criminels « *incorrigibles* » ou aux « *aliénés* » pour lesquels la peine n'a pas d'utilité car ils ne peuvent en comprendre le sens. Si l'incapacité pénitentiaire de ces derniers empêche que soient prononcées des peines, elle ne s'oppose pas à ce que soient décidées des mesures administratives afin de garantir la sécurité. Dès sa naissance, le concept d'aptitude à la sanction ne s'applique donc qu'aux peines, *stricto sensu*. Cette absence d'influence de la capacité pénitentiaire sur les mesures de sûreté s'explique par leur fonction. Contrairement aux peines qui visent à sanctionner et à favoriser la réinsertion du coupable, les mesures de sûreté sont destinées à protéger la société. Ce caractère réel³ ou objectif⁴ des mesures de sûreté justifie donc que la capacité pénitentiaire dont l'aspect subjectif est essentiel n'ait pas véritablement de rôle à jouer dans le prononcé ou l'exécution des mesures de sûreté. Si cette différence de régime entre les peines et les mesures de sûreté ne suscitait pas de critique dès lors que ces dernières n'occupaient qu'une place

¹ Art. 132-58, al. 1^{er} du Code pénal : « En matière correctionnelle ou, sauf dans les cas prévus aux articles 132-63 à 132-65, en matière contraventionnelle, la juridiction peut, après avoir déclaré le prévenu coupable et statué, s'il y a lieu, sur la confiscation des objets dangereux ou nuisibles, soit dispenser le prévenu de toute autre peine, soit ajourner le prononcé de celle-ci dans les cas et conditions prévus aux articles ci-après ».

² Sur la genèse de ce concept, v. *supra* n° 379 et s.

³ Qui s'opposerait au caractère personnel des peines.

⁴ Qui s'opposerait au caractère subjectif des peines.

marginale¹ au sein du droit pénal moderne², leur multiplication récente conduit à s'interroger sur la portée de cette absence totale de prise en considération de la capacité pénitentiaire. En effet, le développement de mesures de sûreté destinées à remplacer la peine ou plus généralement à la compléter, démontre le recul de la peine au profit de mesures réelles fondées, non sur la responsabilité mais sur la dangerosité de celui auquel elles s'appliquent.

573 - Il nous faudra donc évoquer l'objectivation croissante du droit pénal qu'entraîne la multiplication des mesures de sûreté indépendantes de la responsabilité pénale (§ 1) avant de voir que ce mouvement traduit un certain déclin du concept de responsabilité pénale au profit de la notion critiquable de dangerosité (§ 2).

§ 1 – La multiplication de mesures de sûreté post-sententielles fondées sur la dangerosité

574 - De nouvelles mesures de sûreté ont été adoptées ces dernières années afin de contrôler l'activité de l'auteur d'une infraction, notamment après l'exécution de sa peine. S'il ne s'agit pas de critiquer ici le bien-fondé de ces réformes, on peut tout de même s'interroger sur les changements qu'elles induisent en matière pénale. Le développement de telles mesures symbolise assez bien la mutation du droit pénal actuel. Si ce dernier reste toujours fondé sur la

¹ Un auteur allant même jusqu'à les qualifier de mesures « clandestine(s) » du droit pénal : A. VARINARD, renvoyant à J. PRADEL, dans son introduction à la première partie de l'ouvrage collectif reprenant les travaux du colloque consacré à la sanction qui s'est tenu à Lyon le 27 novembre 2003, sous le titre *La sanction, Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3*, L'Harmattan, 2007, p. 33.

² Selon B. BOULOC, avant 2005, seules les mesures de rééducation applicables aux mineurs prévues par l'ordonnance du 2 février 1945, les mesures applicables à l'égard des alcooliques dangereux (loi du 15 avril 1954) ou des usagers de stupéfiants (lois du 24 déc. 1953 et 31 déc. 1970) apparaissaient comme de véritables mesures de sûreté, B. BOULOC, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, 4^e éd., 2011, n° 63. Il est vrai, et l'auteur précité le concède d'ailleurs, que le droit pénal dispose de mesures assez proches des mesures de sûreté bien qu'elles ne soient pas présentées comme telles. On peut ainsi citer les peines complémentaires telles que la confiscation des choses dangereuses et illicites (art. 131-21, al. 7 du Code pénal), la fermeture d'établissement (art. 706-33 du Code de procédure pénale en matière d'infractions à la législation sur les stupéfiants ou art. 225-22 du Code pénal en matière de proxénétisme), mais également les obligations auxquelles peuvent être soumis les individus bénéficiant d'un sursis avec mise à l'épreuve ou d'un aménagement de peine (ainsi de l'interdiction de se livrer à l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, l'interdiction d'engager des paris ou de fréquenter les débits de boissons, etc.) voire les mesures administratives telles que l'hospitalisation d'office des individus pouvant compromettre l'ordre public ou la sûreté des personnes, rebaptisée par la loi du 5 juillet 2011 « admission en soins psychiatriques » (art. L. 3213-1 du Code de la santé publique).

faute et sur la responsabilité subjective de l'auteur d'une infraction, les réformes récentes illustrent l'extension de ce qu'un auteur a pu qualifier de « *contrôle social post-sententiel* »¹ (A), dans le sens où ces mesures au régime dérogatoire se fondent non sur la responsabilité pénale de l'auteur ou sur sa capacité pénitentiaire, mais sur la notion critiquable de dangerosité (B).

A- L'extension d'un « *contrôle social post-sententiel* » visant à lutter contre la récidive

575 - Malgré l'engouement actuel du législateur pour les mesures de sûreté, ce type de réponse pénale n'est pas nouveau. En effet, le problème de l'unification ou au contraire de la complémentarité des peines et des mesures de sûreté a été un des grands problèmes du droit pénal du début du siècle. Ce n'est qu'à partir de la Seconde guerre mondiale, du fait notamment de l'influence de la Défense sociale nouvelle², que la distinction entre les peines et les mesures de sûreté s'est estompée. En effet, en devenant un outil au service de la resocialisation du délinquant, la notion moderne de peine telle qu'elle est consacrée par le Code pénal en 1994 a, semble-t-il, éclipsé la mesure de sûreté qui apparaissait comme une mesure d'exception destinée à remplacer ou à compléter la peine lorsque celle-ci n'était pas suffisante pour prévenir une atteinte éventuelle à l'ordre social. Le choix des rédacteurs du Code pénal de ne pas intégrer au sein de ce code la distinction entre la peine et la mesure de sûreté est d'ailleurs le signe d'une volonté affichée de faire de la peine la seule mesure apte à sanctionner la responsabilité pénale d'un individu ayant commis une infraction³.

¹ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz Action, 3^e éd., 2007, p. 517.

² Ce courant doctrinal préconisait en effet d'abandonner la distinction entre peines et les mesures de sûreté au profit d'une notion unique, la mesure de défense sociale.

³ Comme l'écrivait R. BADINTER en présentant le projet de Code pénal : « *Aux fins de simplification, toutes les sanctions relèvent désormais d'une seule catégorie, celle des peines. En effet, coexistent dans notre droit, à côté des peines « principales », des interdictions diverses [...] qualifiées de "mesures de sûreté" et soumises à un régime juridique particulier* », et de poursuivre : « *Désormais, toutes les sanctions pénales seront, sans distinction, des peines. Elles sont d'ailleurs ressenties comme telles par le condamné* », *Projet de nouveau Code pénal*, Dalloz, 1988, p. 18

576 - On assiste pourtant depuis quelques années à une multiplication sans précédent des mesures de sûreté (1) qui visent non à remplacer la peine mais à la compléter, ce type de mesures apparaissant aux yeux du législateur comme la réponse la plus adaptées à la lutte contre la récidive (2).

1- La multiplication récente de mesures de sûreté destinées à compléter la peine

577 - Arguant de l'insuffisance des hypothèses qui permettaient de soumettre un individu à certaines obligations après l'exécution d'une peine privative de liberté¹, la loi du 12 décembre 2005 a intégré dans notre droit deux nouvelles mesures : la surveillance judiciaire² qui permet d'astreindre un condamné sortant de prison à certaines obligations pendant le temps des réductions de peine³ dont il a pu bénéficier et le placement sous surveillance électronique mobile⁴ qui permet à tout moment de localiser l'individu qui porte un émetteur. Si ces

¹ Certaines des mesures de contrôle décidées dans le cadre d'une libération conditionnelle peuvent ainsi accompagner l'élargissement du condamné. Si en règle générale, la durée de ces mesures est calquée sur la durée de la libération conditionnelle, il arrive que le juge de l'application des peines ou le tribunal de l'application des peines considèrent que la situation de l'individu nécessite de prolonger ces mesures. Cette prolongation ne peut, dans le cas d'une peine temporaire, dépasser un an, la durée totale des mesures de contrôle et d'assistance ne pouvant excéder dix ans (art. 732, al. 2 du Code de procédure pénale). S'il s'agit d'une peine perpétuelle, c'est au tribunal de l'application des peines de déterminer la durée des mesures d'assistance et de contrôle qui ne peut être inférieure à cinq ans, ni supérieure à dix ans (art. 732, al. 3 du Code de procédure pénale). Enfin, si la peine perpétuelle était assortie d'une période de sûreté, le dernier alinéa de l'article 720-4 du Code de procédure pénale permet de ne pas limiter les mesures de contrôle et d'assistance qui peuvent accompagner la libération conditionnelle, consacrant ainsi la possibilité de mesures de contrôle perpétuelles (art. 720-4, al. 5 du Code de procédure pénale). Si une prolongation de ces mesures paraît envisageable lorsque l'individu nécessite d'être accompagné dans son retour dans le monde libre, l'admission de mesures pouvant être perpétuelles peut sembler contraire à la philosophie qui sous-tend la libération conditionnelle, à savoir un « suivi judiciaire » destiné à favoriser le retour progressif à la liberté. Notons que le suivi socio-judiciaire, véritable peine dont l'exécution peut être différée après la peine privative de liberté qu'elle accompagne, permet également de prononcer des mesures de contrôle durant son exécution.

² Art. 723-29 et s. du Code de procédure pénale. Sur cette mesure, E. GARÇON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, Litec, 2010, n° 1402 et s.

³ Notons qu'en calquant la durée de la surveillance judiciaire sur celle du crédit de réduction de peine et des réductions de peines supplémentaires, la loi consacre une situation pour le moins illogique. En effet, depuis la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, les délinquants récidivistes bénéficient de moins de réductions de peine que les délinquants primaires (art. 721, al. 2 du Code de procédure pénale). Une personne condamnée à une peine de trois ans d'emprisonnement peut ainsi prétendre à quatre mois de crédit de réduction de peine lorsqu'elle est en état de récidive légale contre sept mois en l'absence de récidive (exemples donnés par E. GARÇON et V. PELTIER, *op. cit.*, n° 1075 et 1079). La durée de la surveillance judiciaire est par conséquent moins importante pour les délinquants récidivistes que pour les délinquants non-récidivistes, alors même que le passé pénal des premiers justifierait une surveillance accrue.

⁴ Art. 131-36-9 du Code pénal.

mesures ne sont pas « révolutionnaires »¹, le fait que le législateur lui-même les qualifie expressément de « mesure de sûreté » est intéressant². Un an plus tôt, la loi Perben II du 9 mars 2004 créait une première mesure originale, l'inscription au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles³, sans toutefois la désigner expressément comme une mesure de sûreté. Seules les obligations qui découlent de l'inscription à ce fichier, telles que justifier de son adresse une fois par an⁴ ou déclarer ses changements d'adresse dans un délai de quinze jours au plus tard après un changement d'adresse⁵, étaient qualifiées par l'article 706-53-5 du Code de procédure pénale, de « mesures de sûreté ». Si le terme de « mesure de sûreté » était donc déjà présent dans la loi du 9 mars 2004, c'est néanmoins avec la loi du 12 décembre 2005 que le législateur va réellement donner à ce type de mesures une place nouvelle en matière pénale. Cette loi crée au côté des mesures évoquées plus haut, une institution nouvelle, la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté⁶ chargée de rendre un avis préalable au prononcé d'un placement sous surveillance électronique mobile⁷.

578 - La loi n° 2008-174 du 25 février 2008⁸ relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental complète le dispositif mis

¹ Le droit pénal admettait en effet le placement sous surveillance électronique « fixe » en tant qu'aménagement de peine depuis la loi du 19 décembre 1997 tandis que la surveillance judiciaire rappelle le fonctionnement du suivi socio-judiciaire créé en 1998.

² V. pour la surveillance judiciaire, l'article 723-29 du Code de procédure pénale qui dispose : « Le tribunal de l'application des peines peut, sur réquisitions du procureur de la République, ordonner à titre de mesure de sûreté et aux seules fins de prévenir une récidive dont le risque paraît avéré, qu'elle sera placée sous surveillance judiciaire dès sa libération ».

³ Devenu un an plus tard le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes du fait de l'élargissement par la loi du 12 décembre 2005 de son domaine (art. 706-47, al. 2 du Code de procédure pénale).

⁴ Art. 706-53-5, al. 2, 1° du Code de procédure pénale.

⁵ Art. 706-53-5, al. 2, 2° du Code de procédure pénale.

⁶ L'arrêté du Ministre de la Justice du 23 août 2007 a créé huit commissions pluridisciplinaires des mesures de sûreté à Bordeaux, Lille, Lyon, Marseille, Nancy, Paris, Rennes et Fort de France, avec les mêmes compétences territoriales que les juridictions interrégionales spécialisées. Sur la composition de cette commission v. l'art. R. 61-8 du Code de procédure pénale. Pour une critique de cette commission, notamment sur l'absence de criminologues cliniciens, v. M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz Action, 3^e éd., 2007, n° 162.31 *in fine*, p. 553

⁷ Art. 763-10, al. 2 du Code de procédure pénale. Les lois postérieures élargiront les attributions de cette commission désormais compétentes en matière de surveillance de sûreté et de rétention de sûreté mais également de libération conditionnelle des condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité.

⁸ Cette loi a été précédé de nombreux rapports tous explicitement consacré à la dangerosité : v. ainsi le rapport V. LAMANDA, *Amoinrir les risques de récidive criminelle des condamnés dangereux* (mai 2008), rapport J.-F.

en place en 2005 en créant deux nouvelles mesures de sûreté¹, la surveillance de sûreté qui consiste en un ensemble de mesures de contrôle et d'obligations qui s'applique à la libération du condamné et la rétention de sûreté, mesure exceptionnelle de placement dans un centre « socio-médico-judiciaire (*sic*) de sûreté »² permettant une prise en charge médicale, sociale et psychologique afin d'éviter une récidive considérée comme très probable³. Ces deux mesures se justifient, une fois encore, par la dangerosité de l'individu, l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale prévoyant la possibilité de placer une personne en rétention de sûreté lorsqu'elle présente à l'issue de sa peine « une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive » liée à un trouble grave de la personnalité. Cette référence à la probabilité élevée de récidive illustre bien la mission assignée à toutes ces mesures nouvelles, prévenir la récidive.

2- Une réponse destinée à prévenir la récidive

579 - C'est en effet la lutte contre la récidive, préoccupation majeure du législateur actuel, qui explique le « *retour en force* »⁴ des mesures de sûreté. Face au sentiment croissant d'insécurité ainsi qu'à la médiatisation de certaines affaires impliquant un individu récidiviste, voire multirécidiviste, les mesures de sûreté sont apparues comme l'outil privilégié permettant de remplir cet objectif. Cela s'explique par la très grande proximité existant entre les objectifs poursuivis par le législateur actuel et la fonction traditionnellement reconnue aux mesures de sûreté qui se définissent, rappelons-le, comme des « *mesures individuelles coercitives, sans coloration morale, imposées à des individus dangereux pour l'ordre social afin de prévenir les infractions que leur état rend probables* »⁵. On comprend mieux alors la volonté du législateur de qualifier ces mesures de mesures de sûreté, ainsi que les multiples références à la nécessité de prévenir la récidive. Chacune de ces mesures est en

BURGELIN, *Santé, justice et dangerosité : pour une meilleure prévention de la récidive* (2005), rapport J.-P. GARRAUD, *Réponses à la dangerosité (sic)*, (2006), etc.

¹ Sur ces deux mesures, E. GARÇON et V. PELTIER, *op. cit.*, n° 1505 et s.

² Article 706-53-13, dernier aliéna du Code de procédure pénale.

³ L'art. 706-53-13 du Code de procédure pénale évoque à cet égard une « probabilité très élevée de récidive ».

⁴ Selon la formule d'Y. MAYAUD, *La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008*, D. 2008, p. 1359.

⁵ B. BOULOC, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, 4^e éd., 2011, n° 62.

effet justifiée par cet objectif, qu'il s'agisse de l'inscription sur le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes¹, de la surveillance judiciaire², du placement sous surveillance électronique mobile³, de la rétention⁴ ou de la surveillance de sûreté⁵.

580 - Pourtant, aussi classiques soient-elles, ces mesures de sûreté présentent tout de même une spécificité certaine. Il ne s'agit en effet ni de prononcer une mesure indépendamment d'une infraction⁶, ni de remplacer la peine sanctionnant une infraction par une mesure de sûreté qui serait plus adaptée. Ces mesures de sûreté « *new look* » visent en effet à compléter la peine, une fois celle-ci exécutée. A ce titre, un auteur⁷ qualifie ces mesures de « *post delictum* » afin de souligner leur « *adossement à l'infraction* »⁸. Si l'on partage cette analyse qui fait de la mesure de sûreté une réponse particulière à l'infraction⁹, il nous semble que la spécificité de ces mesures réside non dans leur lien avec l'infraction mais dans leur lien avec

¹ L'article 706-53-1 du Code de procédure pénale précise ainsi que cette mesure vise à « prévenir le renouvellement des infractions mentionnées à l'article 706-47 et de faciliter l'identification de leurs auteurs ».

² L'article 723-29 du Code de procédure pénale relatif à la surveillance judiciaire évoque une mesure « aux seules fins de prévenir une récidive dont le risque paraît avéré ».

³ Le placement sous surveillance électronique mobile ne se justifie selon l'article 131-36-10 du Code pénal que « lorsque cette mesure apparaît indispensable pour prévenir la récidive à compter du jour où la privation de liberté prend fin ».

⁴ V. ainsi l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale qui évoque une « probabilité très élevée de récidive » et l'alinéa 3, 2° de l'article 706-53-14 qui n'admet la rétention de sûreté que lorsqu'elle apparaît comme « l'unique moyen de prévenir la commission, dont la probabilité est très élevée, de [certaines] infractions ».

⁵ L'article 706-53-19 du Code de procédure pénale prévoit la possibilité pour la juridiction régionale de la rétention de sûreté de décider une surveillance de sûreté « si la personne présente des risques de commettre les infractions mentionnées l'article 706-53-13 ».

⁶ Les mesures de sûreté *ante delictum*, c'est-à-dire prononcées avant même un comportement délictueux afin d'éviter commission d'une infraction pénale bien que préconisées par certains courants (le positivisme italien notamment) n'ont jamais réellement été consacrées par le droit positif français, même s'il existe certaines hypothèses de mesures pouvant être prononcées indépendamment de la commission d'une infraction : ainsi de l'internement administratif des personnes dangereuses, du traitement des personnes alcooliques ou toxicomanes, des mesures pouvant être prononcées à l'égard des mineurs en danger moral (ordonnance du 23 décembre 1958 sur la protection de l'enfance en danger), etc. Le législateur décide parfois également d'ériger certains comportements dangereux pouvant laisser présager de la commission d'une infraction comme une infraction à part entière, comme la conduite en état d'ivresse par exemple.

⁷ Y. MAYAUD, *La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008*, D. 2008, p. 1360

⁸ *Idem*.

⁹ « [La mesure de sûreté] se veut une réponse au crime ou au délit au même titre que la peine. C'est dire que l'infraction tient lieu de référence première, tant pour justifier le prononcé d'une peine au sens classique du terme que pour légitimer une réaction plus préventive, sous forme de précautions de sécurité, de mesures de sûreté », et l'auteur de conclure, « telle est la caractéristique essentielle de ces mesures, qui sont aujourd'hui une réponse explicite à l'infraction », Y. MAYAUD, *op. cit.*, loc. cit.

la peine. Plus que des mesures « *post delictum* », elles se présentent davantage comme des mesures « *post poenam* ». Toutes ces mesures sont en effet destinées à pallier les insuffisances de la peine qui n'a pas su faire disparaître la dangerosité des condamnés, justifiant, à l'issue de l'exécution de la peine, le prononcé d'une mesure supplémentaire destinée à prévenir la récidive¹. Il faut pourtant admettre, comme l'écrit très justement un auteur, que « *si l'on en arrive à prolonger indéfiniment des peines qui ont été purgées, c'est que l'on n'a pas su, en amont, réfléchir à une meilleur adéquation de la peine et de son exécution* »². En effet, cette multiplication des mesures post-sentencielles traduit, selon nous, l'inefficacité, réelle et supposée, de la peine classique jugée inapte à prévenir la commission de nouvelles infractions après la peine. Si le début du XX^e siècle a en effet été marqué par la question du recours possible à des mesures de sûreté *ante delictum* et par la difficile intégration des mesures de sûreté au sein d'un système pénal classique fondé sur la responsabilité morale, on doit reconnaître que le début du XXI^e siècle se caractérise, quant à lui, par un « *renouveau des mesures de sûreté* »³ et par leur ancrage dans le domaine post-sentenciel.

581 - Cet engouement pour les mesures de sûreté destinées à compléter la peine suscite tout de même quelques inquiétudes⁴ dans la mesure où il témoigne d'un véritable changement de paradigme. En effet, si M. FOUCAULT a très bien démontré dans *Surveiller et punir*⁵, l'avènement, à partir du XVIII^e siècle, des sociétés disciplinaires qui utilisent l'enfermement comme outil privilégié de discipline sociale, il semble toutefois que ce schéma soit aujourd'hui dépassé. Selon G. DELEUZE qui s'appuie d'ailleurs sur les travaux de FOUCAULT, les sociétés modernes s'éloignent peu à peu du modèle disciplinaire mis en

¹ La rédaction de l'article 131-36-10 du Code pénal relatif au placement sous surveillance électronique mobile est d'ailleurs assez claire : « cette mesure apparaît indispensable pour prévenir la récidive à compter du jour où la privation de liberté prend fin ».

² M. HERZOG-EVANS, *La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des « principes cardinaux » de notre droit*, *AJ Pénal* 2008, p. 164.

³ Selon la formule utilisée par H. MATSOPOULOU, *Le renouveau des mesures de sûreté*, *D.* 2007, p. 1607.

⁴ V. ainsi l'éditorial de J.-H. ROBERT titré *La victoire de Lombroso et de Ferri*, *Dr. Pén.* 2008, n° 2, Repère n° 2, p. 1 et s., spéc. p. 2 lorsqu'il écrit que « [l'insertion des mesures de sûreté] dans nos institutions se fait au préjudice des fondements humanistes que l'on prêtait encore sans en être tout à fait sûr, à la répression pénale. Avec ce texte, la délinquance se fonde dans la déviance et la mission des tribunaux répressifs n'est plus qu'une parcelle de la vaste fonction d'arbitrage en quoi consiste aujourd'hui le rôle de l'État. »

⁵ Sous-titré « *Naissance de la prison* », cet ouvrage majeur de M. FOUCAULT paru en 1975 a profondément marqué la façon de penser la prison et la peine privative de liberté.

évidence par FOUCAULT dans les années 1970, pour s'orienter vers un nouveau modèle, qualifié de société de « *contrôle* »¹. Pour G. DELEUZE, ces sociétés de contrôle seraient aujourd'hui en train de remplacer les sociétés disciplinaires², ce que le philosophe résume par une métaphore intéressante, celle de la taupe et du serpent³. S'il est encore trop tôt pour savoir si la société de contrôle identifiée par DELEUZE a définitivement remplacé la société disciplinaire, il n'en reste pas moins que les lois récentes tendant à accroître les mesures applicables après la peine semblent conforter cette thèse⁴. Le suivi socio-judiciaire, la surveillance judiciaire, la surveillance de sûreté ainsi que le développement du placement sous surveillance électronique, qu'il soit fixe ou mobile, permettent en effet de contrôler et de surveiller un individu⁵, et ce même une fois sa peine achevée. Cette tentation d'étendre le contrôle social exercé sur le délinquant cache en réalité l'ombre d'une « (ancienne) nouvelle figure »⁶, la dangerosité, véritable fondement de ces mesures de sûreté.

B- La consécration regrettable de la dangerosité du délinquant comme fondement de ces mesures

582 - La loi du 25 février 2008 prévoit que la surveillance ou la rétention de sûreté ne seront possibles qu'après un examen réalisé par une commission pluridisciplinaire afin d'évaluer la

¹ Si DELEUZE confie avoir emprunté le terme de « *contrôle* » à l'écrivain américain William S. BURROUGHS, c'est bien au philosophe français que l'on doit d'avoir expressément identifié le passage d'une société disciplinaire à une société de contrôle.

² Comme il l'écrit très bien dans un livre d'entretien paru en 1990 : « *Nous entrons dans des sociétés de "contrôle", qui ne sont plus exactement disciplinaires [...] [ces sociétés de contrôle] fonctionnent non plus par enfermement, mais par contrôle continu et communication instantanée* », G. DELEUZE, *Pourparlers (1972-1990)*, Les éditions de minuit, p. 236.

³ « *La vieille taupe monétaire est l'animal des milieux d'enfermement, mais le serpent est celui des sociétés de contrôle. Nous sommes passés d'un animal à l'autre, de la taupe au serpent, dans le régime où nous vivons, mais aussi dans notre manière de vivre et nos rapports avec autrui* », G. DELEUZE, *Post-scriptum sur les sociétés de contrôle*, in *Pourparlers (1972-1990)*, Les éditions de minuit, p. 244. Cette métaphore animale est d'ailleurs reprise par P. PONCELA dans son article *Finir sa peine : libre ou suivi ?*, RSC 2007, p. 883 et s., spéc. p. 894.

⁴ V. ainsi l'article de V. GAUTRON, *De la société de surveillance à la rétention de sûreté*, AJ Pénal 2009, p. 53 et s.

⁵ Voire de le géo-localiser à tout moment grâce au bracelet électronique mobile.

⁶ Pour reprendre le titre d'un article de M. DAVID, *Le psychiatre. Une (ancienne) nouvelle figure du traitement de la dangerosité*, in P. MBANZOULOU, H. BAZEX, O. RAZAC, J. ALVAREZ (dir.), *Les nouvelles figures de la dangerosité*, L'Harmattan, 2009, p. 357 et s.

dangerosité des individus susceptibles de bénéficier de ces mesures¹. Une rétention de sûreté provisoire peut d'ailleurs être décidée lorsqu'un individu placé sous surveillance de sûreté ne respecte pas les obligations afférant à cette mesure, dès lors que cette méconnaissance fait apparaître « une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de commettre à nouveau l'une des infractions mentionnées à l'article 706-53-13 ». La dangerosité² apparaît donc comme le concept central de la loi du 25 février 2008 et plus largement la politique criminelle de ces dernières années³. Sous couvert de prévenir ou de lutter contre la récidive⁴, les lois récentes ont remis au goût du jour cette notion séculaire⁵ de dangerosité. Cette consécration légale de la dangerosité doit pourtant être condamnée tant cette notion paraît imprécise (1) et complexe à évaluer de manière satisfaisante (2).

¹ L'alinéa 2 de l'article 706-53-14 du Code de procédure pénale prévoit le placement éventuel de ces individus dans un service spécialisé afin de procéder à une évaluation pluridisciplinaire de leur dangerosité ainsi qu'à une expertise médicale. Si au terme de cette période d'observation, la commission conclut à la particulière dangerosité du condamné, elle peut proposer, par un avis motivé, une rétention de sûreté dans le cas où les obligations résultant d'autres mesures de sûreté (qu'il s'agisse de l'inscription dans le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes, de l'injonction de soins ou du placement sous surveillance électronique mobile) apparaîtraient insuffisantes pour prévenir la commission des crimes mentionnés à l'article 706-53-13, à la condition que la rétention constitue « l'unique moyen de prévenir la commission, dont la probabilité est très élevée, de ces infractions ». Dans le cas où l'une de ces conditions ne serait pas remplie, la rétention de sûreté ne peut être décidée, mais si la commission estime que le condamné « paraît néanmoins dangereux » (*sic*) elle peut renvoyer le dossier au juge de l'application des peines qui appréciera l'éventualité d'un placement sous surveillance judiciaire.

² Sur cette notion, et plus précisément sur l'idée d'un retour du concept de dangerosité dans le droit pénal actuel, v. notamment J. DANET, *La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante*, *Champ pénal / Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie*, Vol. V, 2008, [en ligne]: <http://champpenal.revues.org/6013> ; P. MBANZOULOU, H. BAZEX, O. RAZAC, J. ALVAREZ (dir.), *op. cit.* ; J.-L. SENON, *Dangerosités psychiatriques et criminologiques*, in *Un droit pénal postmoderne ?* par M. MASSE, J.-P. JEAN & A. GIUDICELLI (dir.), PUF, 2009, p. 173 et s. ; G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, Etude de droit comparé, Les voies du droit, PUF, 2010. Plusieurs colloques ou séminaires ont également été consacrés à cette question, citons notamment le séminaire sur les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIX^e au XX^e siècle qui s'est tenu au Collège de France le 8 juin 2009 ou le colloque de l'Ecole Nationale d'Administration pénitentiaire en 2008 relatif aux nouvelles approches de la dangerosité pénitentiaire des détenus, dont les travaux ont été publiés chez L'Harmattan en 2009 sous le titre : *Les nouvelles approches de la dangerosité pénitentiaire des détenus*.

³ V. Ch. LAZERGES, *La tentation du bilan 2002-2009, une politique criminelle du risque au gré des vents*, RSC 2009 p. 689. L'auteur y relève le nombre important de rapports consacrés à la dangerosité ayant inspiré les lois pénales de ces dernières années : v. ainsi le rapport J.-F. BURGELIN, *Santé, justice et dangerosité : pour une meilleure prévention de la récidive* (2005), le rapport J.-P. GARRAUD, *Réponses à la dangerosité* (2006) ou le rapport V. LAMANDA, *Amoindrir les risques de récidive criminelle des condamnés dangereux* (2008).

⁴ V. les intitulés des lois du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs et du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale.

⁵ J. DANET, *op. cit.*

1- L'insuffisante précision de la notion de dangerosité

583 - La dangerosité n'est pas une notion juridique, mais criminologique apparue à la fin du XIX^e siècle¹ alors que le droit pénal connaît une crise majeure conduisant à une remise en cause de ses fondements. La notion de dangerosité se présente alors comme une alternative possible à la conception classique de la responsabilité morale fondée sur la culpabilité et c'est donc assez naturellement que les positivistes italiens et leurs partisans s'approprièrent ce concept pour proposer des solutions nouvelles au problème criminel. Qu'on la qualifie de nocuité, de témibilité, de périculosité, d'état dangereux ou bien de dangerosité, elle se présente historiquement comme une notion centrale des doctrines positivistes² qui chercheront à la substituer à la responsabilité telle que le concevait le droit pénal classique. C'est d'ailleurs probablement le lien très fort unissant le positivisme et le concept de dangerosité qui explique le relatif désintéret qu'a connu ce dernier, une fois les théories positivistes dépassées. Pourtant, si le concept de dangerosité n'a pas « survécu » en matière pénale au déclin du positivisme italien³, il est devenu un concept fondateur de la criminologie moderne⁴. En effet, de nombreux criminologues se sont intéressés à la dangerosité conduisant à en façonner les contours. Elle désignerait alors « *la tendance ou la grande probabilité à violer la loi pénale* » ou bien « *la propension à commettre des actes d'une certaine gravité,*

¹ Pour une analyse du contexte historique à l'origine de la naissance du concept de dangerosité, v. J. DANET, *op. cit.*, n° 5 et s.

² En faisant en effet de « *la perversité constante et agissante du délinquant et [de] la quantité du mal prévu qu'on peut redouter de sa part* » un des critères de répression, GAROFALO fait de la dangerosité qu'il nomme *temibilità*, un des concepts centraux de sa pensée et peut à ce titre être considéré comme un des premiers théoriciens de la dangerosité : R. GAROFALO, *La criminologie, étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, Félix Alcan, 2^e éd., 1890, p. 332.

³ V. ainsi la position de Ph. CONTE sur l'absence en 2004 de référence à la dangerosité en droit pénal et son importance en criminologie : « *Tandis que la criminologie, qui arpente les mêmes territoires que le droit pénal, connaît bien la notion de dangerosité (elle en revendique même souvent la paternité), au risque de surprendre, le droit pénal l'ignore ou, en tout cas, semble n'y faire aucune référence* », *Dangerosité et droit pénal*, in *Les dangerosités. De la criminologie à la psychopathologie, entre justice et psychiatrie*, dir. Ch de BEAUREPAIRE, M. BENEZECH, et Ch KOTTLER, éd. J. LIBEY, 2004, p. 71.

⁴ V. ainsi l'opinion du célèbre criminologue suisse Ch. DEBUYST pour qui la criminologie se serait développée autour du concept de dangerosité, *Le concept de dangerosité et un de ses éléments constitutifs : la personnalité (criminelle), Déviance et société*, 1977, vol. 1, n° 4, p. 363. Responsable du développement de la criminologie moderne, le concept de dangerosité représente également une des questions les plus complexes et les plus embarrassantes de la criminologie, Ch. DEBUYST allant même jusqu'à la qualifier, non sans humour, de « *maladie infantile de la criminologie* », *La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie*, *Criminologie*, vol. 17, n° 2, 1984, p. 7 et s. [en ligne] : <http://www.erudit.org/revue/crimino/1984/v17/n2/017197ar.pdf>.

dommageable pour autrui ou pour soi, fondés sur l'usage de la violence »¹. Cette dangerosité criminologique n'est plus un critère permettant de fonder juridiquement l'intervention étatique, mais plutôt un concept opérationnel qui peut justifier une modulation de la répression, voire une sanction ou un régime répressif spécifique. En outre, actant le fait que certains passages à l'acte s'expliquent par l'existence chez l'auteur d'un trouble mental, une autre acception du concept de dangerosité a vu le jour, la dangerosité psychiatrique définie comme « *le risque de passage à l'acte principalement lié à un trouble mental* »². Si les rapports entre la dangerosité psychiatrique et son acception criminologique restent difficiles à identifier³, ils permettent de mettre en lumière le caractère pluridisciplinaire de l'appréciation de la dangerosité d'un individu⁴, caractère pourtant négligé par le législateur.

2- L'insuffisante pluridisciplinarité de l'évaluation de la dangerosité

584 - Si le législateur a créé en 2005 une commission pluridisciplinaire (*sic*) des mesures de sûreté et qu'il évoque expressément au sujet du placement en rétention de sûreté une « *évaluation pluridisciplinaire*⁵ de dangerosité assortie d'une expertise médicale réalisée par deux experts », cette pluridisciplinarité affichée reste en réalité très limitée. On constate ainsi que la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté amenée à rendre un avis sur un placement en rétention de sûreté⁶ ou bien sous surveillance électronique mobile à titre de

¹ P. MBANZOULOU, *La dangerosité des détenus. Un concept flou aux conséquences bien visibles : le PSEM et la rétention de sûreté*, AJ Pénal 2008, p. 171 *in fine*.

² P. MBANZOULOU, *op. cit.*, p. 172.

³ Cette confusion est visible lorsque P. MBANZOULOU écrit qu'« *à la dangerosité criminologique s'ajoute, voire s'amalgame, la "dangerosité psychiatrique"* », *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴ Il faut également signaler qu'une application spécifique de la dangerosité, « la dangerosité pénitentiaire », est récemment apparue pour désigner les risques qu'un détenu représente contre la sécurité des personnes et des établissements pénitentiaires (dangerosité pour les autres) mais également les risques qu'il court en détention (dangerosité pour soi). Sur la dangerosité pénitentiaire ou carcérale, v. P. MBANZOULOU, *Quelles approches pénitentiaires de la dangerosité des détenus ?* in P. MBANZOULOU, H. BAZEX, O. RAZAC, J. ALVAREZ (dir.), *Les nouvelles figures de la dangerosité*, L'Harmattan, 2009, p. 129 et s. ; v. également D. LHUILIER, N. AYMARD, *L'univers pénitentiaire. Du côté des surveillants de prison*, Desclée de Brouwer, 1997, p. 101. Notons que l'article 717-1, al. 2 du Code de procédure pénale donne à la dangerosité pénitentiaire un certain rôle à jouer en matière carcérale puisqu'elle fait de la dangerosité un des éléments pris en compte pour la répartition des détenus.

⁵ Nous soulignons.

⁶ Art. 706-53-14 du Code de procédure pénale.

mesure de sûreté¹ n'a de pluridisciplinaire que le nom. L'article R. 61-8 du Code de procédure pénale² qui établit la composition de cette commission prévoit que siègeront dans cette institution : un président de chambre à la Cour d'appel désigné pour une durée de cinq ans par le premier président de la Cour d'appel dans le ressort de laquelle siège la commission, un préfet de région de la zone de défense dans le ressort de laquelle siège la commission, un directeur interrégional des services pénitentiaires compétent dans le ressort de la Cour d'appel où siège la commission, un expert psychiatre, un expert psychologue titulaire d'un diplôme d'études supérieures spécialisées ou d'un mastère de psychologie, un représentant d'une association d'aide aux victimes et un avocat membre du conseil de l'ordre. S'il n'est bien sûr pas question de discuter la compétence des professionnels précités, on peut tout de même s'interroger sur la pertinence d'une telle composition et regretter l'absence de criminologues³ ou de travailleurs sociaux.

585 - L'absence de ces derniers est d'autant plus regrettable qu'un décret n° 2004-1364 du 13 décembre 2004 a introduit un article D. 49-24 dans le Code de procédure pénale qui permet au juge de l'application des peines de demander au service pénitentiaire d'insertion et de probation « de procéder à une synthèse socio-éducative du condamné avant sa libération, afin d'apprécier sa dangerosité et le risque de récidive ». Le choix de qualifier cette évaluation de la dangerosité de « synthèse socio-éducative » et de la confier au service pénitentiaire d'insertion et de probation nous semble assez pertinent et l'on peut donc regretter que les lois récentes n'aient par conséquent pas suivi cette voie. Il semble au contraire que le législateur privilégie une approche purement psychiatrique de la dangerosité. L'alinéa 3 de l'article 706-53-15 du Code de procédure pénale qui précise qu'une rétention de sûreté ne pourra être

¹ Art. 763-10, al. 2 du Code de procédure pénale.

² Tel qu'il résulte du décret n° 2007-1169 du 1^{er} août 2007.

³ V. notamment M. HERZOG-EVANS pour qui cette commission manque « *l'occasion, comme son appellation aurait pu le laisser penser, de compenser l'absence de formation criminologique clinique en France par l'association de compétences entrant dans celle-ci (par ex. sociologie, psychologie et psychiatrie, statistique, droit...)* », M. HERZOG-EVANS, *La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des « principes cardinaux » de notre droit*, AJ Pénal 2008, p. 169. V. également l'opinion d'un autre auteur : « *il est opportun de souligner l'absence remarquable de criminologues (cliniciens) dans les dispositifs d'évaluation et de prise en charge des condamnés en France. Interface entre le condamné et les différents acteurs de sa prise en charge, ce professionnel serait le mieux indiqué pour faire la synthèse des expertises réalisées par le psychiatre et le psychologue dans le cadre de l'expertise de dangerosité* », P. MBANZOULOU, *La dangerosité des détenus. Un concept flou aux conséquences bien visibles : le PSEM et la rétention de sûreté*, AJ Pénal 2008, p. 174.

décidée qu'après avoir vérifié que « la personne condamnée a effectivement été mise en mesure de bénéficier, pendant l'exécution de sa peine, d'une prise en charge médicale, sociale et psychologique adaptée au trouble de la personnalité dont elle souffre » ne laisse ainsi pas de doute quant à la corrélation absolue qui existe pour le législateur entre dangerosité et trouble de la personnalité¹. On peut d'ailleurs se demander si la présence d'un psychiatre et d'un psychologue dans la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté ne fait pas double emploi avec l'expertise médicale prévue par l'article 706-53-14 du Code de procédure pénale. De plus, comme le confiait récemment deux psychiatres, le caractère complexe de la dangerosité impose « une évaluation multidisciplinaire de la dangerosité [...] dépassant la formation clinique de base de l'expert psychiatre ou psychologue quand le sujet ne présente pas de troubles mentaux »².

586 - Enfin, et c'est peut-être le problème le plus grave, certains criminologues rejettent le lien entre dangerosité et récidive qui est pourtant au cœur des lois récentes. Selon une psychologue, il s'agit en effet de deux notions diachroniques : si la récidive permet généralement de conclure à la dangerosité d'un individu, l'inverse n'est pas toujours vrai, puisque la simple probabilité de violer la loi pénale qu'exprime la dangerosité n'entraîne pas systématiquement la récidive. Dangerosité et récidive exprimeraient donc deux réalités assez proches sans toutefois se recouper totalement. Le décret du 13 décembre 2004 évoqué plus haut, semble d'ailleurs consacrer cette idée puisque l'article D. 49-24 du Code de procédure pénale prévoit la possibilité de recourir à une enquête socio-éducative sur un condamné « afin d'apprécier sa dangerosité et le risque de récidive », dissociant donc clairement ces deux questions. On peut alors regretter qu'à plusieurs reprises, le législateur use de formules qui semblent lier de manière absolue la dangerosité et la récidive³.

¹ V. l'article de Ph. SALVAGE, *La grande délinquance est-elle une maladie ?*, *Dr. Pén.* 2010, études n° 3, spéc. n° 11, p. 8.

² J.-L. SENON et C. MANZANERA, *Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté*, *AJ Pénal* 2008, p. 180.

³ L'article 706-53-19 du Code de procédure pénale évoque ainsi la « particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de commettre à nouveau l'une des infractions mentionnées », l'article 706-53-13 du même Code se référant même à la « particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité » (*sic*). L'article R. 53-8-70 du Code de procédure pénale semble pourtant distinguer ces deux questions puisqu'il prévoit qu'une permission de sortir peut être

587 - La dangerosité apparaît donc comme le critère central du dispositif mis en place par la loi du 25 février 2008, et plus largement par les dernières lois instaurant de nouvelles mesures de contrôle après la peine. Cette consécration de la dangerosité comme fondement de ces nouvelles mesures soulèvent pourtant de nombreuses interrogations auxquelles il est aujourd'hui difficile, voire impossible d'apporter une réponse. La dangerosité est-elle un concept opérationnel suffisamment fiable et précis pour légitimer des mesures répressives pouvant aller, rappelons-le, jusqu'à la privation de liberté ? Quels seront les critères permettant d'évaluer cette dangerosité ? Faudra-t-il privilégier comme la loi le laisse penser une approche psychiatrique de la dangerosité ? etc. Au-delà de ces questions pratiques, le mouvement législatif récent tendant à admettre des mesures de sûreté après la peine symbolise très bien les paradoxes du droit pénal actuel. Tirailé entre sa mission classique – sanctionner le délinquant par une peine tout en favorisant sa réinsertion – et une mission plus récente qui est de lutter contre la récidive¹, il tend à consacrer un système hybride dans lequel des mesures de sûreté fondées sur la dangerosité du délinquant sont destinées à compléter la peine. Loin de coexister paisiblement avec le système pénal classique, ces mesures de sûreté bouleversent les concepts traditionnels du droit pénal² conduisant à réduire la dimension subjective essentielle de la responsabilité pénale.

accordée à une personne durant sa rétention de sûreté « si elle n'est pas incompatible avec la dangerosité de la personne retenue et son risque de commettre à nouveau des infractions ».

¹ L'alinéa 2 de l'article 707 est assez révélateur des différents intérêts (parfois contradictoires) que doit prendre en compte le droit pénal moderne : « L'exécution des peines favorise, dans le respect des intérêts de la société et des droits des victimes, l'insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive ».

² Comme l'écrit un auteur, la question des mesures de sûreté post-sententielles est « *d'autant plus cruciale que le recours de plus en plus fréquent du législateur à des mesures qu'il ne qualifie pas de peines tend généralement aussi bien à dépasser les limites inhérentes aux fondements et aux objectifs traditionnels des peines qu'à éluder tout ou partie des principes contraignant qui leur sont applicables.* », M. Van de KERCHOVE, *Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français*, RSC 2008, p. 824.

§ 2 – Le déclin de la dimension subjective de la responsabilité pénale

588 - L'extension d'un véritable contrôle post-sentenciel fondé sur la notion de dangerosité contribue à atténuer la dimension subjective de la responsabilité pénale. En retardant en effet le moment où le délinquant échappe à l'emprise du droit pénal¹, la dangerosité limite le rôle de l'incapacité pénitentiaire, à savoir exclure ou mettre un terme à la sanction lorsque celle-ci n'est plus opportune (A). Le législateur est même allé plus loin en admettant la possibilité de prononcer des mesures de sûreté malgré l'irresponsabilité pénale du sujet, substituant ainsi totalement aux concepts subjectifs de responsabilité et de peine, les concepts objectifs que sont la dangerosité du délinquant et les mesures de sûreté (B).

A- Le déclin de l'influence de l'incapacité pénitentiaire au profit de la dangerosité

589 - S'il est de la nature même des mesures de sûreté de ne pas être pas fondées sur la culpabilité et la responsabilité morale d'un individu et par conséquent d'être indépendantes de son aptitude ou de son inaptitude à une peine, il n'en demeure pas moins que le développement récent des mesures de sûreté après la peine conduit à éclipser la question de la capacité pénitentiaire. La mesure de sûreté était en effet classiquement considérée comme une forme exceptionnelle de réponse à la délinquance, contrairement à la peine, réponse « normale » à l'infraction. Le recours aux mesures de sûreté ne se justifiait donc que lorsque l'auteur d'une infraction était exceptionnellement inapte à subir une peine. Les réformes introduites à partir de 2004 marquent une certaine rupture avec ce schéma classique. Il ne

¹ L'alinéa 2 de l'article 133-16 du Code pénal illustre très bien ce recul progressif du terme de la sanction pénale dans la mesure où le législateur a prévu qu'en cas de condamnation à un suivi socio-judiciaire, la réhabilitation ne produira ses effets qu'à la fin de cette mesure dont la durée est parfois très longue. L'article 131-36-1 du Code pénal prévoit en principe une durée maximale de dix ans en matière délictuelle et de vingt ans en matière criminelle. Toutefois ces limites peuvent être dépassées, le législateur allant même jusqu'à prévoir un suivi socio-judiciaire « sans limitation de durée » lorsqu'il s'agit d'un crime puni de la réclusion criminelle à perpétuité (art. 131-36-1, al. 2 *in fine*). On peut d'ailleurs rapprocher ce mouvement de la jurisprudence (contestable) de la Cour de cassation qui refuse de prendre en compte le délai d'épreuve du sursis simple dans le calcul du délai de réhabilitation : Crim. 17 févr. 1998 : *Bull. Crim.* n° 62 et Crim. 9 nov. 1998 : *Bull. Crim.* n° 292. Pour une analyse critique de cette jurisprudence et de ses conséquences, E. BONIS GARÇON, *Les décisions provisoires en procédure pénale*, PUAM, 2002, n° 710 à 726.

s'agit plus aujourd'hui de mettre en place un système alternatif au système pénal classique fondé sur la responsabilité pénale, mais de proposer un système cumulatif, la mesure de sûreté visant à compléter la peine pour en pallier les insuffisances. Le choix de recourir à des mesures de sûreté au terme de l'exécution de la peine, c'est-à-dire lorsque l'inaptitude à la sanction appréhendée par la resocialisation tend à assouplir le régime de la peine ainsi que le choix d'un fondement aussi flou que la dangerosité contribue à « disqualifier » le concept d'aptitude à la sanction.

590 - Le régime juridique de la rétention de sûreté illustre assez bien cette idée. L'alinéa 2 de l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale précise en effet que la rétention de sûreté ne peut être prononcée « que si la Cour d'assises a expressément prévu dans sa décision de condamnation que la personne pourra faire l'objet à la fin de sa peine d'un réexamen de sa situation en vue d'une éventuelle rétention de sûreté ». Le Code de procédure pénale prévoit donc que la rétention de sûreté ne sera possible que si la Cour d'assises l'a décidé, ou plus précisément, si elle en a admis l'éventualité à la fin de la peine. Cette procédure particulière met en évidence la distinction qui doit être faite entre le prononcé de la peine, phase durant laquelle la juridiction de jugement s'interroge sur l'opportunité d'une peine en fonction de l'aptitude à la sanction du délinquant et la fin de la peine, moment où pourra être prononcée une rétention de sûreté si les conditions de celle-ci sont réunies. La Cour d'assises ne prononce donc pas véritablement la rétention de sûreté mais se borne simplement à la rendre possible. Il incombera alors à une autre instance, la juridiction régionale de la rétention de sûreté, d'évaluer si une rétention de sûreté est nécessaire, en se fondant non pas la culpabilité, mais sur la dangerosité de la personne¹. Cette dichotomie, aussi bien conceptuelle qu'institutionnelle, qui justifie d'ailleurs la validation de la rétention de sûreté par le Conseil constitutionnel², peut pourtant ne pas convaincre.

591 - En effet, même si le législateur a pris soin de ne pas confier le placement en rétention de sûreté à la seule juridiction régionale de la rétention de sûreté, on peut tout de même

¹ Pour une opinion similaire, v. M. HERZOG-EVANS, *La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des « principes cardinaux » de notre droit*, AJ Pénal 2008, p. 162.

² Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008 sur la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

analyser ce mécanisme comme une certaine « délégation » du pouvoir de prononcer cette mesure de la Cour d'assises à la juridiction régionale de la rétention de sûreté. Or, cette délégation s'accompagne d'un changement des critères permettant d'évaluer l'opportunité d'une telle mesure. Si les peines prononcées par la Cour d'assises le sont en fonction de la personnalité du délinquant et donc indirectement sur son aptitude à la sanction, les mesures de sûreté décidées après la peine le sont en fonction de la dangerosité, critère *a priori* subjectif mais qui est, comme on a pu le voir, appréhendé objectivement par le biais de la probabilité de commettre un nouvel acte délinquant. Multiplier les mesures de sûreté après la peine¹ tend par conséquent à limiter l'influence de l'incapacité pénitentiaire au terme de la peine. L'extension récente du suivi socio-judiciaire semble confirmer cet affaiblissement de l'incapacité pénitentiaire au profit de la dangerosité puisque le fait pour un individu de commettre une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru² permet désormais de le soumettre à un régime plus sévère³, alors même que la juridiction de jugement n'a pas estimé nécessaire ou opportun de prononcer un suivi socio-judiciaire⁴. Ce recul de l'influence du concept de capacité pénitentiaire qu'illustre l'extension d'un contrôle social post-sentenciel

¹ Il est à ce titre important de distinguer des mesures de sûreté post-sentencielles le suivi socio-judiciaire qui est une véritable peine dont l'opportunité doit par conséquent être décidée au moment du jugement. Toutefois, la particularité de cette peine permet d'en reporter l'exécution après celle d'une peine privative de liberté. Ce mécanisme nous semble plus conforme à la philosophie du droit pénal, tout en respectant la particularité de cette peine. Un auteur a d'ailleurs qualifié le suivi socio-judiciaire de « *peine pour plus tard* » ou de « *peine différée* », P. COUV RAT, *Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres*, RSC 1999, p. 376 et s. Sur la comparaison entre suivi socio-judiciaire et rétention de sûreté, v. J. DANET, *La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante*, *Champ pénal / Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie*, Vol. V, 2008, [en ligne] : <http://champpenal.revues.org/6013>, n° 99.

² Domaine qui ne cesse d'ailleurs d'être élargi par le législateur.

³ En effet, comme le prévoit l'article 731-1 du Code de procédure pénale, un individu qui bénéficierait d'une libération conditionnelle pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru devra, en principe, être soumis à une injonction de soins et ce, même s'il n'a pas été condamné à une peine de suivi socio-judiciaire par la juridiction de jugement. Le seul fait d'avoir commis une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru entraîne donc, depuis le 1^{er} mars 2008, date d'entrée en vigueur de cette disposition, le prononcé d'une injonction de soins dans le cadre d'une libération conditionnelle, sauf décision contraire du juge de l'application des peines ou du tribunal de l'application des peines (article 731-1, al. 1^{er} du Code de procédure pénale).

⁴ L'adjonction systématique de l'injonction de soins va d'ailleurs dans le même sens, puisqu'à défaut d'une décision visant à écarter l'injonction de soins, « la personne condamnée à un suivi socio-judiciaire est soumise à une injonction de soins dans les conditions prévues aux articles L. 3711-1 et suivants du Code de la santé publique, s'il est établi qu'elle est susceptible de faire l'objet d'un traitement, après une expertise médicale ordonnée conformément aux dispositions du Code de procédure pénale », article 131-36-4 du Code pénal (modifié par la loi du 10 août 2007).

fondé sur la dangerosité semble d'ailleurs confirmé par une tendance à la substitution de celle-ci à la responsabilité pénale.

B- La substitution de la dangerosité à la responsabilité pénale

592 - L'article 706-136 du Code de procédure pénale permet, on l'a vu¹, au Tribunal correctionnel et à la Cour d'assises qui auraient conclu à l'irresponsabilité pénale d'un individu souffrant d'un trouble mental de le soumettre à diverses interdictions² pendant une certaine durée. Ces mesures ne sont pas fondées sur la responsabilité pénale puisque l'irresponsabilité pénale a été admise mais sur la simple dangerosité mise en évidence par la commission d'une infraction même si celle-ci n'a pu être imputée à son « auteur » du fait de son absence de discernement. La dangerosité se substitue donc totalement à la responsabilité pénale³ afin de permettre de prononcer des mesures de sûreté à l'encontre d'un individu pourtant jugé irresponsable pénalement. Si la nature particulière de ces mesures qui ne peuvent être considérées comme de véritables peines devrait conduire à se dispenser de toute réflexion sur une quelconque capacité pénale⁴ de celui qui devra les subir, il reste que l'analyse du contenu de ces mesures permet de mettre en doute leur qualification de mesures de sûreté. La majorité des mesures de sûreté prévues à l'article 706-136 du Code de procédure pénale sont identiques à certaines des peines privatives ou restrictives de liberté de l'article 131-6 du Code pénal, ainsi de l'interdiction d'entrer en relation avec la victime de l'infraction ou certaines autres personnes, de paraître dans certains lieux spécialement désignés, de porter une arme, etc. La distinction entre une mesure prononcée dans le cadre d'une déclaration d'irresponsabilité et la même mesure prononcée à titre de peine est en pratique assez ténue⁵ et

¹ V. *supra* n° 255.

² Interdiction d'entrer en relation avec la victime de l'infraction ou certaines personnes, interdiction de paraître dans tout lieu spécialement désigné, interdiction de détenir ou de porter une arme, etc.

³ Pour une opinion similaire, v. B. DE LAMY qui déplore « *un glissement des concepts : de la responsabilité à la dangerosité, de la peine à la mesure de sûreté* », *La rétention de sûreté pénal or not pénal ?*, RSC 2009, p. 166 et s.

⁴ Ce terme doit ici être entendu au sens large c'est-à-dire visant l'aptitude à commettre ou à se voir imputer une infraction ainsi que l'aptitude à subir et profiter de la sanction.

⁵ On peut d'ailleurs regretter un certain manque de cohérence dans cette distinction puisque la durée des mesures de sûreté décidées dans le cadre de l'article 706-136 peut aller jusqu'à dix ans en matière correctionnelle tandis que la plupart des peines privatives ou restrictives de droit de l'article 131-6 sont limitées à cinq ans, voire trois

il y a fort à parier que l'individu qui y sera soumis ressentira cette mesure comme une peine. Comment justifier par exemple que l'interdiction d'entrer en relation avec la victime nécessite de constater le discernement de l'auteur lorsqu'elle est prononcée à titre de peine alternative à l'emprisonnement¹, mais qu'elle puisse tout de même être prononcée contre un individu reconnu pénalement irresponsable car non discernant au moment des faits, lorsqu'il s'agit d'une mesure de sûreté² ? Cela paraît d'autant plus critiquable au vu des précautions prises par le législateur pour bien distinguer l'admission en soins psychiatriques prévue à l'article 706-135 du Code pénal³ d'une véritable peine. En effet, bien qu'ordonnée par une juridiction répressive⁴, l'admission en soins psychiatriques est une mesure de police administrative comme le souligne l'article 706-135⁵, affirmant donc expressément la distinction entre les mesures de police administrative fondées sur la dangerosité⁶ et les peines qui nécessitent quant à elles de constater le discernement de l'auteur de l'infraction en cause⁷. En admettant la possibilité de prononcer des mesures qui, bien que qualifiées de mesures de sûreté, correspondent à des peines complémentaires ou alternatives déjà existantes, le législateur fait prévaloir la dangerosité sur la responsabilité pénale subjective fondée sur la culpabilité et le discernement. On peut en effet regretter d'une part la proximité de ces mesures de sûreté avec les peines et d'autre part que le fondement de ces mesures n'ait pas expressément été formulé

lorsqu'il s'agit de l'interdiction de fréquenter certaines personnes. Une personne irresponsable pénalement peut donc être soumise à une mesure pendant plus longtemps qu'une personne responsable pénalement.

¹ Article 131-6, 14° du Code pénal.

² Article 706-136, 1° du Code de procédure pénale.

³ Cet article renvoie d'ailleurs au Code de la santé publique et plus précisément à son article L. 3222-1. De plus, les conditions de l'admission en soins psychiatriques prévues au sein de cet article (nécessité de soins, risque pour la sûreté des personnes ou atteinte grave à l'ordre public) sont également tirées d'un texte extérieur au Code pénal, l'article L. 3213-1 du Code de la santé publique.

⁴ Qu'il s'agisse de la Chambre de l'instruction ou d'une juridiction de jugement (Tribunal correctionnel ou Cour d'assises).

⁵ « Le régime de cette hospitalisation est celui prévu pour les admissions en soins psychiatriques prononcées en application de l'article L. 3213-1 du même Code », (art. 706-135, *in fine*).

⁶ L'article 706-135 fonde l'admission en soins psychiatriques sur la nécessité de protéger « la sûreté des personnes » et « l'ordre public ».

⁷ Pour une opinion similaire, v. J. BUISSON, *La déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : loi du 25 février 2008, Procédures*, avril 2008, Etudes n° 4, p. 7 : « la juridiction saisie doit aviser le préfet territorialement compétent, afin que celui-ci puisse prendre en compte une mesure qui relèvera ensuite de sa compétence puisque lui sera envoyé, dans les vingt-quatre heures suivant l'admission, un certificat médical établi par un psychiatre de l'établissement et qu'il ne pourra être mis fin à la procédure que selon le droit commun, en sorte que l'autorité judiciaire n'aura pas la gestion de la mesure qu'elle a ordonnée, ce qui correspond à la logique de l'hospitalisation d'office qui entre dans les pouvoirs de la police administrative ».

par le législateur afin de bien les distinguer des peines¹. Cette proximité présente d'ailleurs des avantages non négligeables pour le législateur qui peut qualifier une mesure nouvelle de mesure de sûreté lorsqu'il cherche à échapper aux principes classiques attachés à la qualification de peine.

593 - L'intérêt principal de la distinction entre une peine et une mesure de sûreté concerne en effet leur différence de régime. Les mesures de sûreté n'étant pas des peines, elles échappent à certaines règles telles que la prohibition de la rétroactivité qui ne touche que les peines, *stricto sensu*. Cela explique le recours croissant à ce type de mesures ces dernières années. Le législateur a ainsi admis la rétroactivité de l'inscription au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles² puisque l'article 216 de la loi du 9 mars 2004 prévoit que les dispositions relatives à ce fichier « sont applicables aux auteurs d'infractions commises avant la date de publication de cette loi au Journal officiel de la République française ». L'article 42 de la loi du 12 décembre 2005 prévoit en effet l'application immédiate de la surveillance judiciaire³, y compris « aux condamnés dont le risque de récidive est constaté après la date d'entrée en vigueur de la présente loi ». En choisissant le risque de récidive comme critère d'application de la surveillance de sûreté, le législateur consacre alors expressément la possibilité de prononcer une surveillance de sûreté alors même que les faits à l'origine de la condamnation sont antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi qui l'institue. La même solution conduit le législateur à admettre la rétroactivité de la

¹ A cet égard, la comparaison entre l'admission en soins psychiatriques prévue à l'article 706-135 du Code de procédure pénale et les différentes mesures de sûreté prévues à l'article suivant est assez éloquente. Si le législateur précise que l'admission en soins psychiatriques n'est possible que « s'il est établi par une expertise psychiatrique figurant au dossier de la procédure que les troubles mentaux de l'intéressé nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public » (article 706-135 du Code de procédure pénale). Il reste silencieux sur les éléments qui doivent motiver le prononcé d'une ou de plusieurs mesures de sûreté prévues à l'article 706-136. Cet article précise seulement *in fine* que ces mesures « ne doivent pas constituer un obstacle aux soins dont la personne est susceptible de faire l'objet ».

² Devenu plus tard le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes du fait de l'élargissement par la loi du 12 décembre 2005 de son domaine (art. 706-47, al. 2 du Code de procédure pénale).

³ Le législateur n'ayant prévu l'application immédiate que pour la seule surveillance judiciaire, on peut en déduire le placement sous surveillance électronique mobile, autre mesure de sûreté prévu par la loi du 12 décembre 2005, ne peut d'appliquer qu'à des faits commis après l'entrée en vigueur de la loi, conformément à l'article 112-2, 3° du Code pénal. Pour une opinion similaire, v. M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz Action, 3^e éd., 2007, n° 143.21, p. 528 : « Il peut paraître surprenant que le législateur n'ait prévu aucune règle relative à l'entrée en vigueur du placement sous surveillance électronique mobile. Il ne peut donc en être déduit qu'une chose : les règles de droit commun sont applicables. »

surveillance de sûreté créée en 2008 puisque l'article 13, III de la loi du 25 février 2008 précise que cette mesure « est immédiatement applicable après la publication de la présente loi », la surveillance de sûreté pouvant donc s'appliquer à des faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi mais dont les peines prononcées sont en cours d'exécution. Comme le note assez justement un auteur, on ne peut que regretter que la qualification de « mesure de sûreté » soit uniquement guidée par la volonté d'échapper au principe de non rétroactivité¹. Ceci est d'autant plus regrettable que le Conseil constitutionnel a, dans l'ensemble, considéré comme conforme à la Constitution les lois récentes instituant ces mesures de sûreté. Il considère en effet que « *la rétention de sûreté n'est ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition² [et] que la surveillance de sûreté ne l'est pas davantage* »³. Toutes ces décisions ont en commun la même volonté de dénier à ces mesures le caractère de peine, afin de rejeter les arguments des requérants qui se fondaient sur une violation du principe de non rétroactivité consacré par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

594 - Malgré ce rejet par le Conseil constitutionnel de la qualification de peine ou de sanction ayant le caractère de punition, ce dernier décide toutefois « *eu égard à sa nature privative de liberté, à la durée de cette privation, à son caractère renouvelable sans limite et au fait qu'elle est prononcée après une condamnation par une juridiction* » de censurer les dispositions de la loi prévoyant une application immédiate. Cette décision qui reconnaît implicitement la rétention de sûreté comme une mesure de sûreté sans toutefois en déduire le régime a pu dérouter une partie de la doctrine⁴. Il est certain que la qualification implicite de

¹ « Ceci renforce l'impression que la qualification de mesure de sûreté ne constitue qu'une astuce destinée à éviter la censure tenant à la rétroactivité », M. HERZOG-EVANS, *op. cit.*, n° 142.23, p. 526.

² Appelée à se prononcer sur la nature de la détention de sûreté allemande (*Sicherungsverwahrung*), la Cour européenne des droits de l'homme décidera pourtant un an plus tard que cette mesure doit être analysée comme une peine au sens de l'article 7§1 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la décision *M. contre Allemagne* du 17 déc. 2009, requête n° 19359/04.

³ Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, considérant n° 9. Notons que si le Conseil justifie cette solution pour la rétention de sûreté, l'absence de justification spécifique à la surveillance de sûreté (qui est pourtant une mesure assez éloignée de la rétention de sûreté) ainsi que la formule lapidaire selon laquelle la surveillance de sûreté n' « *est pas davantage [une peine]* » est extrêmement critiquable.

⁴ V. ainsi l'opinion de Ph. CONTE selon lequel « *on ne peut tout à la fois dire d'une mesure qu'elle n'est pas une punition parce qu'elle ne découle pas d'une faute et en refuser l'application rétroactive au motif qu'elle en procède en quelque manière* », *Aux fous ?*, *Dr. Pén.* 2008, Repère n° 4. V. également parmi les nombreux articles relatifs à cette décision : Ch. LAZERGES, *La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel*,

mesure de sûreté paraît difficilement conciliable avec le rejet de la rétroactivité qui apparaît comme une des caractéristiques principales de ce type de mesures. Pourtant, comme le note un commentateur¹, cette censure tient en réalité au fait que la rétention de sûreté est une mesure de sûreté très particulière. Contrairement aux autres mesures de sûreté introduites en droit pénal ces dernières années (inscription au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes, placement sous surveillance électronique mobile, surveillance judiciaire, etc.), la rétention de sûreté consiste en une privation de liberté, mesure dont la gravité justifie que lui soit étendu la protection traditionnellement réservée aux peines². Aussi, bien que les critiques reprochant au Conseil constitutionnel son manque de cohérence soient compréhensibles, il semble toutefois que la position du Conseil constitutionnel s'explique par son pragmatisme³. Ce pragmatisme ne semble d'ailleurs pas si éloigné de la position qu'ont adoptée le Conseil constitutionnel ou la Cour européenne des droits de l'homme leur permettant de s'affranchir des qualifications établies par le droit positif en soumettant au régime des peines toute mesure ayant le caractère d'une punition, même s'il ne s'agit pas d'une peine, *stricto sensu*. On peut alors se demander, au côté de certains auteurs⁴, pourquoi la Cour n'a donc pas choisi de qualifier la rétention de sûreté de « peine »⁵, qualification pourtant choisie par la Cour européenne des droits de l'homme au sujet de la

RSC 2008, p. 731, mais également le commentaire de B. DE LAMY qui s'articule autour de deux axes intitulés « *La rétention de sûreté n'est pas une peine* » et « *Mais quand même...* », *La rétention de sûreté pénal or not pénal ? (décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, RSC 2009, p. 166 et s.*

¹ Y. MAYAUD, *op. cit.*, p. 1363 et s.

² Cela explique d'ailleurs que la rétroactivité n'ait pas été censurée en matière de surveillance judiciaire, voire en matière de rétention de sûreté, lorsque celle-ci est décidée après qu'un individu placé sous surveillance de sûreté méconnaît les obligations qui lui sont imposées, puisque dans ce cas, c'est bien la violation des obligations de la surveillance de sûreté qui apparaît comme le fondement du placement en rétention de sûreté. Or, cette violation sera par définition postérieure à l'entrée en vigueur de la loi.

³ Comme l'a décidé la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Welch c. Royaume-Uni* du 9 février 1995, soulignant ainsi que la Cour « *doit demeurer libre d'aller au-delà des apparences et d'apprécier elle-même si une mesure particulière s'analyse au fond en une "peine" au sens de cette clause* ».

⁴ Parmi lesquels, B. DE LAMY, *op. cit.*, in fine : « *Les choses auraient été plus claires si le Conseil était resté logique. Soit en écartant, à la fois, la qualification de peine et le principe de non rétroactivité qui lui est lié [...]. Soit en retenant, à la fois, la qualification et le régime* » ou bien Y. MAYAUD pour qui « *il eût été plus simple, voir plus clair et plus accessible à tous, de renoncer à la qualification même de mesure de sûreté* », *op. cit.*, p. 1365.

⁵ Solution que le droit pénal belge consacre puisque la « mise à la disposition du gouvernement » des récidivistes et des délinquants d'habitude est considérée comme une véritable peine. La Cour européenne des droits de l'homme fait d'ailleurs référence à cette solution lorsqu'elle évoque la diversité des qualifications choisies par les différentes législations des pays européens quant à la détention ou rétention de sûreté.

détention de sûreté allemande¹ ? Il semble que la mesure de rétention de sûreté s'inscrive pleinement dans le mouvement législatif récent tendant à développer ce type de mesures, notamment à l'issue de la peine. Aussi, dénier à la rétention de sûreté la qualification de mesure de sûreté serait apparu comme une solution difficile à justifier, notamment au regard des autres mesures de sûreté que sont la surveillance de sûreté ou la surveillance judiciaire et qui partage avec la rétention de sûreté les mêmes objectifs. Toutefois, au regard de la gravité de ses conséquences, une privation de liberté fondée sur le critère non juridique de la dangerosité de l'individu pour une durée indéterminée, il peut sembler logique de la soumettre au régime des peines². L'ambiguïté de la décision du Conseil constitutionnel dénoncée par certains auteurs s'explique donc, selon nous, par l'ambiguïté de la rétention de sûreté, elle-même, première mesure de sûreté applicable après une peine dont le contenu est aussi « sensible ». La rétention de sûreté, apparaît donc bien comme une mesure de sûreté, eu égard au fait qu'elle n'est pas prononcée par une juridiction répressive³ et qu'elle ne repose pas sur la culpabilité d'un individu mais sur sa dangerosité, la privation de liberté qu'elle entraîne conduit à lui appliquer le régime juridique de droit commun, c'est-à-dire celui des peines.

595 - Au terme de cette analyse, on s'aperçoit que ce mouvement contribue à repousser la fin de la sanction pénale et par conséquent à remettre en cause aussi bien les principes classiques du droit pénal⁴ que le rôle négatif de l'aptitude à profiter de la sanction qui permet,

¹ CEDH, *M. contre Allemagne*, 17 déc. 2009, Req. n° 19359/04. Sur cette décision, v. les observations de D. ROETS, *De la difficile articulation entre privation de liberté de sûreté et droit à la liberté et à la... sûreté et La privation de liberté de sûreté allemande (Sicherungsverwahrung) : une « peine » soumise au principe de non-rétroactivité (CEDH, 5^e section, 17 décembre 2009, M. c/ Allemagne)*, RSC 2010 p. 228 et p. 236, ainsi que les notes de J. PRADEL, *La Cour européenne classe la détention de sûreté au rang des peines* D. 2010, p. 737 et de J. LEBLOIS-HAPPE, *Première confrontation de la détention de sûreté à la Convention européenne des droits de l'homme : l'arrêt M. c/ Allemagne du 17 décembre 2009*, AJ Pénal 2010, p. 129.

² V. ainsi l'analyse d'Y. MAYAUD selon lequel cette décision invite à distinguer deux catégories de mesures de sûreté : celles qui sont restrictives de liberté et qui peuvent donc rétroagir et « celles qui vont au-delà de ces restrictions, pour s'en prendre à la liberté elle-même » et qui, par conséquent, échappent au régime dérogatoire auxquelles sont traditionnellement soumises les mesures de sûreté. Comme cet auteur le résume très bien : « Plus la mesure progresse vers la privation de liberté, plus elle relève donc d'un régime d'exception, qui revient à ne plus en restituer la ... véritable nature », *op. cit.*, *loc. cit.*

³ Même si, on l'a vu, elle doit avoir été prévue par la Cour d'assises.

⁴ Comme l'écrit un auteur, la question des mesures de sûreté post-sententielles est « d'autant plus cruciale que le recours de plus en plus fréquent du législateur à des mesures qu'il ne qualifie pas de peines tend généralement aussi bien à dépasser les limites inhérentes aux fondements et aux objectifs traditionnels des peines qu'à éluder tout ou partie des principes contraignant qui leur sont applicables », M. Van de KERCHOVE, *Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français*, RSC 2008, p. 824.

on l'a vu, de mettre un terme à la sanction lorsque celle-ci n'est plus opportune. L'alinéa 2 de l'article 133-16 du Code pénal illustre d'ailleurs ce recul progressif du terme de la sanction pénale dans la mesure où le législateur a prévu qu'en cas de condamnation à un suivi socio-judiciaire, la réhabilitation ne produira ses effets qu'à la fin de cette mesure¹ dont la durée, parfois très longue² est d'autant plus longue que le suivi socio-judiciaire accompagnant une peine privative de liberté n'est mis à exécution qu'après l'exécution de cette dernière. Autrement dit, en développant les mesures post-sententielles, le législateur retarde d'autant plus le moment où le délinquant est en capacité de s'amender³, contribuant ainsi à remettre en cause le rôle positif classique de la capacité pénitentiaire, qui permettant, non plus de conditionner la sanction, mais d'en mesurer l'intensité⁴.

¹ « Toutefois, lorsque la personne a été condamnée au suivi socio-judiciaire prévu à l'article 131-36-1 ou à la peine d'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou bénévole impliquant un contact habituel avec des mineurs, la réhabilitation ne produit ses effets qu'à la fin de la mesure », art. 133-16, al. 2 du Code pénal.

² L'article 131-36-1 du Code pénal prévoit en principe une durée maximale de dix ans en matière délictuelle et de vingt ans en matière criminelle. Toutefois ces limites peuvent être dépassées, le législateur allant même jusqu'à prévoir un suivi socio-judiciaire « sans limitation de durée » lorsqu'il s'agit d'un crime puni de la réclusion criminelle à perpétuité (art. 131-36-1, al. 2 *in fine*).

³ On peut d'ailleurs rapprocher de ce mouvement de la jurisprudence (contestable) de la Cour de cassation qui refuse de prendre en compte le délai d'épreuve du sursis simple dans le calcul du délai de réhabilitation : Crim. 17 février 1998, *Bull. Crim.* n° 62 et Crim. 9 nov. 1998, *Bull. Crim.* n° 292. Pour une analyse critique de cette jurisprudence et de ses conséquences, E. BONIS GARCON, *Les décisions provisoires en procédure pénale*, PUAM, 2002, n° 710 à 726.

⁴ Cela explique que, malgré la possibilité d'analyser la dispense de peine comme une modalité de la personnalisation de la peine (v. ainsi T. PAPTAEODOROU pour qui « la réflexion sur la personnalisation des peines devient alors [...] une réflexion sur le refus ou l'inopportunité de la peine », *La personnalisation des peines dans le nouveau Code pénal français*, RSC 1997, p. 19), il nous semble préférable de rattacher la dispense de peine au rôle négatif classique de la capacité pénitentiaire qui consiste à exclure certains individus de l'application des règles normales de la responsabilité pénale.

SECTION 2 : La consécration indirecte de la capacité pénitentiaire

596 - Bien qu'on ne trouve aucune référence expresse à une quelconque aptitude positive à la sanction dans le Code pénal, les innombrables références à la personnalité du délinquant peuvent être analysées comme une consécration indirecte de la capacité pénitentiaire. La notion de personnalité du délinquant semble en effet suffisamment large pour englober la question des besoins et des attentes du délinquant à l'égard de la peine qu'il devra subir, permettant ainsi aux juridictions de tenir compte de la capacité pénitentiaire du délinquant lorsqu'elles prononceront une peine.

597 - Aussi, bien que non consacrée en tant que telle, la capacité pénitentiaire apparaît en réalité comme le véritable fondement de l'individualisation subjective de la sanction pénale, qu'on qualifiera plutôt de personnalisation de la peine au regard de son critère majeur, la personnalité du délinquant¹. C'est donc indirectement, par le biais de la nécessaire personnalisation de la sanction, qu'est sinon consacré totalement, au moins intégré le concept de capacité pénitentiaire. Cette analyse rejoint d'ailleurs celle d'un auteur pour lequel « *la personnalité de l'individu est la mesure de ce que l'on appelle parfois aujourd'hui souvent sa capacité pénale*² »³. Cette indispensable prise en considération des « *possibilités réceptives* »⁴ du délinquant à l'égard de la peine n'a cependant pas la même force selon le moment où l'on se place. L'aptitude à profiter d'une peine permet, au moment du prononcé de celle-ci, de privilégier une sanction par rapport à une autre, moins adaptée. Ce rôle assez limité est heureusement beaucoup plus développé au moment de l'exécution de la sanction puisque la capacité pénitentiaire permet alors d'aménager la sanction ou son régime, afin de prendre en compte les progrès réalisés par le condamné au cours de l'exécution de celle-ci.

¹ V. *supra* n° 459 et s.

² Il semble préférable, on l'a vu, de qualifier cette aptitude à la sanction de « capacité pénitentiaire » afin d'éviter toute ambiguïté.

³ M. ANCEL, *La responsabilité pénale : le point de vue juridique*, RICPT 1964, p. 268. On trouve la même affirmation dans *La défense sociale nouvelle*, p. 250 : « *Si la responsabilité ainsi envisagée est l'expression de la personnalité, elle est aussi la mesure de sa capacité pénale* ».

⁴ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, 1^{er} éd., 1967, n° 473, p. 471.

598 - Autrement dit, à une influence limitée de la capacité pénitentiaire sur la détermination de la sanction (§ 1) succède une influence plus importante de la capacité pénitentiaire sur son aménagement (§ 2).

§ 1 – L'influence limitée de la capacité pénitentiaire sur la détermination de la sanction pénale

599 - Une fois la responsabilité pénale établie et le principe d'une sanction accepté, la juridiction de jugement doit choisir la sanction applicable à l'auteur d'une infraction. Cette ultime phase du jugement est généralement qualifiée par le terme anglais de *sentencing*, qu'on pourrait traduire par le « *choix de la sentence pénale* »¹. Comme le résume un auteur, « *la conviction étant acquise sur le fait, l'imputabilité et la culpabilité, il faut choisir une mesure* »². Or, dans ce domaine, bien qu'il existe certaines exceptions³, la juridiction de jugement dispose d'une certaine liberté dans le choix de la sanction⁴. Le droit pénal consacre en effet le pouvoir discrétionnaire des juridictions pénales quant au choix de la peine, principe que la jurisprudence défend d'ailleurs « *bec et ongle* »⁵. Sauf dans les cas exceptionnels où la loi l'oblige à motiver le choix d'une peine⁶, le juge dispose donc d'une grande latitude pour choisir non seulement la sanction mais également son régime.

¹ G. KELLENS, *La détermination de la sentence pénale, de la lunette au microscope, Déviance et société*, 1978 (vol. 2), n° 1, p. 77. Cet auteur reconnaît toutefois qu'il est possible d'adopter une définition plus large de ce terme, *op. cit.*, p. 78. Sur la question du *sentencing*, v. P. PONCELA, *Droit de la peine*, Thémis, PUF, 2^e éd., 2001, p. 224.

² G. KELLENS, *op. cit.*, *loc. cit.*

³ Du fait par exemple de l'introduction des « peines planchers » par la loi 10 août 2007.

⁴ On peut remarquer que ce choix du droit français de développer la personnalisation de la sanction s'oppose à un mouvement international plutôt hostile à une quelconque individualisation de la sanction. En effet, le droit anglo-saxon, qu'il s'agisse de l'Angleterre, des Etats-Unis ou du Canada s'oriente davantage vers un principe de fixité des sanctions, comme le prouve l'existence des fameux *guidelines*, sortes de barèmes indicatifs guidant le juge lors du choix de la sanction. Ces barèmes, apparus récemment, ont été adoptés afin d'éviter les disparités qui existaient parfois entre les différents Etats ou régions d'un même pays, voire au sein d'un même Etat entre les différents individus (en fonction de leur origine sociale ou de leur appartenance à une minorité ethnique).

⁵ J. LEBLOIS-HAPPE, *Le libre choix de la peine par le juge : un principe défendu bec et ongle par la chambre criminelle. A propos de l'arrêt rendu le 4 avril 2002, Dr. Pén.* 2003, Chron. n° 11.

⁶ Citons notamment le choix d'une peine d'emprisonnement ferme en matière correctionnelle (art. 132-19, al. 2 du Code pénal), le choix d'une peine à l'égard du mineur de plus de treize ans (art. 2 de l'ordonnance du 2 février 1945), le prononcé d'une interdiction du territoire français à l'égard d'un étranger qui remplit l'une des conditions énoncées à l'article 131-30-1 du Code pénal, la décision de porter le suivi socio-judiciaire à vingt ans en matière correctionnelle (art. 131-36-1, al. 2 du Code pénal). La loi du 5 mars 2007 prévoyait également une

600 - L'aptitude à la sanction et plus précisément son acception positive, l'aptitude à profiter d'une sanction apparaissent alors comme un des éléments permettant de guider le juge dans le choix de la sanction la plus adaptée au délinquant. En effet, bien qu'aucune référence expresse à l'aptitude à profiter de la sanction n'apparaisse explicitement dans le Code pénal, l'influence de ce concept apparaît à travers le choix d'une individualisation subjective de la sanction fondée sur la personnalité du délinquant (A), mais également à travers la volonté de développer de nouvelles mesures visant non plus seulement à punir mais à éduquer ou réinsérer le délinquant (B).

A- La consécration d'une individualisation subjective de la sanction fondée sur la personnalité

601 - L'article 132-24 du Code pénal consacre la nécessité pour les juridictions de prononcer les peines et de fixer leur régime en fonction « des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur »¹. Le législateur a repris sur ce point la formule utilisée, on l'a vu², par l'ordonnance de 1945 lorsqu'elle évoque la possibilité de prononcer une peine à l'encontre d'un mineur de plus de treize ans³. Les débats parlementaires à l'origine de cet article permettent d'ailleurs de mieux comprendre cette rédaction. En effet, initialement, cet article était ainsi rédigé : « Dans les limites prévues par la loi ou le règlement, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en tenant compte des circonstances de l'infraction, de la personnalité du prévenu, de son état psychique ou neuropsychique, de ses ressources et de ses charges, de ses mobiles, ainsi que de son comportement après l'infraction, notamment à l'égard de la victime »⁴. Cette longue énumération fut alors vivement critiquée car, comme le relevait un parlementaire, « *il va de soi que le juge en tient compte, mais il va de soi aussi qu'il tient compte de bien d'autres éléments* », invitant donc le législateur à ne pas multiplier

motivation spéciale du choix de la nature, du quantum et du régime de la peine qu'elle prononce lorsque l'infraction était commise en état de récidive légale ou de réitération, mais cette disposition a été abrogée cinq mois plus tard par la loi du 10 août 2007.

¹ Article 132-24 du Code pénal.

² V. *supra* n° 485 et s.

³ Art. 2 de l'ordonnance du 2 février 1945.

⁴ Assemblée Nationale, 2^e séance du 12 octobre 1989, *JO* du 13 oct. 1989, p. 3512 et s.

inutilement « *des notions qui ne sont absolument pas exhaustives ou qui [...] donneront lieu à bien des difficultés d'application* ». Une rédaction plus concise a donc fini par être proposée, le législateur n'ayant conservé que deux des critères initiaux : un critère objectif, les circonstances de l'infraction et un critère subjectif, la personnalité du délinquant, cette dernière permettant d'englober les critères subjectifs que sont l'état psychique ou neuropsychique du délinquant, ses mobiles ou son comportement après l'infraction.

602 - A la lecture de cet article, il semble donc nécessaire de tenir compte en premier lieu¹ des circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise. Le choix d'une formule assez large et vague permet aux juridictions de jugement de tenir compte de tous les éléments qui entourent la commission de l'infraction. Il pourra alors s'agir du mode de commission de l'infraction (action ou omission, utilisation de la violence, de la ruse, d'une arme², etc.), du nombre de participants et de leur rôle (auteur seul, pluralité d'auteurs, complicité, etc.), du résultat (infraction consommée ou simplement tentée, gravité du résultat), de la nature ou de la gravité³ de l'infraction (infraction contre la personne, les biens, contre la Nation, etc.), du type de faute exigée par l'infraction (infraction intentionnelle ou d'imprudence), voire de la situation de victime elle-même (identité, âge⁴, importance de son préjudice⁵, etc.). Ce premier critère objectif de la personnalisation de la peine est toutefois complété par un second critère,

¹ Le choix de placer l'élément objectif que représente les circonstances en premier peut être interprété comme la consécration de l'idée selon laquelle « *la répression s'attache d'abord à l'acte attentatoire à la paix et aux valeurs sociales ; la considération de son auteur n'inter[venant] que par la suite* », J. LEBLOIS-HAPPE, *J.-Cl. pénal : Personnalisation des peines, Généralités - Semi-liberté – Placement à l'extérieur*, n° 25. On peut toutefois opposer à cette opinion, la rédaction identique de l'article 2 de l'ordonnance de 1945 qui tend pourtant à faire prévaloir la personnalité du mineur sur les circonstances objectives de l'infraction, comme le prouve l'arrêt *Tonapani* de 1951, Crim. 1^{er} fév. 1951, *JCP* 1951, II, 6107, note J. BROUCHOT. Sur cet arrêt v. *supra* n° 486.

² CA Toulouse, ch. correct., 19 mai 1999, *JurisData* n° 1999-042179 : coups portés à l'arme blanche jugés disproportionnés par rapport aux coups de poing reçus par l'auteur.

³ V. par exemple un arrêt évoquant « *la gravité des faits* » en matière de délit d'initié (Crim. 26 oct. 1995, *Bull. Crim.* n° 324, *Dr. Pén.* 1996, p. 189, J.-H. ROBERT). V. également certains arrêt qui évoquent la gravité de faits qui « *ont profondément et durablement troublé l'ordre public* » (Crim. 21 nov. 1996, *Bull. Crim.* n° 420, pour une infraction d'escroquerie ; v. également Crim. 24 juin 1998, *Bull. Crim.* n° 206, pour des destructions consécutives à un incendie).

⁴ CA Grenoble, 12^e ch. correct., section B, 7 sept. 2005, *JurisData* n° 2005-301488 : vol aggravé sur une personne de plus de 96 ans.

⁵ Crim. 6 déc. 2005, n° 04-86.442, *JurisData* n° 2005-031554 : tentative d'extorsion portant sur 20 millions de francs ; Crim. 14 juin 2006, n° 05-85. 912, *JurisData* n° 2006-034772 : abus de biens sociaux causant un préjudice de plus de 200 000 F. Au contraire, le fait que la victime d'une agression sexuelle ne soit pas « *apparue perturbée* » et « *ne présente pas de symptôme traumatique* » permet d'atténuer la sanction de l'auteur : CA Bourges, ch. spéc. mineurs, 3 mai 2007, *JurisData* n° 2007-344931.

subjectif, la personnalité de l'auteur. Il s'agit, là encore, d'un terme très large qui permet d'englober « *tout ce qui caractérise le coupable et fait de lui un être unique* »¹. Peuvent ainsi être pris en compte : son histoire personnelle, son éducation ou sa formation, sa structure psychologique (traits de caractère², troubles du comportement ou mentaux), sa situation qu'elle soit personnelle, familiale³ (célibataire, marié, avec ou sans enfant), professionnelle⁴, sociale, financière, etc. De plus, la juridiction de jugement peut prendre en compte le passé judiciaire du délinquant en alourdissant la peine de l'individu qui a fait l'objet de plusieurs condamnations⁵ ou au contraire en atténuant la peine de celui qui n'a pas d'antécédents judiciaires⁶. Le comportement de l'auteur à l'égard de la victime ou bien ses efforts pour se réinsérer conduisent souvent la jurisprudence à faire preuve de clémence⁷. Cette référence à la personnalité du délinquant semble donc suffisamment large pour englober sa capacité pénitentiaire, c'est-à-dire ses « *possibilités réceptives* »⁸ à l'égard de la sanction, permettant de lui proposer la sanction pénale la plus adaptée⁹.

¹ J. LEBLOIS-HAPPE, *op. cit.*, n° 32.

² Crim. 6 févr. 1997, *Gaz. Pal.* 1997, 1, p. 229, note J.-P. DOUCET : l'arrêt évoque le caractère immature et influençable d'un prévenu, homme de confiance et fidèle exécutant d'un co-prévenu, à qui il aurait apporté son concours lors de détournements de fonds.

³ CA Grenoble, 1^{er} ch. correct., 7 sept. 2005, *JurisData*, n° 2005-286569 : mère de quatre enfants confrontée à des « difficultés personnelles avérées ».

⁴ La profession peut alors être considérée comme un élément prouvant l'insertion sociale du délinquant, justifiant une certaine clémence : CA Versailles, 9^e ch., 19 mars 2007 (inédit), « *honnête enseignant qui n'a [...] jamais attiré défavorablement l'attention sur lui* ». La profession peut, à l'inverse, agir comme une circonstance permettant d'aggraver la répression lorsque l'infraction a été commise grâce ou à l'occasion de celle-ci : CA Grenoble, 30 janv. 2004, n° 03-00376 : condamnation pour abus de confiance d'un avocat à une peine complémentaire en raison de la « *gravité des faits au regard de la profession du prévenu* ».

⁵ V. ainsi l'arrêt qui précise que le prévenu est « *coutumier des faits de la prévention* », Crim. 18 sept. 1996, *Bull. Crim.* n° 324 ou qui constate que l'individu semble « *se complaire dans une délinquance bien établie, au vu des neuf condamnations mentionnées dans son casier judiciaire* », CA Caen, ch. app. correct., 28 juin 2004, *JurisData* n° 2005-301488. La loi fait d'ailleurs de la récidive, mais également de la réitération, une cause légale d'aggravation de la peine : v. ainsi les articles 132-8 et suivants du Code pénal pour la récidive et 132-16-7 du Code pénal pour la réitération.

⁶ CA Paris, 12^e ch. correct., 15 déc. 2000, *JurisData* n° 2000-137744 : réduisant la peine d'un prévenu qui n'était pas « *connu des services de police comme passeur régulier* » ; v. également CA Bordeaux, 8 févr. 2006 (inédit) : la Cour se référant explicitement à l'absence « *d'antécédents judiciaires* » du prévenu pour justifier une peine d'amende.

⁷ Rappelons d'ailleurs que le prévenu peut bénéficier d'une dispense de peine lorsque son reclassement est acquis, que le dommage causé est réparé et que le trouble à l'ordre public a cessé (art. 132-59 du Code pénal) ou d'un ajournement de peine si ces conditions sont en voie d'être réalisées (art. 132-60 et s. du Code pénal).

⁸ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, 1^{er} éd., 1967, n° 473, p. 471.

⁹ Sur cette question, v. M.-C. DESDEVISES, *Les risques des standards pénologiques, in L'individualisation de la peine, De Saleilles à aujourd'hui (réédition de la troisième édition de l'ouvrage de Raymond Saleilles et L'individualisation de la peine, Cent ans après Saleilles)*, Erès, 2001, p. 227 et s. ; v. également A. GARAPON, *Peine fixe v. individualisation : analyse d'un clivage culturel, Justices*, 1998, n° 9 (janv.-mars), p. 137 et s.

603 - Ce choix d'accompagner le critère objectif relatif aux circonstances de l'infraction d'un critère subjectif tel que la personnalité du délinquant témoigne donc de la volonté de permettre aux juridictions de jugement de donner à la peine un contenu qui ne serait plus uniquement punitif mais également utile, profitable au délinquant. La personnalisation de la peine peut ainsi être considérée comme la mise en œuvre pratique du concept de capacité pénitentiaire. C'est parce que le droit pénal reconnaît l'importance de l'aptitude à profiter de la sanction qu'il invite les juridictions pénales à adapter la sanction ainsi que son régime à la personnalité du délinquant. L'article 132-24 consacre par conséquent, au moyen de la référence à la personnalité du délinquant, le rôle joué par le concept de capacité pénitentiaire dans le cadre du choix de la sanction pénale¹.

604 - Cette personnalisation de la peine lors de son prononcé reste néanmoins limitée par l'impossibilité de mettre en place un régime adapté à chaque délinquant². En effet, la loi, par définition générale et impersonnelle, ne peut qu'offrir un cadre légal à l'intérieur duquel le juge pénal, tel un apprenti chimiste, est ainsi amené à choisir, à combiner, à aménager, voire à exclure certaines peines. Sous couvert de cette nécessaire personnalisation de la sanction, la juridiction de jugement peut notamment choisir de remplacer la peine d'emprisonnement généralement encourue en matière délictuelle par l'une des nombreuses peines alternatives à l'emprisonnement prévues par le Code pénal³. La priorité donnée à ces mesures⁴, jugées plus

¹ Modifié cinq fois depuis 2005, l'article 132-24 du Code pénal semble cristalliser les ambiguïtés et les paradoxes que connaît actuellement l'individualisation judiciaire de la sanction. Ces réécritures successives traduisent aussi bien l'importance de la personnalisation de la peine que son recul, notamment à travers l'obligation de motivation spéciale en matière correctionnelle en cas de récidive ou de réitération consacrée en mars 2007 puis abandonnée cinq mois plus tard (!) par la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 ou à travers la création des « peines planchers » par cette même loi du 10 août 2007.

² Cette limite était d'ailleurs déjà présente dans les premières tentatives d'individualisation subjective de la peine, qu'il s'agisse des positivistes italiens ou des travaux de SALEILLES. Si ces auteurs reconnaissaient ainsi la nécessité d'adapter la sanction à la personnalité de chaque délinquant, ils proposaient seulement de distinguer plusieurs types de délinquants auxquels correspondait un régime adapté.

³ Suite aux émeutes et aux mouvements de mutinerie qui ont éclaté au sein des prisons françaises durant l'été 1974, le législateur français n'a cessé, depuis cette date, de diversifier les peines pouvant être prononcées afin de limiter le recours systématique à l'emprisonnement et surtout aux courtes peines d'emprisonnement unanimement critiquées pour leur inefficacité et leur contre-productivité. Pour une critique des courtes peines d'emprisonnement, v. ainsi B. BOULOC, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, 4^e éd., 2011, n° 49.

⁴ Comme en témoigne l'élargissement des conditions de mise en œuvre du travail d'intérêt général par la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 qui a réduit la durée minimum du travail d'intérêt général initialement fixée à quarante heures à vingt heures, permettant ainsi comme le soulignait le rapport du Comité d'orientation restreint de la loi pénitentiaire de sanctionner de petits délits (infractions au Code de la route de faible gravité, par

profitables que l'emprisonnement, apparaît ainsi comme la consécration par le droit positif du concept de capacité pénitentiaire. Ce concept qui conduit à faire prévaloir les besoins du délinquant sur la nécessité de la répression explique ainsi la relative défiance du législateur à l'égard de l'emprisonnement, voire de la privation de liberté en général¹. La loi du 11 juillet 1975 apparaît d'ailleurs comme le symbole de cette tendance puisqu'en plus de la dispense de peine², elle a créé de nouvelles peines alternatives que le juge peut substituer à la peine d'emprisonnement et lui a également permis de prononcer à titre principal toute peine complémentaire encourue³. Cette diversification, toujours en cours à l'heure actuelle⁴ permet par conséquent au juge de choisir la peine la plus adaptée à la situation du délinquant et à ses besoins spécifiques, reflétant ainsi l'influence du concept de capacité pénitentiaire en droit pénal des majeurs. Entendue comme l'aptitude à profiter de la sanction, cette dernière apparaît donc comme le fondement théorique de la personnalisation de la sanction conduisant sinon à choisir la peine la plus profitable au délinquant, au moins à l'adapter à sa personnalité. Toutefois, la personnalisation de la sanction n'est pas la seule conséquence de la prise en considération du concept de capacité pénitentiaire. En effet, ce dernier explique également le développement de mesures nouvelles visant non plus à punir le délinquant mais à favoriser sa réinsertion ou son reclassement social.

exemple) commis par des prévenus démunis, tout en évitant le recours à l'emprisonnement avec sursis souvent dépourvu de signification.

¹ Comme en témoignent les nombreuses hypothèses dans lesquelles une motivation spéciale est nécessaire lorsque la privation de liberté d'un individu est en jeu : v. ainsi le placement ou le maintien en détention provisoire (art. 137-3, 143-1, 144 et 179 du Code de procédure pénale), le maintien de la détention à l'égard du prévenu détenu (art. 464-1 du Code de procédure pénale), le mandat de dépôt ou d'arrêt décerné contre le prévenu récidiviste (art. 465-1 du Code de procédure pénale), l'incarcération du condamné lors de la révocation totale ou partielle d'un sursis avec mise à l'épreuve ordonnée en cas de nouvelle infraction (art. 132-51 du Code pénal), ou bien encore le prononcé d'une rétention de sûreté (art. 706-53-15 du Code de procédure pénale).

² Sur la dispense de peine, v. *supra* n° 542 et s.

³ Art. 43-1 du Code pénal en vigueur à l'époque, devenu aujourd'hui l'article 131-11 du Code pénal.

⁴ Il existe aujourd'hui une quinzaine de peines alternatives à l'emprisonnement prévues à l'article 131-6 du Code pénal. Du fait de la faible diversité des peines en matière criminelle, c'est davantage à travers la fixation du quantum de la sanction que la juridiction de jugement peut véritablement adapter la sanction à la situation spécifique et aux besoins de l'accusé.

B- Le développement de mesures nouvelles fondées sur la capacité pénitentiaire

605 - Deux mouvements récents illustrent l'influence du concept de capacité pénitentiaire sur les sanctions pénales actuelles : à une multiplication de mesures d'un genre nouveau (1), s'ajoute une volonté croissante d'associer le délinquant au choix ou à l'exécution de sa peine (2).

1- La multiplication de mesures d'un genre nouveau

606 - Afin de permettre au délinquant de profiter de la sanction à laquelle il a été condamné, le droit pénal reconnaît la possibilité d'aménager les peines privatives de liberté, souvent réputées néfastes à la resocialisation du délinquant dans le sens d'une plus grande prise en compte de l'aptitude pénitentiaire du délinquant (a), allant même jusqu'à développer, depuis quelques dizaines d'années, des peines à visée sociale ou médicale (b)

a) Les divers aménagements possibles des peines privatives de liberté

607 - La nécessité de proposer des peines dont délinquant sera susceptible de profiter a également conduit le législateur à permettre aux juridictions de jugement d'aménager le régime des peines classiques telles que les peines privatives de liberté afin de leur donner un contenu plus socio-éducatif¹. Le sursis avec mise à l'épreuve permet ainsi à la juridiction de jugement d'accompagner la dispense d'exécution qu'implique le sursis de mesures de contrôle² et de mesures spéciales prévues à l'article 132-45 du Code pénal. Leur contenu est très large puisque sont prévus notamment l'obligation de ne pas engager de paris, notamment dans les organismes de paris mutuels³ ou de ne pas fréquenter les débits de boissons⁴, mais

¹ Ceci est d'autant plus important en matière criminelle du fait, on l'a vu, de la faible diversité des peines existantes.

² Ces mesures sont prévues à l'article 132-44 du Code pénal. On trouve notamment l'obligation de répondre aux convocations du juge de l'application des peines ou d'un travailleur social désigné, l'obligation de recevoir les visites du travailleur social et lui communiquer les renseignements ou documents de nature à permettre le contrôle de ses moyens d'existence et de l'exécution de ses obligations, etc.

³ Art. 132-45, 10° du Code pénal.

⁴ Art. 132-45, 11° du Code pénal.

également des mesures analogues aux peines alternatives à l'emprisonnement tels que l'interdiction de conduire certains véhicules¹, de se livrer à l'activité professionnelle dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise², de paraître en tout lieu spécialement désigné³, d'entrer en contact avec certaines personnes, notamment la victime de l'infraction⁴, d'accomplir un stage de sensibilisation à la sécurité routière⁵ ou de citoyenneté⁶, etc. Qu'il s'agisse de rompre le lien qui unit l'individu et un milieu criminogène⁷, ou de favoriser le reclassement de l'auteur d'une infraction⁸, toutes ces mesures permettent de donner à la peine un contenu plus profitable au délinquant mais également plus adapté à sa situation et à ses besoins. On comprend alors le succès du sursis avec mise à l'épreuve ainsi que la création en 1983 d'un nouveau type de sursis, le sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général⁹, la vertu socio-éducative du travail d'intérêt général correspondant parfaitement à la finalité du sursis avec mise à l'épreuve¹⁰, la seule spécificité résidant dans le fait que c'est l'accomplissement du travail d'intérêt général qui met fin au sursis et rend non avenue la condamnation, même si les mesures de l'article 132-45 auxquelles le probationnaire peut être soumis peuvent perdurer sous réserve de ne pas excéder la durée maximale de dix-huit mois¹¹. Enfin, l'article 132-46 du Code pénal prévoit la

¹ Art. 132-45, 7° du Code pénal.

² Art. 132-45, 8° du Code pénal.

³ Art. 132-45, 9° du Code pénal.

⁴ Art. 132-45, 13° du Code pénal.

⁵ Art. 132-45, 15° du Code pénal.

⁶ Art. 132-45, 18° du Code pénal.

⁷ On parle alors de mesures « *disjonctives* », définies par B. BOULOC comme des mesures qui visent à « *empêcher la conjonction de facteurs criminogènes. Il en est ainsi lorsque l'individu se voit infliger une série de prohibitions touchant ses déplacements, les lieux qu'il ne doit pas fréquenter, les activités professionnelles qu'il ne doit pas exercer* », *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, 4^e éd., 2011, n° 69, p. 46.

⁸ Ainsi de l'obligation d'exercer une activité professionnelle ou de suivre un enseignement ou une formation professionnelle (art. 132-45, 10° du Code pénal), de se soumettre à des mesures d'examen médical, de traitement ou de soins (art. 132-45, 11° du Code pénal), voire dans certains cas à une injonction thérapeutique, etc.

⁹ Qualifié en pratique de « sursis-TIG ». Il obéit au régime du sursis avec mise à l'épreuve puisque comme l'indique l'article 132-56 du Code pénal, « l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général est assimilée à une obligation particulière du sursis avec mise à l'épreuve ». Aux mesures de contrôle et aux obligations qui peuvent être décidées s'ajoute simplement l'obligation spécifique d'accomplir un travail d'intérêt général pour une durée de vingt à deux cent dix heures, un travail d'intérêt général non rémunéré au profit soit d'une personne morale de droit public, soit d'une personne morale de droit privé chargée d'une mission de service public ou d'une association habilitée à mettre en œuvre des travaux d'intérêt général (art. 132-54 du Code pénal).

¹⁰ Cela explique aussi que le sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général soit possible pour les mineurs : l'art. 20-5 de l'ordonnance du 2 février 1945 précisant tout de même que « les travaux d'intérêt général doivent être adaptés aux mineurs et présenter un caractère formateur ou de nature à favoriser l'insertion sociale des jeunes condamnés ».

¹¹ Art. 132-54, al. 2 du Code pénal.

possibilité de prononcer des mesures d'aide ayant « pour objet de seconder les efforts du condamné en vue de son reclassement social ». Ces mesures¹ illustrent la volonté de ne pas limiter la réponse pénale à une simple répression des comportements illicites, mais de développer également une politique pénale de prévention en mettant en place des mesures visant à favoriser l'insertion ou la réinsertion des délinquants, voire en créant de véritables peines poursuivant le même objectif.

b) L'émergence de sanctions à finalité sociale

608 - De nouvelles peines illustrent bien cette volonté de promouvoir la réinsertion ou la resocialisation du délinquant plutôt qu'à le sanctionner. Créé par la loi du 10 juin 1983, le travail d'intérêt général se définit par exemple comme la réalisation d'un travail « non rémunéré au profit soit d'une personne morale de droit public, soit d'une personne morale de droit privé chargée d'une mission de service public ou d'une association habilitées à mettre en œuvre des travaux d'intérêt général »². Cette sanction possède, on le voit, un fort caractère socio-éducatif³ puisqu'elle permet de lutter dans une certaine mesure contre la désocialisation qui est souvent à l'origine de la commission d'une infraction. Il s'agit alors de faire prendre conscience à l'individu de sa place dans la société et d'éviter ainsi le renouvellement d'une infraction. Si cette peine représente environ 20% de l'ensemble des condamnations à une peine alternative à l'emprisonnement⁴, il faut toutefois relativiser son importance compte tenu du fait qu'elle ne représente que 2% de l'ensemble des mesures prononcées en matière correctionnelle. Cette peine d'un genre nouveau a tout de même permis de développer ce que certains pays étrangers qualifient de « *sanctions communautaires* »⁵ car elles laissent

¹ Elles prennent la forme comme l'indique l'article 132-46 du Code pénal « d'une aide à caractère social et, s'il y a lieu, d'une aide matérielle » et sont mises en œuvre par le service d'insertion et de probation avec la participation, le cas échéant, d'organismes publics et privés.

² Art. 131-8 du Code pénal.

³ Ce qui explique qu'elle ait été étendue aux mineurs par l'article 20-5 de l'ordonnance du 2 février 1945 qui précise toutefois que « les travaux d'intérêt général doivent être adaptés aux mineurs et présenter un caractère formateur ou de nature à favoriser l'insertion sociale des jeunes condamnés ».

⁴ Le travail d'intérêt général représentait ainsi 19,12% des condamnations à une peine alternative en 2002, 20,46% en 2003, 22,52% en 2004, 22,35% en 2005 et 23,8% en 2006. Source : *Annuaire statistique de la Justice*, édition 2008.

⁵ Sur cette question v. notamment J. H. SYR, *Les avatars de l'individualisation dans la réforme pénale*, RSC 1994, p. 225 et s.

l'individu dans son milieu, évitant ainsi la désocialisation dangereuse de la prison. On peut ainsi citer les différents stages prévus par le Code pénal, qu'il s'agisse du stage de citoyenneté visant à rappeler « *les valeurs républicaines de tolérance et de respect de la dignité humaine sur lesquelles est fondée la société* »¹, mais également des stages de sensibilisation à la sécurité routière ou aux dangers de l'usage de produits stupéfiants ou bien du stage de responsabilité parentale, ces derniers étant prévus à titre spécial pour certaines infractions au titre de peines complémentaires². Enfin, la peine de sanction-réparation³, mesure de justice restaurative créée par la loi du 5 mars 2007, permet d'obliger le délinquant à indemniser la victime par le versement d'une somme d'argent ou, et c'est probablement l'hypothèse la plus originale, en nature⁴, sous réserve de l'accord de l'auteur et de la victime. A côté de cette peine aux vertus socio-éducative, on trouve également une peine dont les objectifs sont davantage le soin et l'accompagnement thérapeutique du délinquant.

609 - Le suivi socio-judiciaire, introduit par la loi n° 98-468 du 17 juin 1998⁵, permet de soumettre les auteurs⁶ de certaines infractions strictement délimitées par le législateur⁷ à un contrôle de nature judiciaire, social ou médico-psychologique qui débute après la libération du

¹ Art. 131-5-1 du Code pénal.

² Citons par exemple la conduite sous l'influence de substances ou plantes classées comme stupéfiants réprimée par l'art. L. 235-1 du Code de la route qui prévoit l'obligation d'accomplir, au frais de la personne condamnée, un stage de sensibilisation à la sécurité routière (art. L. 235-1, 6° du Code de la route) ou aux dangers de l'usage de produits stupéfiants (art. L. 235-1, 7° du Code de la route), ou bien l'article 222-45, 5° du Code pénal qui prévoit l'obligation d'accomplir un stage de responsabilité parentale pour les infractions à l'intégrité physique ou psychique de la personne prévues par les sections 1, 3 et 4.

³ Pour une analyse de cette nouvelle peine à mi-chemin entre une mesure pénale répressive et une mesure civile d'indemnisation, v. M. GIACOPELLI, D. 2007, *Point de vue* p. 1551 ; Ph. SALVAGE, *Dr. Pén.* 2008, Études n° 9.

⁴ L'article 131-8-1 du Code pénal prévoit en effet la possibilité pour l'auteur de procéder à la remise en état d'un bien endommagé lors de la commission de l'infraction.

⁵ Cette peine est donc applicable depuis le 20 juin 1998 mais uniquement pour des faits commis à compter de cette date, Crim. 2 septembre 2004, *Bull. Crim.* n° 197.

⁶ Il est important de noter que le suivi socio-judiciaire concerne tout aussi bien les majeurs que les mineurs (art. 20-4 *a contrario* de l'ordonnance du 2 février 1945, même si, comme il s'agit d'une peine, le suivi socio-judiciaire ne peut être prononcé qu'à l'encontre d'un mineur de plus de treize ans, conformément à l'art. 2 de l'ordonnance de 1945).

⁷ Est donc illégale la décision qui prononce un suivi socio-judiciaire pour une infraction qui ne le prévoit pas expressément : Crim. 2 sept. 2004, *Bull. Crim.* n° 198, pour des violences volontaires en réunion ; Crim. 18 févr. 2004, *Bull. Crim.* n° 47, pour le meurtre d'un mineur de quinze ans. Sur ces deux espèces v. le commentaire de J. LEBLOIS-HAPPE, *AJ pénal* 2004, p. 405.

condamné¹ pour une durée déterminée par la juridiction de jugement. Initialement limité aux infractions sexuelles², on observe une tendance nette à un élargissement du domaine du suivi socio-judiciaire avec la loi du 12 décembre 2005³ relative au traitement de la récidive des infractions pénales mais également la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance⁴.

610 - Qualifiée par la doctrine de « *peine pas comme les autres* »⁵, il se caractérise surtout par les très nombreuses mesures qui peuvent être décidées pour « *habiller* » ce suivi. En effet, le suivi socio-judiciaire est la mesure répressive qui comprend « *le plus vaste corpus d'obligations* »⁶. Aux mesures de surveillance de droit commun de l'article 132-44 du Code pénal⁷ et aux obligations particulières de l'article 132-45 du Code pénal⁸, s'ajoute en outre

¹ Notons qu'en matière correctionnelle, le suivi socio-judiciaire peut être prononcé soit à titre de peine principale, indépendamment d'une peine privative de liberté (131-36-7 du Code pénal) soit à titre de peine complémentaire en plus d'une peine d'emprisonnement, ou, même si le cas paraît plus rare, d'une peine d'amende (art. 131-10 du Code pénal). Dans les autres cas, le suivi socio-judiciaire est prononcé en complément d'une peine privative de liberté, ferme ou avec un sursis simple, mais dans le cas d'une peine ferme, il s'applique alors, conformément à l'article 131-36-5 du Code pénal, à compter du jour où la privation de liberté a pris fin, ce qui en fait un suivi post-carcéral.

² Comme par exemple le meurtre ou l'assassinat d'un mineur, précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie (art. 221-9-1 du Code pénal), ou bien le viol, les agressions sexuelles ou l'exhibition sexuelle (art. 222-48-1 du Code pénal renvoyant aux articles 222-23 à 222-32 du Code pénal), etc.

³ Le suivi socio-judiciaire a ainsi été étendu à certaines infractions contre la vie (qu'il s'agisse du meurtre, du meurtre qui précède, accompagne ou suit un autre crime, de l'assassinat, du meurtre aggravé, de l'empoisonnement, etc. (art. 221-9-1 du Code pénal qui renvoie aux articles 221-1 à 221-5-3 du Code pénal), à l'enlèvement et à la séquestration (art. 224-10 du Code pénal renvoyant aux articles 224-1 à 224-5-2 du Code pénal), mais également à certaines destructions. Le Code pénal prévoit ainsi la possibilité de prononcer une peine de suivi socio-judiciaire à l'égard de celui qui se rend coupable de destruction, dégradation ou détérioration d'un bien par une substance explosive, un incendie ou tout autre moyen de nature à créer un danger pour les personnes, ainsi que le fait de diffuser par tout moyen des procédés permettant la fabrication d'engins de destruction (art. 322-18 du Code pénal qui renvoie aux articles 322-6 à 322-11 du Code pénal).

⁴ Ont ainsi été ajoutés en 2007 les actes de violence intrafamiliale (article 222-48-1 du Code pénal visant les violences commises par le conjoint ou ex-conjoint ou le concubin ou ex-concubin de la victime ou le partenaire ou ex-partenaire lié à celle-ci par un pacte civil de solidarité, ainsi que les actes de violence commis sur un mineur de quinze ans, par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur la victime), mais également le délit de propositions sexuelles à un mineur de quinze ans ou à une personne se présentant comme telle en utilisant un moyen de communication électronique (art. 227-31 du Code pénal renvoyant à l'article 227-22-1 du Code pénal).

⁵ P. COUVRAT, *Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres*, RSC 1999, p. 376 et s.

⁶ B. LAVIELLE, M. JANAS, X. LAMEYRE, *Le guide des peines*, Dalloz, 4^e éd., 2008, n° 74.11 A, p. 902.

⁷ Qui accompagnent, on l'a vu, le sursis avec mise à l'épreuve, mais également les différents aménagements de peine tels que la semi-liberté, le placement extérieur ou bien la libération conditionnelle.

⁸ Notons que les obligations spécifiques au suivi socio-judiciaire prévues à l'article 131-36-2 du Code pénal (s'abstenir de paraître en tout lieu ou toute catégorie de lieux spécialement désigné, et notamment les lieux accueillant habituellement des mineurs, de fréquenter ou d'entrer en relation avec certaines personnes ou certaines catégories de personnes, et notamment des mineurs et ne pas exercer une activité professionnelle ou

une des mesures principales du suivi socio-judiciaire, l'injonction de soins¹. Cette mesure emblématique du suivi socio-judiciaire vise à proposer au condamné un traitement médico-psychologique axé autour d'un médecin coordinateur chargé de superviser le traitement et de faire le lien avec le juge de l'application des peines et d'un médecin ou un psychologue qui entreprendra un traitement médico-psychologique et délivrera au condamné des attestations de suivi de traitement. Si cette injonction de soins était à l'origine facultative, la pratique y avait généralement recours de façon quasi systématique. Aussi, afin de rendre compte de cette pratique, le législateur a d'une part, étendu le champ d'application de l'injonction de soin en admettant son existence même lorsque qu'un suivi socio-judiciaire n'avait pas été décidé par la juridiction de jugement², et d'autre part, imposé le recours à l'injonction de soins lorsqu'un suivi socio-judiciaire avait été prononcé dès lors qu'une expertise établit l'aptitude au traitement du condamné³. Si l'on ne peut que se réjouir de cette référence explicite à la « possibilité d'un traitement »⁴ qui renvoie directement à la question de l'aptitude du délinquant à subir et à profiter d'un traitement médical dans le cadre d'un suivi-socio-judiciaire, elle semble pourtant contredite par certaines réformes récentes.

611 - L'article 131-36-4 du Code pénal modifié par la loi du 10 août 2007 précise en effet qu'à défaut d'une décision visant à écarter l'injonction de soins, « la personne condamnée à

bénévole impliquant un contact habituel avec des mineurs) ont été intégrées par la loi du 10 mars 2010 aux obligations générales du sursis avec mise à l'épreuve prévues à l'article 132-45 du Code pénal. Sur cette « intégration » à l'article 132-45 du Code pénal des mesures spécifiques au suivi socio-judiciaire, v. M. HERZOG-EVANS, *La loi « récidive III » : extension et aggravation de la « probation » obligatoire*, D. 2010, p. 1434.

¹ P. DARBEDA, *L'injonction de soins et le suivi socio-judiciaire*, RSC 2001 p. 625 et s.

Notons que l'injonction de soins ne doit pas être confondue avec l'obligation de soins consistant à obliger un individu à « se soumettre à des mesures d'examen médical, de traitement ou de soins » prévue à l'article 132-45 du Code pénal. Sur cette mesure v^o « *Peine (Exécution)* », *Rép. Pén.*, par M. HERZOG-EVANS, n° 490.

² L'injonction de soins peut en effet être désormais prononcée en dehors du suivi socio-judiciaire, dans le cadre d'une libération conditionnelle (art. 731-1, al. 1^{er} du Code de procédure pénale), d'une surveillance judiciaire (art. 723-30 *in fine* du Code de procédure pénale), voire depuis la loi du 25 février 2008, d'une surveillance de sûreté ou d'une rétention de sûreté, le seul dénominateur commun étant que le suivi socio-judiciaire doit être seulement encouru pour l'infraction justifiant le prononcé d'une telle mesure. L'article 132-45-1 du Code pénal prévoyait également l'injonction de soins dans le cadre d'un sursis avec mise à l'épreuve, mais cette hypothèse a été supprimée par la loi du 10 mars 2010.

³ Ainsi, lorsqu'un suivi socio-judiciaire a été décidé par la juridiction de jugement sans toutefois être assorti d'une obligation de soins, le juge de l'application des peines doit ordonner une expertise médicale afin de savoir si un traitement est envisageable. Dans l'hypothèse d'une expertise favorable à un traitement, l'injonction de soins est alors de droit sauf si le juge décide de l'écarter (art. 763-3, al. 3 du Code de procédure pénale).

⁴ Art. 763-3, al. 3 du Code de procédure pénale.

un suivi socio-judiciaire est soumise à une injonction de soins dans les conditions prévues aux articles L. 3711-1 et suivants du Code de la santé publique, s'il est établi qu'elle est susceptible de faire l'objet d'un traitement, après une expertise médicale ordonnée conformément aux dispositions du Code de procédure pénale ». Autrefois facultative, l'injonction est donc désormais quasi automatique dès lors qu'un suivi socio-judiciaire est décidé, voire, et c'est plus critiquable, encouru. En effet, même si aucun suivi socio-judiciaire n'a été décidé par la juridiction de jugement, l'individu qui bénéficierait d'une libération conditionnelle pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru devra, en principe, être soumis à une injonction de soins, sauf si une expertise médicale conclut à l'inaptitude pénitentiaire du délinquant à l'égard de l'injonction de soins¹. Le fait d'avoir commis une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru entraîne donc depuis la loi du 10 août 2007², le prononcé d'une injonction de soins soit dans le cadre du suivi socio-judiciaire si ce dernier a été prononcé³, soit dans le cadre d'une libération conditionnelle⁴. On ne peut que regretter ce développement quasi-automatique de l'injonction de soins aboutissant à inverser le rôle joué par la capacité pénitentiaire dans ce domaine dans la mesure où elle ne vise plus à choisir ou à adapter la sanction en fonction des besoins du délinquant, mais permet au contraire d'exclure une sanction quasiment automatique, lorsqu'elle paraît inopportune.

612 - C'est d'autant plus inquiétant que l'injonction de soins, peut-être plus que toutes les autres obligations pouvant accompagner un suivi socio-judiciaire, nécessite l'accord et la participation active du condamné. Or, afin d'inciter l'individu à se soigner, le législateur a admis la possibilité pour la juridiction de jugement de prévoir une peine d'emprisonnement pouvant être mise à exécution en cas de non-respect des obligations du suivi socio-judiciaire⁵,

¹ « Si la personne condamnée à un suivi socio-judiciaire n'a pas été soumise à une injonction de soins, le juge de l'application des peines ordonne en vue de sa libération une expertise médicale afin de déterminer si elle est susceptible de faire l'objet d'un traitement. S'il est établi à la suite de cette expertise la possibilité d'un traitement, la personne condamnée est soumise à une injonction de soins, sauf décision contraire du juge de l'application des peines », art. 763-3 du Code de procédure pénale.

² Notons que cette loi retarde l'application de l'article 131-36-4 du Code pénal au 1^{er} mars 2008.

³ Art. 131-36-4 du Code pénal.

⁴ Art. 731-1 du Code de procédure pénale.

⁵ Art. 131-36-4, al. 1^{er} *in fine* qui renvoie à l'alinéa 3 de l'article 131-36-1 du Code pénal. Selon ce dernier article, la juridiction de jugement fixe alors le montant maximum de l'emprisonnement encouru par le condamné en cas d'inobservation des obligations qui lui sont imposées. Cet emprisonnement ne peut excéder trois ans en cas de condamnation pour délit et sept ans en cas de condamnation pour crime.

notamment l'injonction de soins¹ ou le placement sous surveillance électronique². Cette faculté qui permet à la juridiction répressive qui prononce un suivi socio-judiciaire de prévoir *ab initio* la sanction applicable en cas de violation des obligations du suivi socio-judiciaire s'explique par le fait que le suivi socio-judiciaire est mis en œuvre par le juge de l'application des peines qui ne peut prononcer une peine d'emprisonnement à l'égard d'un individu n'ayant pas respecté les obligations découlant du suivi socio-judiciaire. Aussi est-il apparu nécessaire que la juridiction de jugement prévoie, par avance, la sanction encourue en cas de non-respect d'une ou de plusieurs des obligations du suivi. Si cette hypothèse, jugée « *fort curieu[se]* »³ par certains auteurs, se justifie au regard des compétences du juge de l'application des peines, elle soulève néanmoins quelques difficultés.

613 - En effet, la fixation d'une sanction par une juridiction de jugement suppose une décision de cette même juridiction. Or, comment doit-on procéder lorsque l'injonction de soins est prononcée à l'issue de celle-ci, comme le prévoit l'article 731-1 du Code de procédure pénale ? La même question se pose lorsqu'une injonction de soins accompagnera la décision visant à placer tout individu condamné pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru, sous le régime de la surveillance judiciaire⁴ ou de la surveillance⁵. Le Code de procédure pénale prévoit en effet que le fait de refuser de commencer ou de poursuivre un traitement dans le cadre d'une injonction de soins peut donner lieu, selon les cas, à l'incarcération provisoire prévue par l'article 712-19 du Code de

¹ « Constitue pour le condamné une violation des obligations qui lui ont été imposées le fait de refuser de commencer ou de poursuivre le traitement prescrit par le médecin traitant et qui lui a été proposé dans le cadre d'une injonction de soins », Article 763-5, al. 3 du Code de procédure pénale.

² Art. 131-36-12 du Code pénal renvoyant à l'article 131-36-1, al. 3 du Code pénal.

³ Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 6^e éd., 2002, n° 456, p. 247.

⁴ Art. 723-30 *in fine* du Code de procédure pénale

⁵ Curieusement l'article 706-47-1 du Code de procédure pénale n'évoque pas la possibilité de prononcer une injonction de soins dans le cadre d'une mesure de rétention de sûreté, puisqu'il n'évoque que le suivi socio-judiciaire, la libération conditionnelle, la surveillance judiciaire et la surveillance de sûreté. Il semble toutefois que l'injonction de soins paraisse redondante avec la rétention de sûreté dans la mesure où cette dernière consiste en un placement dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté qui propose, selon l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale, « une prise en charge médicale, sociale et psychologique ». Cette opinion semble d'ailleurs partagée par le législateur puisqu'il considère que la rétention de sûreté suspend le suivi socio-judiciaire qui ne s'appliquera qu'à compter du jour où la rétention prendra fin, v. l'art. 706-53-20 du Code de procédure pénale.

procédure pénale¹, voire au placement en rétention de sûreté dans l'hypothèse du non-respect d'une injonction de soins décidée en plus d'une surveillance de sûreté². S'il apparaît évidemment nécessaire de prévoir des moyens de pression afin d'inciter les individus à respecter les obligations qui pèsent sur eux, l'accélération récente de cette tendance semble inquiétante. L'extension du suivi socio-judiciaire, aussi bien dans son domaine que dans sa durée, ainsi que le recours quasi systématique à l'injonction de soins³, traduisent selon nous une tendance récente visant à renforcer et à durcir la réponse pénale en cas d'inexécution de la peine ou des obligations qui en découlent⁴. Le système « original » consacré en 1998 pour le suivi socio-judiciaire a ainsi été étendu à d'autres hypothèses, qu'il s'agisse du stage de citoyenneté, des peines privatives ou restrictives de liberté de l'article 131-6 ou du travail d'intérêt général⁵, mais également de la sanction-réparation⁶. On peut s'inquiéter de cette pénalisation dangereuse qui gagne l'exécution des peines et qui se traduit, soit par le développement de mesures obligeant la juridiction de jugement à prévoir, *ab initio*, des

¹ Cet article vise les cas de sursis avec mise à l'épreuve, sursis avec obligation d'accomplir un travail d'intérêt général, suivi socio-judiciaire, surveillance judiciaire, suspension ou fractionnement de peine ou bien libération conditionnelle. Remarquons d'ailleurs que cette dernière hypothèse (non-respect d'une injonction de soins accompagnant une libération conditionnelle) fait l'objet d'une disposition spécifique à l'article 733, al. 2 du Code de procédure pénale.

² Hypothèse prévue à l'article 706-53-19, al. 3 du Code de procédure pénale : « Constitue une méconnaissance par la personne sous surveillance de sûreté des obligations qui lui sont imposées susceptible de justifier son placement en rétention de sûreté, dans les conditions prévues par le troisième alinéa, le fait pour celle-ci de refuser de commencer ou de poursuivre le traitement prescrit par le médecin traitant et qui lui a été proposé dans le cadre d'une injonction de soins ».

³ Mesure qui est considérée par plusieurs auteurs comme une véritable mesure de sûreté : « *La mesure de l'injonction de soins répond vraiment à la notion de mesure de sûreté, car son principe va dépendre de l'état dangereux de l'intéressé, c'est-à-dire de la grande probabilité de le voir à nouveau violer la loi pénale, et de la possibilité d'un traitement visant à éliminer l'état dangereux et à empêcher ainsi la récurrence* », H. MATSOPOULOU, *Le renouveau des mesures de sûreté*, D. 2007, p. 1609, ainsi que les références données par l'auteur.

⁴ Une incohérence du droit pénal moderne traduit assez bien cette tendance répressive. Si l'emprisonnement n'est plus possible en matière contraventionnelle, l'article 434-42 du Code pénal permet tout de même de prononcer un emprisonnement pouvant aller jusqu'à deux ans à l'encontre d'un individu qui n'aurait pas respecté les obligations découlant d'un travail d'intérêt général qui aura pu être décidé pour sanctionner la commission d'une contravention de cinquième classe. S'il existe bien deux infractions distinctes, la contravention initiale ayant permis le prononcé du travail d'intérêt général et le délit de violation des obligations résultant de la peine de travail d'intérêt général, il n'en reste pas moins que la possibilité de prononcer une peine d'emprisonnement à la suite d'une peine destinée à l'éviter dans un domaine où l'emprisonnement n'est pas possible reste assez difficile à justifier...

⁵ Ces trois sanctions sont visées à l'art. 131-9 al. 2 du Code pénal.

⁶ Art. 131-8-1, al. 5 du Code pénal.

sanctions qui seront mises à exécution par le juge de l'application des peines¹, soit par la création d'infractions autonomes² caractérisées par le non-respect des obligations qui découlent de certaines peines.

614 - Toutes ces mesures d'un genre nouveau participent d'un profond changement de philosophie du droit pénal qui ne vise plus seulement à sanctionner mais également à favoriser le reclassement social du délinquant. Ce mouvement dont on ne peut que se féliciter, s'accompagne également d'une plus grande place accordée au délinquant dans le choix ou l'exécution de sa peine.

2- L'association croissante du délinquant à sa peine

615 - On constate en effet un accroissement des mesures nécessitant le consentement³ ou au moins l'adhésion du délinquant (a), comme l'illustre la création récente du parcours d'exécution des peines (b).

a) Le développement de mesures nécessitant l'adhésion du délinquant

616 - Il existe en effet de plus en plus de peines dont le contenu exige l'assentiment du délinquant. De nombreuses mesures nécessitent ainsi le consentement de celui qui doit la subir, parmi lesquelles le travail d'intérêt général⁴, le stage de citoyenneté¹, la sanction-

¹ La mise à exécution par le juge de l'application des peines de la peine d'emprisonnement décidée *ab initio* par la juridiction de jugement présente d'ailleurs un inconvénient pratique. En effet, si l'article 763-5 du Code de procédure pénale prévoit la possibilité pour le juge de l'application des peines de mettre à exécution, partiellement ou totalement, la peine prévue par la juridiction de jugement, le dernier alinéa de cet article précise que la durée de l'emprisonnement ne peut excéder la durée fixée par celle-ci¹. Cette limite suppose donc à la fois que la juridiction de jugement prévoit une peine assez importante mais également que le juge de l'application des peines privilégie une exécution partielle, surtout pour les manquements légers aux obligations du suivi socio-judiciaire.

² La plupart de ces délits sont regroupés dans le Code pénal au sein d'un paragraphe réprimant « les autres (*sic*) atteintes à la justice pénale » (art. 434-38 à 434-43 du Code pénal). Notons que le manquement aux obligations découlant de l'inscription au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (FJNAISV) est, quant à lui, prévu à l'article 706-53-5 du Code de procédure pénale.

³ Sur cette question, X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, 2002.

⁴ Art. 131-8, al. 2 du Code pénal.

réparation lorsque la réparation doit être opérée en nature², l'injonction de soins ou le placement sous surveillance électronique mobile décidées dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire³. On pourrait également ajouter à cette liste le placement sous surveillance électronique⁴, même s'il ne s'agit pas à proprement parler d'une peine mais d'une modalité d'exécution de certaines peines d'emprisonnement et le placement électronique mobile à titre de mesure de sûreté⁵. La multiplication de ce type de mesures qui supposent le consentement du délinquant confère à la capacité pénitentiaire une dimension nouvelle. En exigeant le consentement du délinquant, ces peines lui reconnaissent une place, un rôle à jouer dans la détermination de la sanction. Le délinquant n'est plus seulement le sujet passif de la sanction mais devient, dans une certaine mesure, acteur de celle-ci. L'émergence d'une certaine aptitude du délinquant à consentir et à prendre part à la détermination de la sanction apparaît ainsi comme la conséquence logique de la reconnaissance de la capacité pénitentiaire. En outre, la nécessité de recueillir le consentement du délinquant permet également de garantir le bon déroulement de son exécution. On peut d'ailleurs remarquer que le Code pénal prévoit pour la plupart de ces mesures la possibilité de fixer une peine d'emprisonnement ou d'amende si le condamné ne respecte pas les obligations ou les interdictions qui en découlent. Si ce recours à la peine privative de liberté que ces peines avaient pour but d'éviter ou à l'amende a pu être critiqué, il semble toutefois intéressant de permettre⁶ aux juridictions de jugement d'assortir ces mesures d'une peine qui pourra être mise à exécution si le condamné ne respecte pas certaines obligations ou interdictions. Ces dispositions qui consacrent l'importance d'une association de l'individu à sa sanction ainsi que l'instauration d'une certaine progressivité dans la peine, témoignent de l'influence des idées de la Défense sociale

¹ Art. 131-5-1 du Code pénal.

² Art. 131-8-1, al. 3 du Code pénal.

³ Art. 131-36-4 du Code pénal et art. 723-35, al. 2 du Code de procédure pénale pour l'injonction de soins et art. 763-3, al. 4 du Code de procédure pénale pour le placement sous surveillance électronique mobile.

⁴ Art. 132-26-1, al. 3 du Code pénal.

⁵ Art. 763-10 du Code de procédure pénale.

⁶ L'article 131-9 du Code pénal prévoit qu'il ne s'agit que d'une possibilité comme le prouve l'utilisation du verbe pouvoir : « la juridiction *peut* fixer la durée maximum de l'emprisonnement ou le montant maximum de l'amende... ». La juridiction est donc libre de décider de ne pas prévoir de sanction en cas d'inexécution. De plus, même pour la peine de sanction-réparation qui semble nécessiter la prévision expresse d'une peine en cas d'inexécution de l'obligation de réparation (l'article 131-8-1 du Code pénal précisant que « la juridiction *fixe* le montant maximum de l'amende... » et non pas « *peut* fixer »), la mise à exécution de l'amende n'est pas automatique puisqu'elle est prononcée par le juge de l'application des peines qui dispose d'un pouvoir d'appréciation.

nouvelle développées par M. ANCEL. Ce dernier n'envisageait pas la responsabilité individuelle comme la simple condition théorique de l'intervention étatique mais en faisait plutôt un élément à développer chez le délinquant, un but à atteindre, ce que semble consacrer la majorité des peines alternatives à l'emprisonnement qui se fondent sur l'aptitude pénitentiaire du délinquant. La multiplication de ces peines nécessitant l'adhésion du délinquant a d'ailleurs conduit le législateur à « repenser » la peine privative de liberté en proposant une mesure assez originale, le parcours d'exécution des peines, permettant d'associer le délinquant à l'exécution de la peine privative de liberté qu'il doit exécuter.

b) La consécration récente du parcours d'exécution des peines

617 - Au sein de chaque établissement pénitentiaire, il est désormais prévu d'établir avec le détenu un « parcours d'exécution des peines »¹. La mise en place d'une telle mesure était souhaitée par le Conseil de l'Europe par l'intermédiaire notamment des règles pénitentiaires européennes adoptées en 2007² ou de certaines recommandations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe³. Il s'agit d'une pratique déjà expérimentée depuis quelques années⁴ qui a ensuite été consacrée à l'égard des individus ayant commis les infractions visées à l'article

¹ Art. 717-1 du Code de procédure pénale.

² Ces règles pénitentiaires adoptées par la France et l'ensemble des membres du Conseil de l'Europe le 11 janvier 2006 consacrent un ensemble de principes fondamentaux et une série de recommandations pratiques. Elles visent ainsi à inciter les 46 pays signataires à harmoniser leurs politiques pénitentiaires et à adopter des pratiques communes.

³ V. ainsi la Recommandation R (2003) 23 du Comité des ministres aux Etats membres concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée. Le Comité des ministres invite les Etats membres à adopter des mesures de planification de la peine et met en avant l'importance d'un principe d'individualisation des longues peines privatives de liberté : « Il faudrait prendre en considération la diversité des caractéristiques individuelles des condamnés à perpétuité et des détenus de longue durée, et en tenir compte pour établir des *plans individuels de déroulement de la peine* » (§ 3) ; « Il conviendrait d'élaborer des plans complets de déroulement de la peine pour chaque détenu. Ces plans devraient être préparés et élaborés dans la mesure du possible avec la participation active du détenu et, particulièrement vers la fin de la période de détention, en collaboration étroite avec les autorités assurant la prise en charge après la libération et les autres instances concernées » (§ 9). Plusieurs pays ont d'ailleurs intégré dans leur législation des plans individuels de déroulement de la peine : v. l'exemple du *Vollzugsplan* (projet d'exécution de peine) allemand ou du « plan de détention individuel » introduit en Belgique en 2005.

⁴ Des « projets d'exécution de peine » avaient ainsi été expérimentés dès 1996. Ils ont ensuite été étendus par une circulaire en 2000 (Circulaire de l'Administration pénitentiaire du 21 juillet 2000 NOR : JUSE 0040058 C relative à la généralisation du projet d'exécution de peine aux établissements pour peine).

706-53-13 du Code de procédure pénale¹. La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 la généralise à tous les condamnés, qu'il s'agisse des longues peines pour lesquelles ce parcours semble particulièrement adapté puisqu'il permet de mettre en place un réel projet afin d'utiliser au mieux le temps de détention², mais également des courtes peines dont il peut permettre de réduire l'effet négatif et de mieux cerner la personnalité du délinquant.

618 - Ce parcours vise ainsi à établir une prise en charge globale et évolutive du détenu, depuis le début de sa peine jusqu'à la fin de celle-ci. L'article 717-1 du Code de procédure pénale prévoit donc, dès l'arrivée du détenu en détention, l'élaboration d'un « bilan de personnalité » (*sic*) opéré par une équipe pluridisciplinaire. Ce bilan devra permettre de mettre en évidence tous les éléments susceptibles de justifier une individualisation du régime de détention. Il pourra ainsi conduire à instaurer un régime pénitentiaire plus sévère lorsque le détenu présente des signes de dangerosité nécessitant un contrôle plus important ou au contraire justifier un régime plus souple. De plus, cette mesure se double d'une obligation d'activité consacrée par la loi pénitentiaire³ précisant que les détenus sont tenus d'exercer au moins l'une des activités proposées par le chef d'établissement et le directeur du SPIP « dès lors qu'elle a pour finalité la réinsertion de l'intéressé et est adaptée à son âge, à ses capacités, à son handicap et à sa personnalité »⁴. Il pourra s'agir alors d'un travail, d'un enseignement⁵, d'une préparation à la sortie ou de toute autre activité⁶ adaptée aux besoins et à la situation du délinquant. A cet égard, le Code de procédure pénale précise que le parcours d'exécution de la peine doit être établi « en concertation » avec le détenu. S'il peut sembler excessif de considérer que ce dispositif consacre une réelle contractualisation de l'exécution de la peine⁷, il apparaît tout de même comme un moyen d'associer le détenu au déroulement de sa peine et

¹ Il s'agit des infractions pouvant justifier le prononcé d'une rétention de sûreté à l'issue de leur peine : assassinat, meurtre, torture ou actes de barbarie, viol, enlèvement ou séquestration commis sur une victime mineure ou pour l'un de ces crimes, commis sur une victime majeure lorsqu'une circonstance aggravante peut être retenue.

² C'est surtout pour ces longues peines que le parcours d'exécution de la peine prend tout son sens. V. ainsi la recommandation précitée R (2003) 23 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

³ Chapitre III du Titre I^{er} de la loi pénitentiaire du 24 nov. 2009 : art. 27 à 29.

⁴ Art. 27 de la loi pénitentiaire.

⁵ Devra ainsi être privilégiée l'apprentissage de la lecture, de l'écriture ou du calcul (art. 27).

⁶ V. ainsi la règle pénitentiaire n° 103.4.

⁷ *Contra* E. NADJAR, *Le parcours d'exécution de la peine : un vecteur de réinsertion, Les cahiers de la sécurité intérieure*, n° 12 (avr.-juin 2010), p. 1 et s.

à la détermination de ses modalités. On ne peut qu'approuver une telle mesure tant on sait à quel point l'acceptation de la sanction par le délinquant, voire son implication dans celle-ci, est un facteur primordial de sa réussite. Le parcours d'exécution de la peine se caractérise donc par la volonté d'instituer une véritable observation préalable¹ de chaque détenu conduisant à fournir au chef d'établissement et au personnel pénitentiaire les éléments indispensables à une réelle personnalisation de la peine privative de liberté, permettant en outre d'associer le détenu à l'exécution de sa peine.

619 - Si l'on ne peut que se féliciter de cette consécration de la capacité pénitentiaire dans la mesure où elle conduit non seulement à personnaliser la sanction, c'est-à-dire à l'adapter à la personnalité et aux besoins de celui qui devra la subir, mais également à développer des sanctions d'un genre nouveau nécessitant l'adhésion du condamné. Pourtant, cette prise en compte de la capacité pénitentiaire reste encore assez limitée, notamment du fait de la difficulté de cerner la personnalité du délinquant pour déterminer la peine la plus opportune. C'est donc postérieurement, lors de l'exécution de la peine, que la capacité pénitentiaire joue un rôle déterminant.

§ 2 – L'influence déterminante de la capacité pénitentiaire sur l'aménagement de la sanction pénale

620 - Une fois la sanction et son régime fixés, la peine décidée par la juridiction de jugement doit alors être exécutée. Prenant acte du fait que la situation du délinquant est susceptible d'évoluer entre la condamnation et la mise à exécution de la sanction ou durant l'exécution de celle-ci, le droit pénal permet une certaine adaptation de la sanction après son prononcé. A cet égard, l'article 132-24 du Code pénal qui consacre, comme on vient de le voir, le principe fondamental de la personnalisation de la peine ne paraît pas d'un grand secours. En effet, la formulation même de cet article semble le limiter aux juridictions de jugement puisqu'il

¹ Le Centre national d'évaluation chargé d'observer certains délinquants avant leur affectation dans un établissement adapté n'a qu'une capacité d'accueil limité (124 cellules en 2005) et ne reçoit donc que 500 condamnés environ tous les ans. La mise en place d'une observation systématique au sein des établissements pénitentiaires pose donc la question de l'avenir du Centre national d'évaluation de Fresnes.

oblige « la » juridiction à prononcer et à fixer la peine en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur¹. On pourrait alors interpréter cet article comme traduisant la volonté du législateur de circonscrire la personnalisation au seul stade du prononcé de la sanction. C'est donc dans un autre texte, l'article 707 du Code de procédure pénale, que le législateur pose le principe de l'individualisation de la sanction pénale au cours de son exécution. Cet article, placé en tête du chapitre présentant les dispositions générales relatives à l'exécution des peines, affirme ainsi que : « L'exécution des peines favorise, dans le respect des intérêts de la société et des droits des victimes, l'insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive. A cette fin, les peines sont aménagées avant leur mise à exécution ou en cours d'exécution si la personnalité et la situation matérielle, familiale et sociale du condamné ou leur évolution le permettent ».

621 - Ce texte assez récent² qui consacre le principe de personnalisation au stade de l'exécution de la peine diffère toutefois sensiblement de son « homologue » sur un point : les critères de la personnalisation. Tandis que l'article 132-24 cumule un critère objectif – « les circonstances de l'infraction » – et un critère subjectif – « la personnalité de l'auteur de l'infraction » –, l'article 707 ne vise que des critères subjectifs tenant à l'auteur de l'infraction : « la personnalité et la situation matérielle, familiale et sociale du condamné ou leur évolution ». De plus, contrairement aux critères figés que constituent les circonstances et la personnalité du délinquant, l'article 707 évoque expressément l'« évolution » des critères qu'il pose. Cette prise en compte du caractère évolutif de la personnalité du délinquant est fondamentale. Le choix de critères subjectifs, propres au délinquant ainsi que la référence à leur évolution possible traduisent une plus grande prise en compte de la capacité pénitentiaire. En effet, comme le notaient déjà MM. MERLE et VITU dès 1967, l'intérêt de ce concept tourné vers l'avenir est son caractère dynamique et évolutif³. La référence explicite à l'évolution de la personnalité du condamné par le législateur témoigne donc de l'intégration

¹ « Dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe le régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur », art. 132-24 du Code pénal.

² Il a été introduit dans le Code de procédure pénale par la loi du 9 mars 2004 et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005.

³ Ils opposaient ainsi la capacité pénale, susceptible d'évoluer, à l'imputabilité, notion figée le jour de la commission de l'infraction, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, T.1, Cujas, 7^e éd., 1997 n° 617, p. 774. Sur cette conception de la capacité pénale, v. *supra* n°433.

plus importante de l'aptitude à profiter de la sanction au stade de l'exécution de la sanction, ce que l'on ne peut qu'approuver. Cette dernière, appréhendée notamment par le critère assez large de la personnalité du condamné, est ainsi consacrée comme un élément fondamental permettant non seulement de personnaliser la sanction ou son régime mais également de les réévaluer en fonction de l'évolution des besoins du condamné.

622 - L'article 707 illustre donc la très grande souplesse quant aux possibilités d'aménagement du régime de la sanction en fonction des éventuels changements de la situation du condamné. Il distingue par ailleurs deux moments durant lesquelles les peines peuvent être aménagées lorsqu'il évoque la possibilité de réviser les peines « avant leur mise à exécution ou en cours d'exécution ». A une adaptation de la sanction ou de son régime à la capacité pénitentiaire initiale du délinquant (A), succède en effet une réévaluation possible de ceux-ci afin de prendre en compte l'évolution de la capacité pénitentiaire du condamné (B)

A – L'adaptation de la sanction et de son régime à la capacité pénitentiaire initiale du délinquant

623 - A défaut de référence expresse à la capacité pénitentiaire du délinquant, la prise en compte de cette dernière passe, on l'a vu, par la nécessaire personnalisation de la sanction. En effet la référence assez large à la personnalité du délinquant est suffisamment large pour permettre d'englober la question de la réceptivité du délinquant à la sanction. Cette personnalisation de la sanction peut alors prendre différentes formes selon le type de sanction et surtout, selon l'autorité compétente pour mettre en œuvre cette adaptation de la sanction à la spécificité de chaque délinquant. On distingue ainsi la personnalisation judiciaire classique de la sanction qui permet d'aménager la ou les sanctions prononcées par les juridictions de jugement de la personnalisation administrative des peines privatives de liberté qui témoignent sinon d'une réelle prise en compte de la capacité à profiter de d'une peine privative de liberté, au moins d'une volonté d'adapter la peine aux spécificités et aux besoins de chaque détenu. Nous évoquerons donc successivement la personnalisation judiciaire de la sanction (1) puis la personnalisation administrative de la peine privative de liberté (2).

1- La personnalisation judiciaire de la sanction

624 - C'est avec l'article 723-15 du Code de procédure pénale¹ qu'apparaît véritablement les très larges prérogatives des juridictions de l'application des peines. Cet article leur reconnaît un large pouvoir pour adapter la sanction à celui qui doit la subir puisqu'elles peuvent aménager les peines d'emprisonnement inférieure ou égales à deux ans² en prononçant une semi-liberté, un placement à l'extérieur, un placement sous surveillance électronique, un fractionnement ou une suspension de peine, une libération conditionnelle, voire en choisissant de convertir la peine d'emprisonnement ferme inférieure ou égale à six mois en un travail d'intérêt général ou une peine de jours-amende, selon les modalités prévues par l'article 132-57 du Code pénal. De la même façon, lorsqu'a été décidée une mesure de semi-liberté, un placement à l'extérieur ou un placement sous surveillance électronique, le juge de l'application des peines peut, si la personnalité du condamné le justifie, choisir de substituer *ab initio* à l'une de ces mesures une autre mesure lui paraissant plus opportune³. Enfin, les articles 733-1 et 712-6 du Code de procédure pénale permettent au juge de l'application des peines⁴ de substituer au travail d'intérêt général une peine de jours-amende⁵ ou de convertir,

¹ Art. 723-15, al. 1^{er} du Code de procédure pénale « Les personnes non incarcérées, condamnées à une peine inférieure ou égale à deux ans d'emprisonnement ou pour lesquelles la durée de la détention restant à subir est inférieure ou égale à deux ans, ou pour lesquelles, en cas de cumul de condamnations, le total des peines d'emprisonnement prononcées ou restant à subir est inférieur ou égal à deux ans bénéficient, dans la mesure du possible et si leur personnalité et leur situation le permettent, suivant la procédure prévue au présent paragraphe, d'une semi-liberté, d'un placement à l'extérieur, d'un placement sous surveillance électronique, d'un fractionnement ou d'une suspension de peines, d'une libération conditionnelle ou de la conversion prévue à l'article 132-57 du Code pénal. Les durées de deux ans prévues par le présent alinéa sont réduites à un an si le condamné est en état de récidive légale ». Notons que cet article ne concerne que les individus non incarcérés. Lorsque le condamné est déjà incarcéré, c'est l'article 723-19 du Code de procédure pénale qui est applicable et qui prévoit le même type de mesures.

² Un an pour les récidivistes.

³ Art. 723-2 du Code de procédure pénale, *in fine* : « Si la personnalité du condamné ou les moyens disponibles le justifient, le juge de l'application des peines peut également, selon les mêmes modalités, substituer la mesure de semi-liberté à la mesure de placement à l'extérieur et inversement, ou substituer à l'une de ces mesures celle de placement sous surveillance électronique ». Art. 723-7-1 du Code de procédure pénale, *in fine* : « Si la personnalité du condamné ou les moyens disponibles le justifient, le juge de l'application des peines peut également, selon les mêmes modalités, substituer à la mesure de placement sous surveillance électronique une mesure de semi-liberté ou de placement à l'extérieur ».

⁴ D'office, à la demande de l'intéressé ou sur réquisitions du procureur de la République.

⁵ Cette substitution est d'ailleurs possible alors même que le travail d'intérêt général aurait commencé à être exécuté, art. 733-1, al. 2 du Code de procédure pénale.

dans le cadre d'un sursis assorti de l'obligation d'effectuer un travail d'intérêt général, une partie du travail d'intérêt général non exécutée en jours-amende¹.

625 - Ces aménagements qui semblent *a priori* contraires à l'autorité de la chose jugée puisqu'ils permettent de modifier la sanction ou le régime de la sanction décidés par la juridiction de jugement sont pourtant admis par le droit pénal car ils visent à individualiser la sanction de la manière la plus efficace. En effet, les juridictions de jugement ne disposent généralement pas de tous les éléments de nature à justifier une réelle adaptation de la peine à la situation personnelle du délinquant. Cette personnalisation de la peine apparaît beaucoup plus réaliste au stade de la mise en application de la peine. Les juridictions de l'application des peines dispose en effet de davantage de temps et surtout de renseignements sur la personnalité du délinquant leur permettant ainsi de mieux cerner ses besoins et par conséquent d'évaluer sa capacité à profiter de la sanction à laquelle il a été condamné. C'est dans cette optique que l'alinéa 3 de l'article 723-15 prévoit ainsi la convocation du condamné devant le juge de l'application des peines puis devant le service pénitentiaire d'insertion et de probation « afin de déterminer les modalités d'exécution de sa peine les mieux adaptées à sa personnalité et à sa situation matérielle, familiale et sociale »². En outre, si à l'issue de cette première convocation, le juge de l'application des peines ne dispose pas de suffisamment d'éléments, il peut charger le service pénitentiaire d'insertion et de probation d'examiner les modalités d'exécution de la décision qu'il envisage de prendre et, le cas échéant, de lui présenter une autre proposition d'aménagement ou de conversion³. Le service pénitentiaire d'insertion et de probation (SPIP) paraît en effet le plus à même de rencontrer le délinquant et de faire avec lui un état de sa situation afin de pouvoir proposer au juge de l'application des peines un aménagement permettant de réellement adapter la peine à la personnalité et à la capacité pénitentiaire du délinquant.

626 - Si la possibilité d'aménager les peines privatives de liberté inférieures à deux ans avant leur mise à exécution s'explique bien sûr par la volonté de désengorger les prisons, elle

¹ Art. 132-57, dernier alinéa du Code pénal.

² Art. 723-15, al. 3 du Code de procédure pénale.

³ Art. 723-15-1 du Code de procédure pénale.

démontre surtout la prise en compte effective par le droit pénal de l'aptitude à profiter de la sanction appréhendée par la référence quasi systématique à la personnalité ou à la situation du délinquant. Loin d'être en contradiction avec la peine telle qu'elle a été décidée par la juridiction de jugement, les prérogatives importantes reconnues notamment au juge de l'application des peines s'expliquent par la nécessité d'aménager, voire de réévaluer la sanction en fonction de la situation matérielle, familiale, morale du condamné. Or, les acteurs de l'application des peines, c'est-à-dire le juge de l'application des peines et le service pénitentiaire d'insertion et de probation, semblent les mieux à même de cerner la personnalité du condamné et d'évaluer ses besoins.

627 - L'admission d'une réévaluation de l'opportunité de la peine décidée par la juridiction de jugement avant même sa mise à exécution illustre moins l'intérêt de tels aménagements que la difficulté de les décider au moment du prononcé de la sanction. La plupart des aménagements de peines peuvent être décidés *ab initio* dès le prononcé de la sanction, qu'il s'agisse de la semi-liberté, du placement à l'extérieur¹, du placement sous surveillance électronique² ou du fractionnement de la peine³. Les critères permettant de fonder un de ces aménagements nécessitent toutefois une connaissance approfondie de la situation du délinquant. Si le législateur fait ainsi référence à des critères assez simples à vérifier tels que l'exercice d'une activité professionnelle, la nécessité de suivre un enseignement ou une formation professionnelle ou la nécessité de suivre un traitement médical, il vise également des éléments plus complexes à caractériser tels que « l'existence d'efforts sérieux de réadaptation sociale » ou « la participation essentielle à la vie de sa famille »⁴. L'article 132-

¹ La semi-liberté et le placement à l'extérieur permettent à la personne détenue au sein d'un établissement pénitentiaire de sortir pour accomplir une activité déterminée, le condamné devant regagner l'établissement où il est incarcéré, une fois cette activité accomplie. La différence entre ces deux mesures réside dans le fait que dans le cadre du placement à l'extérieur, le détenu est employé à l'extérieur de l'établissement à des travaux sous le contrôle de l'administration pénitentiaire, v. ainsi l'article 132-26, al. 2 du Code pénal : « Le condamné admis au bénéfice du placement à l'extérieur est astreint, sous le contrôle de l'administration, à effectuer des activités en dehors de l'établissement pénitentiaire. »

² Le placement sous surveillance électronique permet au condamné d'exécuter sa peine à son domicile puisque cette mesure emporte l'interdiction de s'absenter de son domicile en dehors des périodes fixées par celui-ci (art. 132-26-2 du Code pénal). Introduit par la loi du 19 décembre 1997, le placement sous surveillance électronique peut être prononcé *ab initio* par la juridiction de jugement depuis la loi Perben II du 9 mars 2004.

³ Art. 132-27 et 132-28 du Code pénal.

⁴ V. également l'alinéa 1^{er} de l'article 132-26 du Code pénal : « Le condamné admis au bénéfice de la semi-liberté est astreint à rejoindre l'établissement pénitentiaire selon les modalités déterminées par le juge de

28 du Code pénal prévoit ainsi la possibilité de fractionner une peine d'amende ou de jours-amende ou dans certaines conditions¹ de suspension du permis de conduire pour « motif grave d'ordre médical, familial, professionnel ou social »². Si ces aménagements de peine décidés *ab initio*³ permettent de punir l'auteur d'une infraction sans pour autant nuire à son insertion sociale en évitant ou au moins en atténuant la perte de lien avec l'extérieur que suppose l'emprisonnement, on voit qu'ils nécessitent une connaissance assez approfondie de la situation du délinquant. C'est pourquoi la possibilité d'aménager la sanction avant sa mise à exécution apparaît davantage comme un ajustement nécessaire de la peine et de son régime que comme une véritable atteinte à l'autorité de la chose jugée⁴. A cette individualisation judiciaire de la peine privative de liberté s'ajoute une personnalisation administrative de celle-ci.

2- La personnalisation administrative de la peine privative de liberté

628 - Si l'individualisation administrative de la peine privative de liberté peut prendre différentes formes (choix d'un établissement ou d'un régime de détention adapté, etc.), il n'en reste pas moins que toutes ces dispositions participent toutes d'un objectif commun : la personnalisation la plus importante possible des peines privatives de liberté. Il s'agit d'adapter l'exécution de cette peine aux besoins du délinquant appréhendés par le critère évoqué précédemment de sa personnalité. On peut alors distinguer la procédure d'orientation qui vise à déterminer le type d'établissement dans lequel les détenus purgeront leur peine (a) de l'affectation qui permet au directeur d'établissement d'individualiser le régime de chaque détenu au sein d'un établissement pénitentiaire (b).

l'application des peines en fonction du temps nécessaire à l'activité, à l'enseignement, à la formation professionnelle, à la recherche d'un emploi, au stage, à la participation à la vie de famille, au traitement ou au projet d'insertion ou de réinsertion en vue duquel il a été admis au régime de la semi-liberté ».

¹ Le fractionnement de la suspension du permis de conduire « n'est toutefois pas possible en cas de délits ou de contraventions pour lesquels la loi ou le règlement prévoit que cette peine ne peut pas être limitée à la conduite en dehors de l'activité professionnelle », art. 132-28 du Code pénal.

² Art. 132-28 du Code pénal.

³ Rappelons que ces mesures peuvent également être décidées par la juridiction de l'application des peines soit dès l'incarcération, soit au cours de l'exécution de la peine, conformément aux articles 723-1 du Code de procédure pénale.

⁴ La circulaire du 12 mai 2011 relative à l'aménagement de peine des condamnés libres et au développement des aménagements de peine prononcés à l'audience de jugement (NOR : JUSD1113051C) encourage d'ailleurs ce type d'aménagements.

a) L'orientation des détenus selon leur situation personnelle

629 - L'article 717-1 du Code de procédure pénale précise ainsi que la répartition des condamnés dans les établissements pour peines s'effectue « compte tenu de leur catégorie pénale, de leur âge, de leur état de santé et de leur personnalité »¹. Afin de respecter ces exigences, il est donc prévu, lorsque l'incarcération est supérieure à un an², d'évaluer la situation du futur détenu afin de déterminer le type d'établissement et le régime auquel il devra être soumis. Comme le précise l'article D. 74 du Code de procédure pénale, cette procédure, qualifiée de procédure d'orientation, « consiste à réunir tous les éléments relatifs à la personnalité du condamné, son sexe, son âge, ses antécédents, sa catégorie pénale, son état de santé physique et mentale, ses aptitudes, ses possibilités de réinsertion sociale et, d'une manière générale, tous renseignements susceptibles d'éclairer l'autorité compétente pour décider de l'affectation la plus adéquate ». De nombreux renseignements relatifs à la situation pénale³ et pénitentiaire du condamné peuvent ainsi être réunis afin de pouvoir constituer un dossier d'orientation qui reflète le plus précisément possible la situation du délinquant et ses besoins. Le dossier d'orientation précise également, le cas échéant, les éléments afférents aux conditions de prise en charge sanitaire du condamné et contient « l'avis du service pénitentiaire d'insertion et de probation compétent auprès de l'établissement, l'avis du juge de l'application des peines et celui du juge des enfants s'il y a lieu, ainsi que la proposition du chef d'établissement »⁴. En outre, le président de la juridiction qui a prononcé la condamnation ainsi que le représentant du ministère public peuvent exprimer leur avis sur l'affectation « qui leur semble la mieux appropriée au condamné ou sur celle qui, au contraire,

¹ Article 717-1 du Code de procédure pénale.

² Ce délai est réduit à trois mois pour les mineurs (Art. D 75, al. 1^{er} *in fine* du Code de procédure pénale).

Un dossier d'orientation peut tout de même être constitué lorsque la peine à subir est inférieure à ces limites, si la situation du détenu « nécessite une orientation particulière » (Art. D 76, al. 2 du Code de procédure pénale).

³ Le Ministère public doit en outre adresser à l'établissement pénitentiaire où le condamné est détenu ou doit être incarcéré, la copie du rapport de l'enquête ou des enquêtes sur la personnalité, la situation matérielle, familiale ou sociale de l'intéressé, qui auraient été prescrites conformément aux dispositions de l'article 41, alinéa 6, et de l'article 81, alinéas 6 et 7 du Code de procédure pénale, mais également la copie du rapport de l'examen ou des examens médicaux, psychiatriques ou médico-psychologiques auxquels il aurait été éventuellement procédé (art. D. 77 du Code de procédure pénale).

⁴ Art. D. 76 du Code de procédure pénale. Lorsqu'il s'agit d'un mineur, le dossier peut comprendre d'autres pièces telles que l'avis du mineur et des titulaires de l'autorité parentale ou de ses représentants légaux ou bien les éléments afférents aux conditions de prise en charge éducative, etc.

leur paraît inadapté »¹. Dans l'hypothèse où tous ces renseignements paraîtraient insuffisants, l'article D. 79 du Code de procédure pénale précise que le ministre de la justice, le directeur régional des services pénitentiaires ou le chef d'établissement peuvent faire procéder à toute enquête sur la situation familiale et sociale d'un condamné, notamment par un service pénitentiaire d'insertion et de probation. Il existe, en outre, depuis 1950 un Centre national d'évaluation² qui reçoit entre 400 et 500 condamnés chaque année afin d'évaluer le type d'établissement le plus adapté à leur situation. Cette institution permet, face à des détenus ayant commis des infractions d'une certaine gravité³, de constituer un véritable « dossier de personnalité » au moyen de nombreux examens (biologique, psychologique ou psychiatrique, etc.). Après une phase d'observation de sept semaines environ, l'Administration pénitentiaire sera alors en mesure de décider de l'affectation dans l'établissement qui paraît le plus approprié à la personnalité du condamné.

630 - La constitution d'un dossier d'orientation permet donc de mieux cerner la personnalité du délinquant, sa situation familiale et sociale, ses besoins spécifiques, première étape indispensable à une véritable prise en considération de l'aptitude à profiter d'une peine privative de liberté. Le choix d'un établissement pénitentiaire peut ainsi être décidé afin de ne pas éloigner un détenu de son domicile pour favoriser les visites de sa famille ou de ses proches. Peut être aussi pris en compte le projet de formation permettant d'orienter un détenu vers un établissement proposant une formation professionnelle susceptible d'intéresser le détenu. Enfin, le choix d'un établissement peut se justifier par l'existence d'infrastructures ou d'équipements particuliers dont le détenu pourrait bénéficier. Le législateur prévoit ainsi que les personnes condamnées pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est

¹ Art. D. 78 du Code de procédure pénale.

² Autrefois appelé Centre national d'observation.

³ L'article 717-1 A du Code de procédure pénale créé par la loi du 25 février 2008 prévoit que la personne condamnée à une peine de réclusion criminelle supérieure ou égale à quinze ans pour une des infractions visées à l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale (assassinat, meurtre, torture ou actes de barbarie, viol, enlèvement ou séquestration commis sur une victime mineure ou pour l'un de ces crimes, commis sur une victime majeure lorsqu'une circonstance aggravante peut être retenue) doit être placée, pour une durée d'au moins six semaines, dans un service spécialisé afin de « déterminer les modalités de la prise en charge sociale et sanitaire au cours de l'exécution de sa peine ». Au vu de cette évaluation, le juge de l'application des peines définira un parcours d'exécution de la peine individualisé. Enfin, si la personne souffre de troubles psychiatriques, elle fera l'objet d'une prise en charge adaptée à ses besoins qui pourra être, le cas échéant, une hospitalisation.

encouru doivent exécuter leur peine dans des établissements pénitentiaires permettant d'assurer un suivi médical et psychologique adapté¹. De la même façon, on conçoit aisément qu'un individu condamné à une peine d'emprisonnement qu'il doit exécuter sous le régime de la semi-liberté soit affecté à un établissement qui possède un quartier réservé à la semi-liberté. Dans un avis du 21 novembre 2005, la Chambre criminelle de la Cour de cassation précise d'ailleurs que « *la juridiction de l'application des peines ne peut ordonner, dans sa décision d'aménagement de peine, le maintien d'un condamné à l'établissement de son lieu d'écrou, dès lors que n'existe, dans cet établissement, ni quartier de semi-liberté ni quartier pour peines aménagées* »². Malheureusement, de nombreux établissements ne sont pas équipés de quartiers spéciaux pour les peines aménagées ou ne disposent pas de places suffisantes, contribuant ainsi non seulement à dépouiller la mesure de son intérêt, mais également à mettre à mal le principe de la personnalisation de la peine privative de liberté.

631 - Cette procédure d'orientation qui vise à cerner les besoins spécifiques des détenus illustre la pertinence de l'aptitude à profiter de la sanction en matière de peine privative de liberté. Appréhendée, une fois encore, par le biais du critère très large de la personnalité du délinquant, la capacité pénitentiaire permet en effet de guider la Direction interrégionale des services pénitentiaires dans le choix de l'établissement pénitentiaire le plus adapté à la situation et au besoin du délinquant³. Même une fois que le condamné aura intégré

¹ Art. 717-1, alinéa 3, 763-7 et R. 57-5 du Code de procédure pénale. A ce titre vingt-deux établissements (parmi lesquels les maisons centrales de Saint-Martin de Ré ou d'Ensisheim, ou bien les centres de détention de Mauzac, Bédénac ou de Casabianda) ont mis en place une offre de soin et une prise en charge pénitentiaire adaptées aux personnes condamnées pour des faits de nature sexuelle.

² Avis n° 0050010P. Il s'agissait en l'espèce d'un individu qui avait bénéficié d'une semi-liberté probatoire avant la mise en œuvre d'une libération conditionnelle mais dont l'établissement d'origine ne disposait pas de quartier de semi-liberté. La juridiction de l'application des peines avait tout de même maintenu le détenu dans son établissement d'origine dès lors qu'un transfert vers un autre établissement équipé d'un quartier adapté aurait conduit à rendre impossible la mesure de semi-liberté en raison de l'éloignement du lieu de travail et de la situation personnelle du détenu. Cette décision, qui peut sembler sévère à première vue, s'explique toutefois par l'article D. 72-1 du Code de procédure pénale selon lequel : « Les condamnés faisant l'objet d'une mesure de semi-liberté sont détenus soit dans des centres de semi-liberté ou des quartiers de semi-liberté, soit dans des centres pour peines aménagées ou des quartiers pour peines aménagées. Les condamnés faisant l'objet d'une mesure de placement à l'extérieur dans les conditions fixées par l'article D. 136 du Code de Procédure pénale peuvent également être détenus dans ces établissements ou ces quartiers ».

³ Notons qu'en cas de modification de la situation du détenu, ce dernier peut demander un changement d'affectation, conformément aux articles D. 82 et s. du Code de procédure pénale

l'établissement dans lequel il purgera sa peine, son aptitude à profiter de la sanction conduit à admettre certains aménagements du régime de la détention.

b) La répartition des détenus selon leur situation personnelle

632 - Contrairement à ce que laisserait penser le principe d'égalité¹, tous les détenus d'un même établissement ne sont pas soumis aux mêmes conditions de détention. L'alinéa 2 de l'article 717-1 du Code de procédure pénale pose ainsi le principe d'un régime de détention différencié en fonction de la personnalité, de la santé, de la dangerosité et des efforts en matière de réinsertion sociale des détenus². Tous ces éléments permettent, une nouvelle fois, de personnaliser le régime auquel seront soumis les détenus. Cette adaptation des conditions de détention en fonction des particularités des détenus est d'ailleurs préconisée par les règles pénitentiaires européennes, notamment la règle 17.2 qui évoque « la nécessité d'offrir des régimes appropriés à tous les détenus »³ ou la règle 104.1 qui prône « une répartition des différentes catégories de détenus entre diverses prisons ou des parties distinctes d'une même prison »⁴. Il existe ainsi plusieurs types de régime pénitentiaire selon le degré d'isolement du détenu⁵. Si le principe est que les condamnés purgent leur peine dans des établissements pour peine dans lesquels l'emprisonnement en commun le jour et l'isolement la nuit sont la règle⁶, l'article 707 du Code de procédure pénale prévoit toutefois que les condamnés à une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à deux ans peuvent, exceptionnellement, être maintenus en maison d'arrêt « lorsque des conditions tenant à la préparation de leur libération, leur situation familiale ou leur personnalité le justifient ». Ils bénéficient dans ce cas d'un régime dérogatoire (emprisonnement individuel de jour comme de nuit) sauf s'ils en

¹ Sur le principe d'égalité en matière pénale, v. D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, 2008.

² *Idem*.

³ Règle 17.2 : « La répartition doit aussi prendre en considération les exigences relatives à la poursuite et aux enquêtes pénales, à la sécurité et à la sûreté, ainsi que la nécessité d'offrir des régimes appropriés à tous les détenus ».

⁴ Règle 104.1 : « Dans la mesure du possible et sous réserve des exigences de la règle 17, une répartition des différentes catégories de détenus entre diverses prisons ou des parties distinctes d'une même prison doit être effectuée pour faciliter la gestion des différents régimes ».

⁵ Sur les différents régimes d'emprisonnement possibles (emprisonnement en commun, emprisonnement cellulaire, système auburnien, régime progressif, etc.), B. BOULOC, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, 4^e éd., 2011, n° 208 et s.

⁶ Art. 717-2 du Code de procédure pénale.

font la demande ou « si leur personnalité justifie que, dans leur intérêt, ils ne soient pas laissés seuls »¹. Les personnes placées en détention provisoire sont, quant à elles, placés en cellule individuelle², sauf lorsqu'encore une fois, leur personnalité justifie, dans leur intérêt, qu'elles ne soient pas laissées seules³. Si la décision d'un encellulement individuel ou en commun découle donc généralement de la situation pénale d'un détenu (prévenu ou condamné), il reste que par exception certains éléments subjectifs, parmi lesquels la personnalité du détenu, peuvent justifier le recours à un régime dérogatoire. La référence à la personnalité du délinquant permet donc aux autorités compétentes de prendre en compte la capacité pénitentiaire d'un détenu afin d'individualiser ses conditions de détention, soit de manière favorable, en assouplissant le régime auquel est soumis le détenu, soit au contraire, en durcissant ses conditions de détention.

633 - Il est nécessaire toutefois de relativiser ce constat dans la mesure où le principe d'un encellulement individuel n'est pas respecté dans de nombreux établissements. Cela s'explique par l'absence de cellule individuelle ou plus généralement par l'engorgement des prisons⁴ qui conduit à privilégier un emprisonnement en commun. Dans ce cas, le Code de procédure pénale invite alors les chefs d'établissement à opérer une répartition des détenus afin de séparer les condamnés, les détenus soumis à la contrainte judiciaire et les prévenus⁵, mais également à isoler certaines catégories d'individus considérés comme plus vulnérables, tels que les détenus de moins de vingt et un ans⁶ ou les détenus n'ayant pas subi antérieurement une peine privative de liberté. Au contraire, le caractère dangereux de certains détenus⁷ nécessite parfois de prendre des mesures visant à les isoler ou à aggraver leurs conditions de

¹ Art. 717-2, al. 2 du Code de procédure pénale. Un encellulement en commun se justifiera lorsqu'est suspecté un risque de suicide du détenu.

² Art. 716 du Code de procédure pénale.

³ Art. 716, 2° du Code de procédure pénale.

⁴ L'article D. 84, al. 1^{er} du Code de procédure pénale prévoit ainsi la possibilité de déroger au principe de l'emprisonnement cellulaire pendant la journée pour les nécessités de l'organisation du travail, ou, et c'est plus grave, le jour et la nuit en cas d'encombrement temporaire de l'établissement. On peut regretter, au côté d'un auteur, que le caractère temporaire tende à devenir permanent, v. B. BOULOC, *op. cit.*, n° 219.

⁵ Art. D. 90 du Code de procédure pénale.

⁶ Art. D. 89 du Code de procédure pénale. Notons que les mineurs sont en principe soumis à un emprisonnement individuel de jour comme de nuit, mais peuvent, par exception, être placés en cellule avec un autre détenu pendant la nuit, pour un motif médical ou en raison de leur personnalité (art. R 57-9-14 du Code de procédure pénale).

⁷ L'administration pénitentiaire les qualifie généralement de détenus particulièrement signalés (DPS).

détention¹. En pratique, cette différenciation des régimes pénitentiaires se traduit généralement par une différenciation institutionnelle². On trouve ainsi des quartiers pour mineurs ou pour femmes destinés à n'accueillir que ce type de détenus. Il existe également dans certains établissements des « quartiers arrivants », des « quartiers sortants », mais également des « quartiers courtes peines » ou des « quartiers pour peines aménagées » qui se caractérisent par des conditions de détention plus souples et une orientation vers la réinsertion sociale³.

634 - L'individualisation administrative de la peine privative de liberté permet de déterminer non seulement l'établissement dans lequel le détenu subira sa peine mais également le régime de sa détention au sein de celui-ci. Il s'agit alors de mettre en place le régime le plus adapté à la situation et aux besoins du détenu, afin de favoriser une meilleure exécution de ce type de peine, souvent considérées comme plus néfastes qu'utiles au délinquant. Au-delà de cette adaptation *ab initio* de la sanction en fonction de la spécificité et des besoins de chaque condamné, c'est surtout le caractère dynamique de la capacité pénitentiaire qui apparaît comme l'apport le plus original de ce concept, conduisant ainsi le droit pénal à réévaluer l'opportunité de la peine au cours de son exécution.

B – La réévaluation de la sanction et de son régime en fonction de l'évolution de la capacité pénitentiaire du délinquant

635 - Le fait que certaines peines, notamment les peines privatives de liberté, s'inscrivent dans la durée justifie que les aménagements possibles *ab initio* devant la juridiction de

¹ Des mesures permettant de tenir compte de la particulière dangerosité de certains détenus, notamment le risque d'évasion sont tout de même possibles, v. ainsi la pratique des « rotations de sécurité », c'est-à-dire à le recours à des changements d'affectation fréquents d'un établissement à un autre sur décision de l'administration pénitentiaire afin de prévenir toute tentative d'évasion. La France a toutefois été condamnée récemment par la Cour Européenne des droits de l'homme qui a souligné les « conséquences très néfastes » de cette technique (§ 109) lorsque le « nombre si élevé de transferts [...] était de nature à créer chez [le requérant] un sentiment d'angoisse » (§ 111), CEDH, 9 juillet 2009, *Khider c. France* : Req. n° 39364/05.

² Ce qu'évoque d'ailleurs la règle pénitentiaire n° 104.1 selon laquelle : « Dans la mesure du possible et sous réserve des exigences de la règle 17, une répartition des différentes catégories de détenus entre diverses prisons ou des parties distinctes d'une même prison doit être effectuée pour faciliter la gestion des différents régimes ».

³ Notons que les « quartiers haute sécurité » (QHS) qui existaient dans certaines prisons pour les détenus les plus dangereux ont été supprimés par une circulaire du 26 février 1982 sous l'initiative du Garde des Sceaux R. BADINTER.

jugement puis avant la mise à exécution de la sanction soient encore possibles tout au long de l'exécution de la peine. C'est pourquoi les aménagements de peine déjà évoqués tels que la semi-liberté, le placement à l'extérieur, le placement sous surveillance électronique et le fractionnement de la peine sont évidemment encore possibles et peuvent par conséquent être décidées alors même que la peine est en cours d'exécution. Cette possibilité illustre ainsi le souci d'adapter la sanction et son régime à la personnalité du délinquant et surtout à son évolution. L'influence de la capacité pénitentiaire sur l'exécution de la peine se traduit alors, non seulement par la recherche d'une très forte personnalisation de celle-ci, comme on l'a vu, mais surtout par la volonté d'aménager l'exécution de celle-ci en fonction des progrès du détenu. La capacité pénitentiaire permet en effet de faire varier le régime de la sanction, spécialement des peines privatives de liberté dont l'exécution peut durer plusieurs décennies. Il semble en effet logique que le régime auquel est soumis un condamné pendant toute la durée de sa peine puisse être modifié en fonction de l'évolution de sa personnalité et des progrès réalisés. Le caractère dynamique de l'aptitude à profiter de la sanction que soulignaient déjà MM. MERLE et VITU dans leur *Traité*¹ apparaît alors essentiel puisqu'il permet de faire varier le degré de contrainte de la peine en fonction d'éléments subjectifs propres au condamné tels que son comportement durant l'exécution de la peine, l'évolution de son attitude par rapport à l'infraction, la préparation ou non d'un projet à l'issue de la peine, etc.

636 - Cela explique la souplesse de la procédure permettant d'aménager une peine en cours d'exécution. L'article 712-8 du Code de procédure pénale prévoit en effet une procédure simplifiée ne nécessitant pas de débat contradictoire, sauf décision contraire du procureur de la République². En outre, s'il s'agit d'une simple modification des horaires d'entrée ou de sortie ou de présence du condamné en un lieu déterminé, l'alinéa 2 de l'article 712-8 du Code de procédure pénale prévoit la possibilité pour le juge de l'application des peines d'autoriser le chef d'établissement ou le directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation à procéder à ces modifications à condition qu'il s'agisse de « modifications favorables au

¹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général, T.1*, Cujas, 1997, 7^e éd., n° 617.

² Art. 712-8, al. 1^{er} *in fine* du Code de procédure pénale.

condamné ne touchant pas à l'équilibre de la mesure »¹. Bien qu'il s'agisse principalement de désengorger les juridictions de l'application des peines², cette souplesse illustre la volonté d'adapter au mieux la peine et son régime à l'évolution des besoins, naturellement fluctuants, de celui qui devra la subir.

637 - Le parcours d'exécution de la peine³ introduit récemment en droit positif illustre d'ailleurs particulièrement bien l'importance du caractère dynamique de la capacité pénitentiaire. Loin d'être figé, ce parcours⁴ s'inscrit dans la durée et doit ainsi être périodiquement révisé en fonction de l'évolution de la personnalité du détenu ou de sa situation. Le Code de procédure pénale évoque d'ailleurs expressément la très grande flexibilité du parcours d'exécution de la peine puisqu'il prévoit de porter à la connaissance du juge de l'application des peines non seulement le projet initial mais également ses modifications ultérieures⁵. Cela semble conforme aux règles pénitentiaires européennes qui invitent les États à prévoir des procédures « pour établir et *réviser régulièrement* les projets individuels des détenus après examen des dossiers pertinents et consultation approfondie du personnel concerné »⁶. Apparaît une nouvelle fois l'intérêt de faire de la capacité à bénéficier de la sanction appréciée à travers la personnalité du détenu un critère d'individualisation de l'exécution de la peine, notamment privative de liberté. En effet, la référence constante à la personnalité du délinquant permet d'opérer non une personnalisation fixe, comme lors du prononcé de la sanction, mais une personnalisation évolutive conduisant à réévaluer le régime de la détention en fonction des évolutions de cette dernière. En ce sens, on ne peut que se

¹ Art. 712-8, al. 2 du Code de procédure pénale. Notons que ces modifications peuvent être annulées par une ordonnance du juge de l'application des peines non susceptible de recours (art. 712-8, al. 2 *in fine* du Code de procédure pénale).

² Comme le prouve la compétence nouvelle du directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation en matière d'aménagement de peine puisque l'article 723-21 du Code de procédure pénale prévoit désormais que ce dernier détermine, après examen du dossier de chacun des condamnés relevant de l'article 723-19 du Code de procédure pénale, « la mesure d'aménagement de la peine la mieux adaptée à sa personnalité et à sa situation matérielle, familiale et sociale ». Il ne s'agit cependant que d'un pouvoir de proposition, l'aménagement de peine proposé par le directeur du service pénitentiaire d'insertion et de probation devant en effet être homologué par le juge de l'application des peines pour pouvoir être mis à exécution.

³ V. *supra* n° 617 et s.

⁴ Le choix de substituer au *projet* d'exécution de peine initialement prévu, la terminologie plus adaptée de *parcours* d'exécution de la peine reflète bien la volonté d'en faire un outil évolutif.

⁵ Art. 717-1, al. 1^{er} du Code de procédure pénale.

⁶ Règle pénitentiaire n° 104.2.

réjouir que la peine privative de liberté, souvent considérée comme le parent pauvre de l'individualisation, apparaisse ainsi comme une « *peine évolutive* »¹ symbole d'une « *individualisation qui soit dynamique et en quelque sorte interactive* »². Si contrairement à d'autres pays³, aucun délai n'a été fixé⁴ pour la révision du parcours d'exécution de la peine, la crédibilité et l'efficacité d'un tel projet nécessite une réévaluation régulière. De plus, afin de pouvoir être un outil réellement pertinent, le parcours d'exécution de la peine nécessitera la mise en place d'une réelle collaboration entre les différents services de l'Administration pénitentiaire (les établissements dans lesquels le détenu aura purgé sa peine, le SPIP,...) mais également entre l'Administration pénitentiaire et les institutions compétentes en matière d'aménagement de la peine⁵. Le parcours d'exécution de la peine suppose en effet une convergence de l'individualisation administrative et de l'individualisation judiciaire autour de la nécessité d'adapter la sanction à la personnalité et aux besoins de la personne qui doit la subir⁶. Si des dispositions visant à individualiser le régime de la détention existent, l'exemple du parcours d'exécution de la peine permettra, on l'espère, d'améliorer le dispositif existant. En effet, plus qu'une simple adaptation du régime de la détention à la situation individuelle du détenu, il s'agit d'associer le détenu à la détermination du contenu de sa peine et à son évolution, soulignant le caractère évolutif et dynamique de la peine privative de liberté dont la durée peut parfois être très longue.

638 - Tout cela aboutit à reconnaître à la peine, notamment à la peine privative de liberté, une certaine progressivité. La peine ne semble plus immuable une fois fixée par la juridiction

¹ Au sens où M. DELMAS-MARTY l'entend, à savoir, une « *peine de l'avenir, au moins en ce sens qu'elle cherche une réponse en avant, oriente cette réponse vers l'avenir, ce qu'il adviendra du délinquant après le procès* », *Le flou du droit*, PUF, 2004, p. 102.

² *Idem*.

³ L'Espagne prévoit ainsi un examen scientifique individuel, tous les six mois, permettant de classer les détenus entre trois catégories distinctes auxquelles correspondent trois régimes distincts.

⁴ La Belgique qui a adopté le « plan de détention individuel » en 2005 n'a pas non plus prévu de fréquence pour réviser ces plans.

⁵ Pour le moment seule est prévue la nécessité d'informer le juge de l'application des peines du projet initial et des modifications du parcours d'exécution de la peine (art. 717-1, al. 1^{er} *in fine* du Code de procédure pénale). Peut-être est-il encore nécessaire d'approfondir cette collaboration ?

⁶ V. ainsi les réflexions de P. DARBEDA, *La prison en mutation : projet de loi pénitentiaire, parcours d'exécution de peine et autres innovations*, *Rev. Pén. et de Droit Pénal* 2008, p. 633 qui prône « une synchronisation entre l'individualisation administrative qui se traduit par le travail, la formation, les activités culturelles et sportives et l'individualisation judiciaire qui prend la forme des aménagements de peine ».

de jugement. Comme le souligne un auteur¹, même lorsque la juridiction prononce une peine privative de liberté accompagnée d'une période de sûreté², l'article 720-4 du Code de procédure pénale permet, à titre exceptionnel, au tribunal de l'application des peines de réduire ou de mettre fin à celle-ci lorsque le condamné manifeste « des gages sérieux de réadaptation sociale »³. Les efforts du délinquant en vue de son reclassement social permettent donc de faire varier l'intensité de la sanction, sa durée ou son régime. La libération conditionnelle apparaît à ce titre comme l'exemple le plus symbolique de l'importance de cette progressivité de la sanction consacrée, rappelons-le, à l'article 707, al. 3 du Code de procédure pénale⁴. En effet, cette mesure de faveur n'est ouverte qu'à ceux qui manifestent « des efforts sérieux de réadaptation sociale », les juridictions compétentes pouvant même choisir de conditionner la libération conditionnelle à la réussite des mesures probatoires telles qu'une semi-liberté, un placement extérieur ou un placement sous surveillance électronique⁵, voire à des permissions de sortir⁶.

639 - En effet, au fur et à mesure de son exécution, la peine tend à être aménagée, voire réduite en fonction des possibilités réceptives du délinquant et de sa réadaptation sociale. On peut dès lors supposer qu'à l'issue de la peine le délinquant n'est plus apte à celle-ci, nous permettant de reprendre le fameux aphorisme de IHERING selon lequel « *l'histoire de la peine est celle d'une constante abolition* », en l'appliquant à l'individu condamné à subir une peine. La réadaptation sociale du délinquant permettrait ainsi d'aménager, voire de mettre fin à la sanction. En ce sens, la capacité pénitentiaire est bien l'expression d'une capacité juridique, dans la mesure où elle permet de cerner le domaine du droit pénal en excluant ou en

¹ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 3^e éd., 2010, n° 559, p. 594 et 595.

² Excluant donc la possibilité pour le condamné de bénéficier d'un aménagement de peine.

³ Cette possibilité est parfois limitée, notamment lorsque la Cour d'assises a décidé une période de sûreté de trente ans, le tribunal de l'application des peines ne pouvant, dans ce cas, réduire la durée de la période de sûreté ou y mettre fin qu'après que le condamné a subi une incarcération d'une durée au moins égale à vingt ans. Ce délai est porté à trente ans lorsque la Cour d'assises a décidé qu'aucune des mesures énumérées à l'article 132-23 du Code pénal ne pourrait être accordée au condamné à la réclusion criminelle à perpétuité.

⁴ « L'individualisation des peines doit, chaque fois que cela est possible, permettre le retour progressif du condamné à la liberté et éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire », Art. 707, al. 3 *in fine* du Code de procédure pénale.

⁵ Art. 730, al. 2 du Code de procédure pénale. Il s'agit d'ailleurs d'une obligation légale dans le cas d'une condamnation assortie d'une période de sûreté d'une durée supérieure à quinze ans (art. 720-5 du Code de procédure pénale).

⁶ Art. D. 535, 1^o *in fine* du Code de procédure pénale.

limitant la peine lorsque celui qui doit la subir n'est plus en mesure de la comprendre ou d'en profiter. Cela nous conforte ainsi notre analyse consistant à analyser l'aptitude à la sanction comme un critère pertinent pour délimiter le domaine de l'action pénale. En effet, dès lors que l'inaptitude pénitentiaire d'un individu est avérée, aucune peine ne peut être décidée.

CONCLUSION DU TITRE II :

640 - Il ressort des développements précédents que la capacité pénale à la sanction que nous avons choisi de qualifier de capacité pénitentiaire, est assez diversement consacrée par le droit positif. Le droit pénal des mineurs la consacre en effet assez largement puisque le système pénal mis en place par l'ordonnance du 2 février 1945 est fondé sur la spécificité du mineur et la nécessité de le rééduquer. En pratique, c'est surtout à travers les mesures applicables au mineur qu'est consacrée la capacité pénitentiaire puisque le principe de primauté de l'éducatif invite le juge à privilégier le recours à des mesures éducatives plutôt qu'à des mesures répressives. A ce rôle positif s'ajoute également un rôle négatif, classique du concept juridique de capacité, celui de limiter ou d'exclure le recours à une peine jugée inopportune pour le mineur, spécialement lorsqu'il est très jeune.

641 - La consécration de la capacité pénitentiaire est plus limitée en droit pénal des majeurs. En effet, l'incapacité pénitentiaire n'intervient à titre exceptionnel que pour limiter ou exclure certaines sanctions jugées contraires à la resocialisation du mineur. En outre, on ne peut que regretter l'absence d'influence de la capacité pénitentiaire sur les mesures de sûreté qui peuvent être prononcées malgré l'incapacité pénitentiaire du délinquant. Le rôle de la capacité pénitentiaire dans sa dimension positive, c'est-à-dire l'aptitude du délinquant à tirer profit de la sanction, est, à l'image du droit des mineurs, le plus important. Si la capacité pénitentiaire n'est pas réellement consacrée en tant que telle, elle peut être considérée comme le fondement de la personnalisation de la sanction. Cette dernière se présente alors comme la manifestation pratique de la prise en compte par le droit pénal de la capacité pénitentiaire que ce soit au moment du prononcé de la sanction ou, plus largement lors de son exécution.

CONCLUSION DE LA PARTIE II :

642 - On mesure, au terme de cette étude de la capacité à la sanction, son irréductible spécificité. Si elle rattache au concept plus large de capacité pénale dans la mesure où elle contribue à donner à la peine sanction un contenu subjectif fondamental, elle s'en distingue par l'importance de son rôle positif. Critère fonctionnel et dynamique permettant aux juridictions pénales de choisir et d'adapter la peine et son régime à la personnalité et aux besoins du délinquant, la capacité pénitentiaire permet également, lors de l'exécution de la peine, de faire varier son contenu ou sa durée en fonction des progrès du condamné.

643 - L'étude de la consécration par le droit positif du concept de capacité pénitentiaire permet alors de vérifier la pertinence de l'analyse des courants doctrinaux modernes qui se sont intéressés à la capacité pénale à la sanction. Ainsi, l'importance que la Défense sociale nouvelle souhaitait accorder à la personnalité du délinquant semble avoir trouvé une certaine consécration en droit positif. Le droit pénal des mineurs apparaît en cela comme une transposition réussie des idées de la Défense sociale nouvelle¹. De la même façon, on peut considérer que l'analyse néoclassique faisant de l'aptitude à profiter de la sanction une « notion dynamique éclairée par l'avenir du délinquant, et par les impératifs de sa resocialisation »² sous-tend l'ensemble des dispositions relatives à l'individualisation de la sanction lors de son exécution et explique le fait que le législateur ait admis la possibilité de d'exclure une sanction ou d'y mettre fin de manière anticipée lorsqu'elle ne semble plus opportune du fait du reclassement de son auteur.

¹ Bien que l'ordonnance de 1945 soit chronologiquement antérieure à la diffusion des idées de la Défense sociale nouvelle puisque la première édition de l'ouvrage de M. ANCEL a paru en 1954. Ce dernier y précise d'ailleurs à plusieurs reprises que le droit des mineurs peut être analysé comme un droit de Défense sociale, v. notamment M. ANCEL, *op. cit.*, p. 213. Cette opinion est également partagée par un auteur qui écrit que l'auteur de la *Défense sociale nouvelle* « nous autorise par là à nous référer au droit des mineurs pour donner des contours plus précis au concept [de capacité pénale] », Ch. LAZERGES, *op.cit.*, p. 324

² R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général, T.1*, Cujas, 1997, 7^e éd., n° 617.

CONCLUSION GENERALE

644 - Au terme de cette étude consacrée à la capacité pénale, il paraît intéressant de reprendre l'affirmation du doyen CARBONNIER évoquée en introduction. S'il est vrai qu'*a priori*, le droit a peu à dire sur la capacité, cette affirmation ne se vérifie pas totalement lorsqu'il s'agit de la capacité pénale. On pourrait alors préciser cette formule et considérer que si le droit civil a peu à dire sur la capacité, le droit pénal a, en revanche, beaucoup à dire, et peut être même à apprendre, de la capacité pénale. Il semble donc que cette dernière méritait d'être approfondie.

645 - Refusant de réduire la capacité pénale à son acception criminologique, remarquablement formulée par MM. MERLE et VITU comme l'aptitude d'un délinquant à profiter de la sanction, nous avons préféré adopter une définition large de celle-ci. C'est donc comme l'ensemble des aptitudes subjectives conditionnant aussi bien l'engagement que la sanction de la responsabilité pénale d'un individu que nous avons choisi de définir la capacité pénale. L'analyse de cette aptitude à la responsabilité pénale que représente ce concept nous a alors permis de mettre en évidence sa dichotomie fondamentale. En effet, la capacité pénale permet, dans son aspect négatif, de délimiter le domaine du droit pénal et contribue, c'est son aspect positif, à donner à celui-ci la dimension subjective dont il serait, sinon, dépourvu. Cette dichotomie semble faire écho au concept de frontière qui désigne aussi bien ce qui sépare, ce qui exclut, que ce qui définit le territoire. Fort de cette idée, nous avons formulé le souhait de dresser, à travers l'étude de la capacité pénale, « la carte et le territoire » du droit pénal. Il s'agissait alors d'étudier comment la capacité pénale participe, en limitant le domaine du droit pénal à sa définition.

646 - Au terme d'une analyse qui nous a permis de distinguer la capacité pénale à l'*engagement* de la responsabilité pénale, de la capacité pénale à la *sanction* de celle-ci, on constate que de prime abord c'est la dimension négative de la capacité pénale qui apparaît

comme symbolisant le mieux le rôle de la capacité pénale. En effet, la capacité pénale permet de limiter ou d'exclure l'engagement ou la sanction de la responsabilité pénale d'un individu. Ce rôle classique, qui découle de la notion même de capacité, se traduit juridiquement par l'exigence, en premier lieu, d'une faculté élémentaire de comprendre et de vouloir ses actes nécessaire à la caractérisation de l'infraction, et, en second lieu, par l'aptitude morale consistant à agir librement et lucidement, c'est-à-dire avec liberté et discernement.

647 - La capacité de comprendre et de vouloir, que nous avons choisi de qualifier de capacité délictuelle, doit être analysée comme le degré minimum d'intelligence et de volonté indispensable à l'infraction et spécialement à son élément moral. La composante intellectuelle dont les facettes sont la conscience de la matérialité des faits d'une part, et de leur illicéité d'autre part, permet de s'assurer de la correcte appréciation des faits et de leur illicéité par l'auteur d'une infraction. Elle s'accompagne de la volonté ou plus précisément de la faculté de vouloir, préalable indispensable à la faute qui traduit l'exercice de cette volonté. Bien qu'il s'agisse d'une capacité naturelle, elle est appréhendée, comme toute capacité juridique, de manière négative par le droit qui refuse, par conséquent, de considérer comme une infraction l'acte accompli sans intelligence ou sans volonté.

648 - Cette première application du concept de capacité est complétée par une seconde exigence subjective, l'imputabilité de l'infraction à son auteur. Cette aptitude à l'imputation d'une infraction est expressément consacrée par le droit pénal qui prévoit des causes de non-imputabilité légales, et doit être soigneusement distinguée de la capacité délictuelle. En effet, bien que de nombreux auteurs assimilent la capacité de comprendre et de vouloir à l'imputabilité, il semble pertinent de les différencier. L'imputabilité se présente comme une aptitude exprimant la dimension morale de la responsabilité pénale. Son contenu est donc plus complexe que celui de la capacité délictuelle. Se caractérisant par sa conséquence « naturelle », le prononcé d'une sanction, la responsabilité pénale exige l'imputabilité de l'infraction à son auteur. Cette condition subjective, morale, s'est progressivement imposée en matière pénale, comme en matière civile, bien qu'elle ait ensuite pu être évincée de cette matière, du fait de sa finalité essentiellement réparatrice. C'est à travers ses composantes que se manifeste le contenu moral de l'imputabilité. Ainsi, tant l'aptitude à discerner le bien du

mal – le discernement –, que le libre arbitre, reflètent la nécessité de rattacher moralement une infraction à son auteur afin de pouvoir lui reprocher de l'avoir commise. C'est pourquoi le droit positif reconnaît l'irresponsabilité de celui qui a agi sans discernement, qu'il s'agisse du mineur n'ayant pas atteint la maturité intellectuelle suffisante ou de l'individu atteint d'un trouble mental, mais également de celui dont la volonté a été contrainte et qui n'a donc pas agi librement.

649 - Que l'incapacité pénale découle du défaut d'intelligence ou de volonté ou bien de l'absence d'imputabilité, elle entraîne donc l'irresponsabilité pénale de celui qui l'invoque. Cependant, il semble pertinent de distinguer selon que l'irresponsabilité est justifiée par le défaut d'infraction ou par l'impossibilité d'imputer cette infraction à son auteur. Ainsi l'erreur de droit, classiquement analysée comme une cause de non-imputabilité semble plutôt relever de l'incapacité pénale à l'infraction dans la mesure où elle détruit la conscience de l'illicite. De même, il peut sembler opportun de distinguer la contrainte physique de la contrainte morale, dans la mesure où la première, généralement assimilable à la force majeure, possède un effet qui dépasse celui de la contrainte morale. Il semble difficile, en cas de force majeure, de caractériser la volonté de celui qui a matériellement « commis » une infraction. Au contraire, si l'on raisonne sur l'exemple de celui qui a commis une infraction sous la menace, il semble possible de déceler un degré minimum de volonté ; seulement cette volonté n'est pas libre et il apparaît donc moralement injuste de reprocher son comportement à l'agent contraint de commettre une infraction.

650 - Mais cette fonction négative de la capacité pénale ne se limite pas à l'engagement de la responsabilité puisqu'on a pu voir qu'elle permettait également de limiter ou d'exclure le prononcé d'une sanction. L'incapacité pénale à la sanction, ou incapacité pénitentiaire, justifie alors exceptionnellement l'exclusion d'une peine ou d'un type de peine. C'est en droit pénal des mineurs que l'on trouve la consécration la plus aboutie de cette incapacité pénitentiaire. En effet, le mineur de treize ans n'est passible d'aucune peine, *stricto sensu*, du fait de l'inaptitude présumée à profiter d'une mesure répressive qui découle de son jeune âge. L'influence du concept négatif d'incapacité pénitentiaire sur le droit pénal des majeurs reste en revanche assez limitée : seules quelques hypothèses exceptionnelles d'incapacité

pénitentiaire existent comme la dispense de peine par exemple, permettant de ne pas prononcer de sanctions à l'égard d'un individu pourtant reconnu pénalement responsable.

651 - C'est donc de prime abord par le biais de son acception négative, l'incapacité pénale, que le concept de capacité pénale se manifeste en matière répressive. Toutefois, à l'image déjà évoquée de la frontière, le concept de capacité pénale présente également une dimension positive essentielle, bien que plus complexe à percevoir. Dans sa dimension positive, le concept de capacité pénale permet alors d'exprimer le caractère subjectif de la responsabilité pénale, c'est-à-dire son rattachement à un sujet en tant que personne. Aussi différentes soient-elles, les trois applications de la capacité pénale que sont la capacité, l'imputabilité ou la capacité pénitentiaire, traduisent toutes la prise en considération de la personne par le droit pénal.

652 - En exigeant chez l'auteur d'une infraction la capacité de comprendre et de vouloir, la capacité délictuelle contribue à définir l'infraction mais surtout à en souligner la substance humaine, le contenu éthique. En effet, et bien que ce ne fût pas toujours le cas, seul l'homme, doué de raison et de volonté, est en principe considéré comme apte à commettre une infraction. Ce monopole explique d'ailleurs probablement pourquoi la responsabilité pénale des personnes morale a été si difficile à admettre. Dépourvues de certaines de ces facultés humaines, les personnes morales apparaissent comme des responsables bien particuliers. Aussi, même si on peut les considérer comme dotées d'une volonté propre, leur absence d'humanité suscite quelques doutes quant à la possibilité de leur reconnaître une capacité délictuelle entière, ou tout au moins analogue à celle des personnes physiques.

653 - De la même façon, en exigeant que l'infraction ait été commise avec discernement et liberté, l'imputabilité exprime la dimension morale et subjective de la responsabilité pénale. Bien qu'assez triviale en apparence, puisque personne ne songerait dénier au droit pénal sa dimension morale, cette remarque vise à mettre en avant le fait que le caractère axiologique de la responsabilité pénale découle non seulement de l'infraction, puisqu'elle protège les valeurs morales d'une société, ou de la peine qui traduit le regard d'une société sur le phénomène criminel, mais également de la condition d'imputabilité. Si la capacité délictuelle

permet de révéler le fait humain qu'est l'infraction, l'imputabilité apparaît comme la manifestation de la dimension morale du jugement de responsabilité pénale. En faisant du discernement et du libre arbitre les conditions subjectives indispensables à l'imputation d'une infraction à son auteur et par conséquent à la responsabilité pénale de celui-ci, l'imputabilité exprime très bien l'irréductible spécificité du droit pénal à l'égard des autres branches du droit, notamment le droit civil. Aussi, et bien qu'il ne se réduise pas à n'être qu'un simple « droit de la peine », le droit pénal se caractérise surtout par la possibilité de sanctionner un individu en prononçant à son encontre une peine, c'est-à-dire une mesure coercitive ayant des répercussions importantes sur la condition de l'individu. C'est pourquoi il doit être limité pour ne sanctionner que les individus considérés comme moralement responsables de leurs actes. Cet aspect positif de l'imputabilité apparaît d'ailleurs, *a contrario*, en matière de responsabilité pénale des personnes morales puisque les conditions de discernement et de libre arbitre semblent inadaptées à ce type de responsabilité pénale, expliquant que plusieurs auteurs choisissent de substituer au terme subjectif d'imputabilité, celui plus fonctionnel d'imputation.

654 - Mais c'est probablement avec la capacité pénitentiaire, définie comme l'aptitude d'un délinquant à subir, voire à bénéficier de la sanction, que le rattachement de la capacité pénale à la notion de personne est le plus évident. En effet, même s'il n'est pas consacré en tant que tel par le droit positif, le concept de capacité pénitentiaire peut être considéré comme le fondement théorique de la personnalisation de la sanction. C'est en effet lui qui justifie que la sanction soit adaptée à la personnalité et aux besoins de celui qui doit la subir. Cette personnalisation ne se limite d'ailleurs pas à la seule question de l'individualisation judiciaire de la sanction puisqu'en tant que concept dynamique, le concept de capacité pénitentiaire est tourné vers l'avenir. La peine doit en effet permettre la rééducation, la resocialisation, voire le traitement médico-social du délinquant afin de prévenir la commission de nouvelles infractions.

655 - A ce titre, il apparaît indissociable non seulement des finalités attribuées à la sanction, mais également de la politique criminelle. La consécration de la capacité pénitentiaire en droit pénal des mineurs, par exemple, doit beaucoup à la philosophie humaniste de l'immédiat

après-guerre. C'est elle, en effet, qui est à l'origine de l'ordonnance du 2 février 1945 constituant un des premiers textes adoptés après la Libération. Son exposé des motifs est assez éloquent puisqu'il y est précisé que « *la France n'est pas assez riche d'enfants pour qu'elle ait le droit de négliger tout ce qui peut en faire des êtres sains* ». On mesure alors la fragilité, pour ne pas dire la précarité, du concept de capacité pénitentiaire dans la mesure où sa consécration dépend, plus que toute autre application de la capacité pénale, de la volonté législative et, dans une moindre mesure, judiciaire. On ne peut accueillir qu'avec beaucoup d'inquiétude, certaines lois récentes, spécialement lorsqu'elles multiplient les mesures de sûreté fondées sur la dangerosité du délinquant, comme la surveillance ou la rétention de sûreté par exemple puisqu'elles sont applicables après l'exécution d'une peine alors même que celle-ci touche à sa fin. Le renouveau actuel des mesures de sûreté, dont le prononcé est indifférent à la capacité ou à l'incapacité pénitentiaire de celui qui devra les subir, apparaît alors comme une remise en cause de la capacité pénitentiaire et plus largement de la capacité pénale. Ainsi en est-il également de la procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental qui n'empêche pas le prononcé de mesures de sûreté, ou de la perte progressive de spécificité de la justice des mineurs, avec la création récente du Tribunal correctionnel des mineurs ou l'alignement de la situation des mineurs de plus de seize ans sur celle des majeurs.

656 - Ces réformes, témoignant de l'extension dangereuse du droit pénal hors de ses frontières naturelles, apparaissent comme autant de remises en question du concept même de capacité pénale et se traduisent par une dénaturation regrettable du droit pénal. Tempérons toutefois ce triste constat en rappelant les mots du Professeur G. LEVASSEUR prononcés en 1982. Constatant un déclin certain du concept de capacité pénale, il évoquait dans le même temps, la possibilité « *que certains volent au secours de l'îlot submergé* »¹. Espérons qu'il soit exaucé...

¹ G. LEVASSEUR, *L'imputabilité en droit pénal*, Rapport de synthèse présenté au IV^e Congrès de l'Association Française de droit pénal à Nantes du 21 au 23 octobre 1982, *RSC* 1983, p. 10

BIBLIOGRAPHIE

I - Ouvrages généraux et manuels

A - Ouvrages de droit pénal

BERNARDINI R.,

Droit pénal général : introduction au droit criminel, théorie générale de la responsabilité pénale, Gualino, 2003

BOULOC B.,

- *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, 4^e éd., 2011

- *Droit pénal général*, Dalloz, 22^e éd., 2011

CARBASSE J. M.,

Histoire du droit pénal et de la justice criminelle, PUF, 2^e éd., 2006

CONTE Ph. et MAISTRE DU CHAMBON P.,

Droit pénal général, Armand Colin, 7^e éd., 2004

Droit pénal général, Armand Colin, 6^e éd., 2002

COTE-HARPER G. et MANGANAS A.,

Droit pénal canadien, éd. Yvon Blais Inc., 1984

CUCHE P.,

Traité de science et de législation pénitentiaire, LGDJ, 1905

DECOCQ A.,

Droit pénal général, Armand Colin, 1971

DESPORTES F. et LE GUNEHÉC F.,

Droit pénal général, Economica, 16^e éd., 2009

DONNEDIEU DE VABRES H.,

- *Supplément au Traité élémentaire de droit criminel*, Sirey, 2^e éd, 1946

- *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 3^e éd., 1947

- *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 3^e éd., 1947

DREYER E.,

Droit pénal général, Litec, 2010

FORTIN J. et VIAU L.,

Traité de droit pénal général, Montréal, Thémis Inc, 1982

GARÇON E.,

Code pénal annoté -T1 : art 1 à 405, Sirey, 1901-1906

GARÇON E. et PELTIER V.,
Droit de la peine, Litec, 2010

GARRAUD R.,
- *Traité théorique et pratique du droit pénal français, T.1*, Sirey, 3^e éd., 1913
- *Traité théorique et pratique du droit pénal français, T.2*, Sirey, 3^e éd., 1913

GIRARD P. F.,
Manuel élémentaire de droit romain, Dalloz, 8^e édition, 2003 (1^{ère} éd. 1895)

HELIE F.,
Traité de l'instruction criminelle ou Théorie du code d'instruction criminelle - T.4 : De la police judiciaire, Plon, 2^e éd., 1866

HERZOG-EVANS M.,
Droit de l'exécution des peines, Dalloz, 3^e éd., 2007-2008

JEANDIDIER W.,
Droit pénal général, Montchrestien, 2^e éd., 1991

KELLENS G.,
Précis de pénologie et de droit des sanctions pénales : la mesure de la peine, éd. Collection scientifique de la faculté de droit de Liège, 1991

LAINGUI A. et LEBIGRE A.,
Histoire du droit pénal, Cujas, 1979

LARGUIER J.,
Criminologie et Science Pénitentiaire, Dalloz, 10^e éd., 2005

LARGUIER J., CONTE P., et MAISTRE DU CHAMBON P.,
Droit pénal général, Dalloz, 21^e éd., 2008

LAVIELLE B., JANAS M., et LAMEYRE X.,
Le guide des peines, Dalloz, 4^e éd., 2007

LEROY J.,
Droit pénal général, LGDJ, 3^e éd., 2010

LISZT (von) F.,
Traité de droit pénal allemand, éd. V. Giard et E. Brière, 1913

LOMBOIS C.,
Droit pénal général, Hachette, 1994

MALABAT V.,
Droit pénal spécial, Dalloz, 4^e éd., 2009

MAYAUD Y.,
Droit pénal général, PUF, 3^e éd., 2010

MERLE R. et VITU A.,

- *Traité de droit criminel - T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 1^e éd., 1967

- *Traité de droit criminel - T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 3^e éd., 1978

- *Traité de droit criminel - T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 4^e éd., 1981

- *Traité de droit criminel - T.1 : Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997

ORTOLAN J.,

Eléments de droit pénal, Plon, 3^e éd., 1863

PIN X.,

Droit pénal général, Dalloz, 4^e éd., 2010

PONCELA P.,

Droit de la peine, PUF, 2^e éd., 2001

PRADEL J.,

- *Droit pénal comparé*, Dalloz, 3^e éd. 2008

- *Droit pénal général*, Cujas, 18^e éd., 2010

RASSAT M.-L.,

Droit pénal général, Ellipses, 2^e éd., 2006

RENUCCI J.-F.,

Droit pénal des mineurs, Masson, 1994

ROBERT J.-H.,

Droit pénal général, PUF, 6^e éd., 2005

ROBERT Ph.,

Traité de droit des mineurs : place et rôle dans l'évolution du droit français contemporain, Cujas, 1969

ROUX J.-A.,

- *Cours de droit criminel français, T. 1*, Sirey, 1927

- *Cours de droit pénal et de procédure pénale, T.1*, Sirey, 1920

SOYER J.-C.,

Droit pénal et procédure pénale, LGDJ, 20^e éd., 2008

VIDAL G. et MAGNOL J.,

Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, A. ROUSSEAU, 6^e éd., 1921

B - Ouvrages de droit civil

ATIAS C.,

Les personnes - Les incapacités, PUF, 1985

BRUN Ph.,

La responsabilité civile extracontractuelle, Litec, 2^e éd., 2009

LE CANNU P.,

Droit des sociétés, Montchrestien, 2003

CARBONNIER J.,

- *Droit civil - T.1 Les personnes: personnalité, incapacités, personnes morales*, PUF, 21^e éd., 2000

- *Droit civil - T.4 Les obligations*, PUF, 22^e éd. refondue, 2000

- *Droit civil - T. 1 et 2* QUADRIGE/PUF, 2004

- *Flexible Droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001

CONTE Ph. et PETIT B.,

Les personnes, PUG, 2^e éd., 1994

CORNU G.,

Droit civil - Les personnes, Montchrestien, 13^e éd., 2007

DEJEAN DE LA BÂTIE N.,

Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français, LGDJ, 1965

DEMOGUE R.,

Traité des obligations en général, T.1, A. Rousseau, 1923

FABRE-MAGNAN M.,

Droit des obligations - T.2 : responsabilité civile et quasi-contrats, PUF, 2^e éd., 2010

FENOUILLET D. et MALINVAUD Ph.,

Droit des obligations, Litec, 11^e éd., 2010

FENOUILLET D. et TERRE F.,

Droit civil - Les personnes, la famille, les incapacités, Dalloz, 7^e éd., 2005

FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E.,

Les obligations - T.2 : Le fait juridique, Sirey, 13^e éd., 2009

GHESTIN J., VINEY G., et JOURDAIN P.,

Traité de droit civil - Les conditions de la responsabilité, LGDJ, 3^e éd., 2011

MALAURIE Ph. et AYNES L.,

Droit Civil - Les personnes, les incapacités, Defrénois, 3^e éd., 2007

MALAURIE Ph., AYNES L. et STOFFEL-MUNCK Ph.,

Les obligations, Defrénois, 4^e éd., 2009

MAZEAUD H. et L., et TUNC A.,

Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle, T.1, Montchrestien, 6^e éd., 1965

NORMAND A.,

Traité élémentaire de droit criminel, Paris, 1896

POTHIER R. J.,

Obligations, 1781

PLANIOL M.,

Traité élémentaire de droit civil - T. 2 : obligations, contrats, sûretés réelles, LGDJ, 3^e éd., 1949

TERRE F., SIMLER P. et LEQUETTE Y.,

Les obligations, Dalloz, 10^e éd., 2009

RODIERE R. et BEUDANT C., et LEREBOURS-PIGEONNIERE P.,

Cours de droit civil français - T. IX bis : Les contrats et les obligations, A. Rousseau, 2^e éd., 1952

SAVATIER R.,

Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural, LGDJ, 2^e éd., 1951

VINEY G. et JOURDAIN P.,

Traité de droit civil - Les conditions de la responsabilité civile, LGDJ, 3^e éd., 2006

C - Ouvrages de droit public

CHAPUS R.,

Droit administratif général, T.1, Montchrestien, 15^e éd., 2001

DAILLER P., FORTEAU M., et PELLET A.,

Droit international public, LGDJ, 7^e éd., 2002

D - Ouvrages de sciences humaines

ARISTOTE,

- *Ethique de Nicomaque*, trad. J. VOILQUIN, Garnier-Flammarion, 1965

- *Ethique à Nicomaque*, trad. J. TRICOT, Vrin, 1997

DELEUZE G.,

Pourparlers (1972-1990), Les Editions de minuit, 1990

DEBUYST C., DIGNEFFE F., LABADIE J.-M. et PIRES A. P.,

Histoire des savoirs sur le crime et la peine - T.2 : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie, Larcier, 2008

FERRI E.,

- *La sociologie criminelle*, A. Rousseau, 1893

- *La sociologie criminelle*, 2^e éd., Félix Alcan, 1914

GAROFALO R.,

La criminologie - Etude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité, Félix Alcan, 5^e éd., 1905

HOBBS T.,

Léviathan, Sirey, 1971

LAIGNEL-LAVASTINE M., BARBE A. et DELMAS A.,

La Pratique psychiatrique à l'usage des étudiants et des praticiens, J.-B. Baillière, 1^e éd., 1919 (rééd. 1929)

LAIGNEL-LAVASTINE M. et STANCIU V.,

Précis de criminologie, Payot, 1950

PLATON,

Protagoras, trad. F. ILDEFONSE, Flammarion, 1997

de SAUSSURE F.,

Cours de linguistique générale, Payot, 1995

E– Littérature

GIRAUDOUX J.,

La guerre de Troie n'aura pas lieu, La Pléiade - Théâtre complet, Gallimard, 1982

HOUELLEBECQ M.,

La carte et le territoire, Flammarion, 2010

F– Dictionnaires, encyclopédies, annuaires

Annuaire Statistique de la Justice, Édition 2008

Dictionnaire de L'Académie française, 4^e éd., 1762

Dictionnaire de droit administratif, dir. R. ROUQUETTE, Le Moniteur, 2003

Dictionnaire de philosophie, ouvrage collectif, Armand Colin, 2^e éd., 2000

Dictionnaire encyclopédique de la théorie et de la sociologie du droit, dir. A. J. ARNAUD, LGDJ, 2^e éd., 1993

Dictionnaire Littré de la langue française, ouvrage collectif, Hachette, 2007

Encyclopédie de la philosophie, La Pochothèque, 2002,

Encyclopædia Universalis, Paris, 1985

Le nouveau Littré, ouvrage collectif, Garnier, 2007

Le nouveau petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, dir. J. REY-DEBOVE et A. REY, Le Robert, 2009

CHEVALLIER J.,

Précis de terminologie médicale, Maloine, 7^e éd., 2003

CORNU G.,

Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, Quadriga/PUF, 8^e éd., 2010

LAFON R.,

Vocabulaire de psychopédagogie et de psychiatrie de l'enfant, PUF, 2001

PIERON H.,

Vocabulaire de la psychologie, Quadriga/PUF, 4^e éd., 2003

PICOCHÉ J.,

Dictionnaire étymologique du français, Le Robert, 2002

II- Juris-classeur et encyclopédie Dalloz

BERNARDINI R.,

Rép. Pén., « *Personne morale* » (oct. 2010)

BONIS-GARÇON E.,

Rép. pén., « *Troubles psychiques - Malades mentaux* » (déc. 2010)

BRUEL A. et SALAS D.,

Rép. Pénal, « *Enfance Délinquante* » (mars 1995)

CASTAGNEDE J.,

J.-Cl. Pénal, « *Mesures applicables aux mineurs* », Art. 122-8, fascicule 20 (mai 2006)

CONTE Ph.,

Rép. Civ., « *Responsabilité du fait personnel* » (juin 2011)

DANTI-JUAN M.,

- *Rép. Pénal*, « *Etat de nécessité* » (déc. 2010)

- *Rép. Pénal*, « *Force majeure* » (déc. 2010)

DESPORTES F.,

J.-Cl. Pénal, « *Responsabilité pénale des personnes morales* », Art. 121-2, fascicule 20 (déc. 2009)

DREIFUSS-NETTER F. et RINALDI F.,

J.-Cl. Pénal, « Mesures applicables aux mineurs », Art. 122-8, fascicule 20 (avril 2000)

HERZOG-EVANS M.,

- Rép. Pén., « Libération conditionnelle » (juin 2011)

- Rép. Pén., « Peine (Exécution) » (juin 2011)

LEBLOIS-HAPPE J.,

J.-Cl. Pénal, « Personnalisation des peines, Généralités - Semi-liberté - Placement à l'extérieur », Art. 132-24 à 132-26, fascicule 20 (nov. 2008)

LE GUNEHEC F.,

J.-Cl. Pénal, « Erreur sur le droit », Art. 122-3, fascicule unique (Déc. 2002)

RASSAT M.-L.,

J.-Cl. Pénal, « Troubles psychiques ou neuropsychique et contrainte » Art. 122-1 et 122-2, fascicule 20 (mars 2006)

TOPOR L.,

Rép. Civ., « Etat et capacité des personnes » (janv. 1990)

TOURNIER P.V.,

Rép. Pén., « Statistiques pénales (infractions, mesures et sanctions) » (mars 2011)

VIRIOT-BARRIAL D.,

Rép. Pén., « Erreur sur le droit » (oct. 2010)

III- Ouvrages spécialisés, monographies et thèses

ANCEL M.,

La Défense sociale nouvelle : un mouvement de politique criminelle humaniste, Cujas, 3^e éd., 1981

BADINTER R.,

Projet de nouveau code pénal, Dalloz, 1988

BAUDRY H.,

La force majeure en droit pénal, th. Lyon, 1938

de BEAUMONT G. et de TOCQUEVILLE A.,

Du système pénitentiaire aux États-Unis et de son application en France, C. Gosselin, 2^e éd., 1836 (2 vol.)

BERARD J. et CHANTRAINE G.,

80 000 détenus en 2017 ? Réforme et dérive de l'institution pénitentiaire, éd. Amsterdam, 2008

BETAILLOLE-GONTHIER F.,

La capacité naturelle, th. Bordeaux, 1999

BLANCHE A.,

Études sur le Code pénal - Livre II : Des personnes punissables, excusables ou responsables pour crimes ou délits, 2^e éd., 1888

BONFILS Ph. et GOUTTENOIRE A.,

Droit des mineurs, Dalloz, 1^e éd., 2008

BONIS-GARÇON E.,

Les décisions provisoires en procédure pénale, PUAM, 2002

BOULAICH A.,

Étude sur la capacité pénale dans la doctrine contemporaine, th. Toulouse, 1985

CARIO R.,

Jeunes délinquants, A la recherche de la socialisation perdue, L'Harmattan, 2^e éd., 2000

CARVAL S.,

La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, LGDJ, 1995

CHABAS M.,

L'influence de la pluralité de cause sur le droit à réparation, LGDJ, 1967

CHAUVIER S.,

Qu'est-ce qu'une personne ?, Vrin, 2003

CLEMENT G. et LEFEBVRE J.,

Les immunités pénales : actualités d'une question ancienne, (dir.), PUF, 2010

DALLEMAGNE J.,

La volonté dans ses rapports avec le droit pénal, Masson, 1895

DANA A.-C., *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982

DARBELLAY J.,

Théorie générale de l'illicéité, th. Fribourg, 1955

DASKALAKIS E.,

Réflexions sur la responsabilité pénale, PUF, 1975

DECHENAUD D.,

L'égalité en matière pénale, LGDJ, 2008

DEJEAN DE LA BÂTIE N.,

Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français, LGDJ, 1965

DELIYANNIS D.,

La notion d'acte illicite considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle, th. Paris, 1952

DELMAS-MARTY M.,

Le flou du droit, du code pénal aux droits de l'homme, PUF, 2004

DREAN-RIVETTE I.,

La personnalisation de la peine dans le Code pénal, L'Harmattan, 2005

DUBOIS P.,

Les psychonévroses et leur traitement moral, Masson, 1904, rééd. L'Harmattan, 2007

DUCPETIAUX E.,

- *De la peine de mort*, Tarlier, 1827

- *Des progrès et de l'état actuel de la réforme pénitentiaire et des institutions préventives, aux États-Unis, en France, en Suisse, en Angleterre et en Belgique*, Hauman, Cattoir et Cie, 1837-1838 (3 vol.)

EL FAROUK EL HOSSINI IBRAHIM O.,

Essai sur la place de la capacité pénale en droit français et en droit égyptien, th. Lyon, 1981

FAUCONNET P.,

La responsabilité, Étude de sociologie, Félix Alcan, 1920

FENOUILLET D.,

La conscience, LGDJ, 1993

FORLIVESI L., POTTIER G.-F. et CHASSAT S.,

Eduquer et punir - La colonie agricole et pénitentiaire de Mettray (1839-1937), Presses universitaires de Rennes, 2005

FOUCAULT M.,

- *Histoire de la folie à l'âge classique*, Gallimard, 1972

- *Les anormaux, Cours au Collège de France, 1974-1975*, Gallimard, 1999

- *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, Gallimard, 1975

GARÇON E.,

Le droit pénal, origines, évolution, état actuel, Payot, 1922

GAUBERT R.,

La capacité pénale des psychopathes, th. Paris, 1924

GESELL A., et ILG F.,

L'enfant de cinq à dix ans, PUF, 11^e éd., 1999

GIUDICELLI-DELAGÉ G. et LAZERGES C.,

La dangerosité saisie par le droit pénal, (dir.), Etude de droit comparé, Les voies du droit, PUF, 2010

GRAMATICA F.,

Principes de défense sociale, Cujas, 1964

GRASSET J.,

- *La responsabilité des criminels*, Les éditions nouvelles, 1908

- *Demifous et demiresponsables*, Félix Alcan, 1907

HEUYER G.,

Les troubles mentaux, étude criminologique, PUF, 1968

HUGUENEY L.,

L'idée de peine privée en droit contemporain, th. Paris, 1904

HUME D.,

Enquête sur l'entendement humain, trad. A. LEROY, Flammarion, 2006

JAU A.,

La notion de peine privée, LGDJ, 2005

JOURDAIN P.,

Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale, th. Paris II, 1982

KANT E.,

- *Critique de la raison pratique*, 1^{ère} éd. 1788, trad. J. P. FLUSSER, rééd. Flammarion, 2003

- *Métaphysique des mœurs, Première partie, Doctrine du Droit*, Vrin, 1979

LABORDE-LACOSTE M.,

De la responsabilité pénale dans ses rapports avec la responsabilité civile et morale, th. Bordeaux, 1918

LAPOYADE-DESCHAMPS Ch.,

La responsabilité de la victime, th. Bordeaux, 1977

LHUILIER D. et AYMARD N.,

L'univers pénitentiaire - Du côté des surveillants de prison, Desclée de Brouwer, 1997

LOMBROSO C.,

Uomo delinquente, Turin, 1876, éd. française : *L'homme criminel : criminel-né, fou moral, épileptique : étude anthropologique et médico-légale*, Félix Alcan, 1887

LOCKE J.,

Essai sur l'entendement humain, trad. P. COSTE, Le livre de poche, 2009

LUCAS Ch.,

- *De la réforme des prisons, ou De la théorie de l'emprisonnement, de ses principes, de ses moyens et de ses conditions pratiques*, E. Legrand et J. Bergounioux, 1836-1838 (3 vol.)

- *Du système pénitentiaire en Europe et aux États-Unis*, Bossange, 1828-1830 (2 vol.)

MALABAT V.,

Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal, th. Bordeaux, 1999

MERLE R.,

La pénitence et la peine, Cujas, 1985

MESTRE A.,

Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale, th. Paris, 1899

MICHARD H.,

De la justice distributive à la justice résolutive – La dialectique du « judiciaire » et de « l'éducatif » dans la protection de l'enfance, Les éditions du CRIV, 1983

MICHELON M.,

Les demis-fous et la responsabilité dite « atténuée », th. Paris, 1906

MOULLET A.-L.,

La Capacité pénale de la femme de 1810 à nos jours, th. Lausanne, 1994

MOUNIER E.,

Le personnalisme, PUF, coll. Que sais-je ?, 2001 (1^{ère} éd. 1949)

MUCCHIELLI L.,

Violences et insécurité - Fantômes et réalités dans le débat français, La Découverte, 2007

NEIGHBORS I., CHAMBERS A., LEVIN E., NORDMAN G. et TUTRONE C.,

Social work and the law : Proceedings of the National Organization of Forensic Social Work, 2000, Haworth Press Inc, 2002, p. 15 et s.

PARENT H.,

-Discours sur les origines et les fondements de la responsabilité morale en droit pénal, Les Editions Thémis, 2001

-Responsabilité pénale et troubles mentaux, Histoire de la folie en droit pénal français, anglais et canadien, éd. Yvon Blais Inc., 1999

PENNEAU J.,

Faute civile et faute pénale en matière de responsabilité médicale, PUF, 1975

PIAGET J.,

Le jugement moral chez l'enfant, PUF, 9^e éd., 2000

PIN X.,

Le consentement en matière pénale, LGDJ, 2002

PLANQUE J.-C.,

La détermination de la personne morale pénalement responsable, L'Harmattan, 2003

PLAZY J.-M.,

La personne de l'incapable, th. Bordeaux, 1998

POUYANNE J.,

L'auteur moral de l'infraction, th. Bordeaux, 2001

PRADEL J. et VARINARD A.,

Les grands arrêts du droit pénal général, Dalloz, 2^e éd., 1999

PRINS A.,

La défense sociale et les transformations du droit pénal, Misch et Thron, 1^e éd., 1910, rééd. Médecine et Hygiène, coll. Déviances et Sociétés, 1987

PUECH M.,

L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle, LGDJ, 1973

PUFENDORF S.,

Le droit de la nature et des gens, T.1, trad. J. BARBEYRAC, Lyon, 1771

PUTALLAZ F.-X. et SCHUMACHER B.-N.

L'humain et la personne (dir.), Les éditions du cerf, 2009

PUVUELO R. et TURREL D.,

Les centres éducatifs renforcés : redonner du sens à l'action éducative auprès des mineurs délinquants, Erès, 2007

RICHARD A.,

La mission méconnue de la justice pénale, éd. du Levain, 1956

ROBERT J.-H. et TZITZIS S.,

La personne juridique dans la philosophie du droit pénal (dir.), éd. Panthéon-Assas, 2003.

ROMAGNOSI G.,

Genesi del diritto penale (Genèse de droit pénal), 1^e éd., 1791, rééd. Sanvito, 1857

ROUSSEAU F.,

L'imputation dans la responsabilité pénale, Dalloz, 2009

RUOPOLI-CAYET S.,

Arnould Bonnevielle de Marsangy (1802-1894) - Un précurseur de la science criminelle moderne, L'Harmattan, 2002

SALEILLES R.,

- *L'individualisation de la peine*, Paris, 1898

- *L'individualisation de la peine, De Saleilles à aujourd'hui (réédition de la troisième édition de l'ouvrage de Raymond Saleilles et L'individualisation de la peine, Cent ans après Saleilles)*, Erès, 2001

SAREM M.,

Le caractère obligatoire ou facultatif de la peine, th. Toulouse I, 1991

SARTRE J.-P.,

L'Être et le néant - Essai d'ontologie phénoménologique, Gallimard, 2005

SCHOPENHAUER A.,

Essai sur le libre arbitre, trad. F. REINACH, Rivages, 1992

SIMHA A.,

La conscience, du corps au sujet, Armand Colin, 2004

STONESTREET N.,

La notion d'infraction pénale, th. Bordeaux, 2009

THOMAS D'AQUIN,
Somme Théologique, Les éditions du cerf, 1984

TZITZIS S.,
Qu'est-ce que la personne ?, Armand Colin, 1999

VEZIN J.-F.,
Psychologie de l'enfant, L'enfant capable, L'Harmattan, 1994

VIRALLY M.,
La pensée juridique, LGDJ, 1960, réédité en 1998

IV- Colloques et congrès

Confrontation de la théorie générale de la responsabilité pénale avec les données de la criminologie
Travaux du colloque de science criminelles (Toulouse, 1969), Annales de la faculté de droit de Toulouse, Dalloz, 1969 :

- **LEVASSEUR G.**, *Étude de l'élément moral de l'infraction*, p. 94 et s.

De la responsabilité pénale, en particulier de la responsabilité et des mesures à appliquer aux délinquants demi-fous, Congrès belge des aliénistes et neurologistes, éd. Vander Haeghen, 1909 :

- **FRANCOTTE X.**, *De la responsabilité pénale, en particulier de la responsabilité et des mesures à appliquer aux délinquants demi-fous*

Frontières du droit pénal, Colloque du 18 novembre 2010 à Clermont-Ferrand, RPDP 2011, n° 1, p. 70 et s. (1^{ère} partie) et n° 2, p. 325 et s. (2^{ème} partie) :

- **PIN X.**, *Politique criminelle et frontières du droit pénal : enjeux et perspectives*, p. 83 et s.
- **PRADEL J.**, *Rapport de synthèse du colloque précité consacré aux frontières du droit pénal*, p. 359 et s.
- **PY B.**, *Les frontières du droit pénal médical*, p. 349 et s.

La gestion déléguée du service public, Actes du colloque des 14 et 15 novembre 1996 au Sénat, RFDA 1997 (supplément au n° 3).

La personne humaine sujet de droit, rapports des IV journées René SAVATIER (Poitiers, 25 et 26 mars 1993), PUF, 1994 :

- **MEMETEAU G.**, *Vie biologique et personnalité juridique*, p. 21 et s.

La responsabilité pénale, Travaux du Colloque de philosophie pénale (12 au 21 janvier 1959), Travaux de l'institut de sciences criminelles et pénitentiaire de Strasbourg, Dalloz, 1961 :

- **ANCEL M.**, *Responsabilité et Défense sociale*, p. 355 et s.
- **GAUDEMET J.**, *Le problème de la responsabilité pénale dans l'Antiquité*, p. 51 et s.
- **LEAUTE J.**, *Le néo-classicisme*, p. 351 et s.
- **LEVY-BRUHL L.**, *Les rapports entre l'ethnologie et la criminologie*, p. 40 et s.
- **METZ R.**, *La responsabilité pénale dans le droit canonique médiéval*, p. 91 et s.
- **POIRIER J.**, *Les caractères de la responsabilité archaïque- La responsabilité pénale dans les sociétés primitives*, p. 19 et s.
- **VILLEY M.**, *La responsabilité pénale chez Saint Thomas*, p. 117 et s.

- **WURTENBERGER T.**, *La doctrine de Frantz VON LISZT de la culpabilité et de la responsabilité pénale*, p. 329 et s.

La sanction, Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3, L'Harmattan, 2007 :

- **VARINARD A.**, introduction, p. 33 et s.

Rapport au XVII^e Congrès des médecins aliénistes et neurologistes de langue française (Genève, 1^{er} août 1907), 1^{ère} éd. 1907, rééd. L'Harmattan, 1999 :

- **BALLET G.**, *L'expertise médico-légale et la question de responsabilité*, p. 37 et s.

XII^{es} journées de défense sociale (19 et 20 juin 1964), RSC 1964 :

- **ANCEL M.**, *Compte rendu des discussions des XII^{es} journées de défense sociale (19 et 20 juin 1964)*, RSC 1964, p. 801 et s.
- **HEUYER G.**, *Rapport aux XII^e Journées françaises de défense sociale*, RSC 1964, p. 747
- **LEVASSEUR G.**, *Rapport aux XII^e Journées françaises de défense sociale*, RSC 1964, p. 788
- **MERLE R.**, *Rapport aux XII^e Journées françaises de défense sociale*, RSC 1964, p. 725 et s.

IV^e Congrès de l'Association Française de droit pénal (Nantes, 21 au 23 octobre 1982), RSC 1983 :

- **LEVASSEUR G.**, *L'imputabilité en droit pénal*, Rapport de synthèse, p. 1 et s.

V- Articles, notes, études et chroniques

ANCEL M.,

- *Défendre la Défense sociale ?*, RSC 1964, p. 188 et s.
- *Défense sociale et prophylaxie criminelle*, in *Pour un humanisme médico-social, Hommage à Georges HEUYER*, dir. G. DUHAMEL, PUF, 1961, p. 142 et s.
- *Droit pénal et Défense sociale*, RSC 1955, p. 562 et s.
- *La responsabilité pénale : le point de vue juridique*, RICPT 1964, p. 268 et s.
- *Le Code pénal suisse et la politique criminelle moderne*, *Revue pénale suisse*, 1958, p. 165 et s.
- *Les doctrines nouvelles de la Défense sociale*, RDPC 1951, p. 46 et s.
- *Une définition de la Défense sociale, A propos de la révision des statuts de la société internationale de Défense Sociale*, RSC 1956, p. 447 et s.

AUDREN F.,

Le droit au service de l'action. Éléments pour une biographie intellectuelle d'Emmanuel Lévy (1871-1944), *Droit et société*, 2004, p. 79 et s.

AUSSEL J.-M.,

La contrainte et la nécessité en droit pénal, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, dir. STEPHANI G., Dalloz, 1956, p. 253 et s.

BECQUEMIN-GIRAULT M.,

La loi du 27 juillet 1942 ou l'issue d'une querelle de monopole pour l'enfance délinquante, *Revue d'histoire de l'enfance irrégulière*, n° 3, *L'enfant de justice pendant la guerre et l'immédiat après-guerre*, 2000, p. 55 et s.

BENAYOUN C.,

De l'autorité de la chose jugée au pénal en matière de cause étrangère, D. 1999, Doctr., p. 476 et s.

BLANC-JOUVAN X.,

- *La responsabilité de l'infans, RTD Civ. 1957, n°4, p. 28 et s.*

- *Initiative et imputabilité : un éclatement de la notion de licenciement, Dr. Soc. 1981, p. 207 et s.*

BONFILS Ph.,

Le discernement en droit pénal, in Sciences pénales et Sciences criminologiques, Mélanges offerts à Raymond GASSIN, PUAM, 2007, p. 97 et s.

BOULOC B.,

- *Coup d'œil sur la responsabilité pénale des personnes morales, Rev. Lamy Droit des affaires 2004, n° 71 et s.*

- *Le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales, in La responsabilité pénale des personnes morales, ouvrage collectif, Dalloz, 1993, p. 291 et s.*

BROUCHOT J.,

- commentaire de l'ordonnance du 2 février 1945, *JCP 1946, I, 522*

- note sous Crim. 1^{er} fév. 1951, *Tonapani, J.C.P. 1951, II, 610*

BUISSON J.,

La déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : loi du 25 février 2008, Procédures avril 2008, Etudes n° 4, p. 5 et s.

BURST J.-J.,

La réforme du droit des incapables majeurs et ses conséquences sur le droit de la responsabilité civile extra-contractuelle, JCP 1970, I, 2307

CARTIER M.-E.,

- *Contrainte et état de nécessité, Annales de la faculté de Toulouse, 1982, p. 27 et s.*

- *De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres Propos, in Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC, Dalloz, 2007, p. 97 et s.*

- *La responsabilité des personnes morales, in Le Nouveau Code pénal, enjeux et perspectives, ouvrage collectif, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 1994, p. 37 et s.*

CASSIERS W.,

La responsabilité pénale des personnes morales : une solution trompe l'œil ?, RDPC juillet-août 1999, p. 823 et s.

CASTAGNEDE J.,

- *La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 : un nouveau regard porté sur le droit pénal des mineurs, D. 2003, chron. p. 779 et s.*

- *La responsabilité pénale du mineur, évolution ou révolution ?, RPDP 2004, 2, p. 273 et s.*

CHABAS M.,

Fait ou faute de la victime, D. 1973, chron. p. 207 et s.

CONTE Ph.,

- *Aux fous ?*, *Dr. Pén.* 2008, Repère n° 4.

- *Dangerosité et droit pénal*, in *Les dangers. De la criminologie à la psychopathologie, entre justice et psychiatrie*, dir. Ch. de BEAUREPAIRE, M. BENEZECH, et Ch. KOTTLER, éd. J. LIBEY, 2004, p. 71 et s.

- *La responsabilité des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal*, in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, dir. J.-H. ROBERT et S. TZITZIS, éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 109 et s.

CORINUS-LE PUIL L.,

L'enfant, un adulte en miniature ou un être en devenir ? Plaidoyer pour une approche globale du phénomène délinquantiel, *RPDP* 2004, n°2, p. 285 et s.

COSTA J.-L.,

A propos d'un arrêt récent en matière de minorité pénale, *RSC* 1957, p. 363 et s.

COURTIN C.,

La surveillance post-carcérale des personnes dangereuses et l'application de la loi pénale dans le temps, *Dr. Pén.* 2008, Études n° 11

COUTURIER J.-P.,

L'erreur de droit invincible en matière pénale, *RSC* 1968, p. 547 et s.

COVRAT P.,

Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres, *RSC* 1999, p. 376 et s.

CUCHE M.,

De la possibilité pour l'école classique d'organiser la répression pénale en dehors du libre arbitre, *Annales de l'Université de Grenoble*, Tome IX, n° 1, Gauthier-Villars & fils, 1897, p 509 et s.

DALMASSO T.,

Responsabilité pénale des personnes morales, Evaluations des risques et stratégie de défense, *EFE* 1996, n° 66

DANDOY X.,

Appréciation in abstracto de la faute civile extracontractuelle, *Annales de Droit de Louvain*, vol. 70, 2007, p. 111 et s.

DARBEDA P.,

- *L'injonction de soins et le suivi socio-judiciaire*, *RSC* 2001, p. 625 et s.

- *La prison en mutation : projet de loi pénitentiaire, parcours d'exécution de peine et autres innovations*, *RPDP* 2008, p. 633 et s.

DAVID M.,

Le psychiatre. Une (ancienne) nouvelle figure du traitement de la dangerosité, in *Les nouvelles figures de la dangerosité*, dir. P. MBANZOULOU, H. BAZEX, O. RAZAC, J. ALVAREZ, L'Harmattan, 2008, p. 357 et s.

DEBUYST Ch.,

Le concept de dangerosité et un de ses éléments constitutifs : la personnalité (criminelle), Déviance et société, 1977 (vol. 1), n° 4, p. 363 et s.

DECOCQ A.,

- Les modifications apportées par la loi du 11 juillet 1975 à la théorie générale du droit pénal, RSC 1976, p. 5

- L'infraction et la responsabilité dans l'avant-projet de Code pénal, JCP 1979, I, 2926

DESDEVISES M.-C.,

Les risques des standards pénologiques, in L'individualisation de la peine, De Saleilles à aujourd'hui (réédition de la troisième édition de l'ouvrage de Raymond Saleilles et L'individualisation de la peine, Cent ans après Saleilles), Erès, 2001, p 227 et s.

DESPORTES F.,

- Le nouveau régime de la responsabilité pénale des personnes morales, JCP (E), 1993, I, étude n° 219

- rapport sous Crim. 2 déc. 1997, JCP 1998, II, 10 023, p. 331

DETRAZ S.,

- La création d'une nouvelle décision de règlement de l'instruction : la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, RSC 2008, p. 873 et s.

- La notion de condamnation pénale : l'arlésienne de la science criminelle, RSC 2008, p. 41 et s.

DONNEDIEU DE VABRES H.,

- commentaire de la loi du 27 juillet 1942, D. 1943, législation, p. 35 et s.

- commentaire de l'ordonnance du 2 février 1945, D. 1945, I, p. 169 et s.

- Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales, RIDP 1950, p. 339 et s.

DOUCET J.-P.,

Une discussion sur l'erreur de droit, RSC 1962, p. 497 et s.

DUCOULOUX-FAVARD C.,

- Egalité de traitement des personnes morales et des personnes physiques en matière de responsabilité pénale, La lettre des juristes d'affaires, avril 2004, n° 27, p. 3 et s.

- Quatre années de sanctions pénales à l'encontre des personnes morales, D. 1998, chron., p. 395 et s.

DREYER E.,

commentaire de Cass Crim 15 nov. 2006, D. 2006, p. 1582 et s.

DUCPETIAUX E.,

- De la justice de répression et particulièrement de l'inutilité et des effets perniciose de la peine de mort, Impr. de J. J. Cautaeerts (brochure), 1827

DÜNKEL F. et FRITSCHÉ M.,

L'aménagement de la peine et la libération conditionnelle dans les systèmes pénitentiaires allemand et français, Déviance et Société, 2005 (vol. 29) n°3, p. 335 et s.

FAIVRE P.,

La responsabilité pénale des personnes morales, RSC 1958, p. 547 et s.

FEUGERE W.,

L'extension de la responsabilité pénale des personnes morales, Journal des sociétés, avril 2006, p. 42 et s.

FRANCHI F.,

À quoi peut bien servir la responsabilité pénale des personnes morales?, RSC, 1996, p. 261 et s.

FRANCHIMONT M.,

Notules sur l'imputabilité, Les données du problème en droit pénal, en criminologie, en psychologie judiciaire et en politique criminelle, RDPC 1961-1962, p. 342 et s.

FRANÇOIS L.,

Implications du delinquere sed non puniri potest, in Mélanges offerts à Robert LEGROS, éd. de l'Université de Bruxelles, 1985, p. 194

GASSIN R.,

- *Le fondement juridique de la réinsertion des délinquants en droit français*, RSC 1996, p. 179 et s.
- *L'influence du mouvement de Défense sociale sur le droit pénal français contemporain, in Aspects nouveaux de la pensée juridique : recueil d'études en hommage à Marc ANCEL, T.2*, A. Pédone, 1975, p. 3 et s.

GAUTRON V.,

De la société de surveillance à la rétention de sûreté, AJ Pénal 2009, p. 53 et s.

GARAPON A.,

Peine fixe v. individualisation : analyse d'un clivage culturel, Justices janv.- mars 1998, n° 9, p. 137 et s.

GBLER L. et GUITZ Y.,

Nouvelle réforme de l'ordonnance de 1945 : analyse détaillée, Le bon et le mauvais sens, Journal du droit des jeunes sept. 2002, n° 217, p. 20 et s

GIACOPELLI M.,

Libres propos sur la sanction-réparation, D. 2007, Point de vue, p. 1551 et s.

GIUDICELLI A.,

Le fait de la personne atteinte d'un trouble mental, in Un droit pénal postmoderne?, Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines, dir. M. MASSE, J-P. JEAN et A GIUDICELLI, PUF, 2009, p. 166 et s.

GOMAA N.,

La réparation du préjudice causé par les malades mentaux, RTD Civ. 1971, p. 29 et s.

GOY R.,

La garantie européenne de la liberté de religion. L'article 9 de la Convention de Rome, Revue de droit public 1991, p. 5 et s.

GRAMATICA F.,

La politique de défense sociale dans les aspects nouveaux de la délinquance, RSC 1976, p. 629 et s.

GRAVEN J.,

L'évolution de la notion de « responsabilité pénale » et ses effets, RICPT 1964, p. 175 et s.

de GREEFF E.,

La notion de responsabilité en anthropologie criminelle, RSC 1931, p. 446 et s.

GREGOIRE L.,

Quel avenir pour les mesures de sûreté ? Analyse au regard de deux ans d'application de la loi du 25 février 2008, RPDP 2011, n° 2, p. 311 et s.

GRIDEL J.-P.,

L'âge et la capacité civile, D. 1998, chron. p. 90 et s.

GUIHAL D. et FOSSIER Th.,

Le régime des poursuites pénales engagées contre un majeur protégé, JCP 2007, I, 146

HERZOG-EVANS M.,

- La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des « principes cardinaux » de notre droit, AJ Pénal 2008, p. 161 et s.

- La loi « récidive III » : extension et aggravation de la « probation » obligatoire, D. 2010, chron., p. 1428 et s.

JACQUES Ph.,

note sous Civ. 2°, 28 fév. 1996, Gaz. Pal. 1997, I, p. 86 et s.

JIMENEZ DE ASUA L.,

Les problèmes modernes de l'imputabilité, J.T., 1960, p. 351

JOURDAIN P.,

Retour sur l'imputabilité, in Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC, Dalloz, 2006, p. 511 et s.

KELLENS G.,

La détermination de la sentence pénale, de la lunette au microscope, Déviance et société, 1978 (vol. 2), n° 1, p. 77 et s.

KENSEY A.,

Conditional release and the prevention of reoffending, in Crime policy in Europe, Council of Europe, 2004

KERCHOVE (van de) M.,

Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, RSC 2008, p. 805 et s.

LACAZE M.,

La rétention de sûreté prononcée suite à la méconnaissance des obligations de la surveillance de sûreté et l'article 5 de la Convention européenne, RPDP, à paraître.

LAFLAQUIERE V.,

Le pari sur l'humain, AJ Pénal 2005, p. 358 et s.

LAMBERT-FAIVRE Y.,

L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance de réparation, RTD Civ. 1987, p. 1 et s.

de LAMY B.,

La rétention de sûreté pénal or not pénal ?, RSC 2009, p. 166 et s.

LAINGUI A.,

- *La sanction pénale dans le droit français du XVIII^e et XIX^e siècle*, in *La peine (III^e Partie)*, Société Jean BODIN pour l'histoire comparative des institutions, 1991, p. 184 et s.

- *Sur quelques sujets non-humains des anciens droits pénaux*, in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, dir. J.-H. ROBERT et S. TZITZIS, éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 15 et s.

LAPOYADE-DESCHAMPS C.,

Les petits responsables (Responsabilité civile et responsabilité pénale de l'enfant), D. 1988, I, p. 299 et s.

LAVIELLE B.,

Le nouveau régime des réductions de peine, AJ Pénal 2004, p. 320 et s.

LAZERGES C.,

- *La tentation du bilan 2002-2009, une politique criminelle du risque au gré des vents*, RSC 2009, p. 689 et s.

- *Le concept d'imputabilité dans les doctrines de défense sociale*, RSC 1983, p. 315 et s.

- *Fallait-il modifier l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945*, RSC 2003, p. 172 et s.

- *La rétention de sûreté : le malaise du Conseil constitutionnel*, RSC 2008, p. 731

LEAUTE J.,

Le rôle de la faute antérieure dans le fondement de la responsabilité pénale, D. 1981, chron. p. 295 et s.

LEBLOIS-HAPPE J.,

- *Le libre choix de la peine par le juge : un principe défendu bec et ongle par la chambre criminelle. A propos de l'arrêt rendu le 4 avril 2002*, Dr. Pén. 2003, chron. n° 11

- *commentaire sur les arrêts de la Chambre criminelle du 18 févr. 2004 et du 2 septembre 2004*, AJ pénal, 2004, p. 405

LEGEAIS R.,

Le mineur et la responsabilité civile, À la recherche de la véritable portée des arrêts de l'Assemblée plénière du 9 mai 1984, in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, Mélanges CORNU*, PUF 1994, p. 253 et s.

LEGAL A.,

- *commentaire de l'ordonnance du 2 février 1945*, S. 1946, comm. p. 250

- *note sous C.A. Colmar, 1^{er} déc. 1953*, RSC 1954, p. 537 et s.

LEGROS R.,

Imputabilité pénale et entreprise économique, RDPC 1968-1969, p. 366 et s.

LEMONDE M.,

L'article 64 est-il incurable ?, RSC 1992, p. 521 et s.

LETURMY L.,

Droit pénal des mineurs : nouvelles confusions dans les sanctions éducatives, Dr. Pén. 2007, Etudes n° 10 p. 5

LE TOURNEAU Ph.,

- *La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental*, JCP 1971, I, 2401

- *La verdeur de la faute dans la responsabilité (ou de la relativité de son déclin)*, RTD Civ, 1988, p. 505 et s.

LEVASSEUR G.,

- *L'imputabilité en droit pénal*, RSC 1983, p. 1 et s.

- *L'imputabilité des infractions en droit français*, RDPC 1968-1969, p. 387 et s.

- *Réformes récentes en matière pénale dues à l'école de la Défense sociale nouvelle*, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc ANCEL - T.2 : Etudes de science pénale et de politique criminelle*, Pédone, 1975, p. 35 et s.

MACRA T.,

L'imputabilité de la responsabilité aux personnes morales, *Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif*, 1996-3, p. 971 et s.

MAGNOL J.,

- *La loi n° 51-687 du 24 mai 1951 modifiant l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante*, RSC 1951, p 445 et s.

- *L'ordonnance du 2 février 1945 sur l'enfance délinquante*, RSC 1946, p. 7 et s.

MARCHAND Ph.,

JOAN, Doc. Parlem., 1989, n° 896

MARON A., ROBERT J.-H.,

- *Cent personnes morales pénalement responsables*, Dr. Pén.1998, chron. n°22, 24 et 28

MASCALA C.,

L'élargissement de la responsabilité pénale des personnes morales : la fin du principe de spécialité, *Bull. Joly des sociétés*, 2006, n° 1 et s.

MASSIP J.,

note sous Civ. 2°, 28 fév. 1996, D. 1996, p. 602

MATSOPOULOU H.,

- *Brèves réflexions sur la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales*, *Droits des sociétés*, Cahiers de l'actualité, 2004, p. 3 et s.

- *La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales*, *Rev. des sociétés* 2004, p. 283 et s.

- *Le nouveau régime des incapacités commerciales*, Dr. Pén. 2008, Études n° 24.

- *Le renouveau des mesures de sûreté*, D. 2007, chron., p. 1607 et s.

MAYAUD Y.,

La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008, D. 2008, chron., p. 1359 et s.

MAZEAUD H.,

La « faute objective » et la responsabilité sans faute, D. 1985, chron. 13

MBANZOULOU P.,

- La dangerosité des détenus. Un concept flou aux conséquences bien visibles : le PSEM et la rétention de sûreté, AJ Pénal 2008, p. 171 et s.

- Quelles approches pénitentiaires de la dangerosité des détenus ?, in Les nouvelles figures de la dangerosité, dir. P. MBANZOULOU, H. BAZEX, O. RAZAC, J. ALVAREZ, L'Harmattan, 2008, p. 129 et s.

du MESNIL du BUISSON G.,

Réflexion sur les rôles du juge et du médecin dans l'intelligibilité de la peine et son évolution, le mariage de Thémis et d'Hippocrate à l'épreuve de la durée, RSC 1995, p. 839 et s.

MERCADAL B.,

La responsabilité pénale des personnes morales et celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, RJDA 1994, p. 375 et s.

MESTRE J.,

La protection indépendante du droit de réponse, des personnes physiques et des personnes morales, contre l'altération de leur personnalité aux yeux du public, JCP, 1974, I, 2623.

MILBURN P.,

La réparation pénale : entre incivilités et éducativité, Les Cahiers de la sécurité intérieure, 1997, n° 29, p. 121 et s.

NADJAR E.,

Le parcours d'exécution de la peine : un vecteur de réinsertion, Les cahiers de la sécurité intérieure, 2010, n° 12, p. 1 et s.

OHL D.,

Recherche sur un dédoublement de la personnalité en droit pénal, in Études offertes à B. MERCANDAL, éd. F. Lefebvre, 2002, p. 373 et s.

ORTOLAN J.,

De l'âge de l'agent des délits quant à l'imputabilité pénale, Revue de législation et de jurisprudence, 1843, p. 463 et s.

OTTENHOF R.,

Imputabilité, culpabilité et responsabilité en droit pénal, Archives de politique criminelle, Pedone, 2000, n° 22, p. 71 et s.

PAGEAUD P.A.,

La notion d'intention en droit pénal, JCP, 1950, I, 876 et s.

PAPATHEODOROU T.,

- *La personnalisation des peines dans le nouveau code pénal français*, RSC 1997, p. 15 et s.
- *De l'individualisation des peines à la personnalisation des sanctions*, RICPT 1993, n° 1, p. 107 et s.

PARENT H.,

La connaissance de la loi en droit pénal : vers l'émergence d'un nouvel équilibre entre l'efficacité juridique et la faute morale, *Les cahiers de Droit*, vol. 42, n° 1, mars 2001, p. 53 et s.

PATIN M.

note sous Cass. crim., 13 déc. 1956, *Laboube*, D. 1957, jurispr. p. 349 et s.

PICARD E.,

La responsabilité pénale des personnes morales de droit public : fondements et champ d'application, *Revue des sociétés* 1993, p. 261 et s.

PINATEL J.,

- *Biologie et responsabilité*, RSC 1968, p. 672 et s.
- *La vie et l'œuvre de Charles LUCAS*, RIDP, 1947, p. 121 et s.

PLANQUE J.-C.,

Plaidoyer pour une suppression réfléchie de la spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales, PA janvier 2004, n° 7, p. 5 et s.

PLAWSKI S.,

L'erreur de droit, RSC 1962, p. 445 et s.

PONCELA P.,

- *Finir sa peine : libre ou suivi ?*, RSC 2007, p. 883 et s.
- *Peine et crédit. Loi du 9 mars 2004 : réductions de peine, fins de peine et autres aménagements*, RSC 2004, p. 955 et s.

PRIEUR C.,

Délinquance des mineurs : les candidats plébiscitent les centres fermés, *Le Monde* du 23 mars 2002

RICOEUR P.,

- *Le juste*, *Esprit*, 1995, p. 30.
- V° Liberté, *Encyclopædia Universalis*, 1984

ROBERT J.-H.,

- *Imputation et complicité*, JCP 1975, I, 2720
- *La victoire de Lombroso et de Ferri*, *Droit Pénal* 2008, n° 2, Repère n° 2, p. 1 et s.
- *Le coup d'accordéon ou le volume de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 975 et s.
- note sous Crim. 24 mai 2005, *Dr. Pén.* 2005, comm. n° 151
- préface, *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, dir. J.-H. ROBERT et S. TZITZIS, éd. Panthéon-Assas, 2003
- *Saleilles et le comparatisme*, *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, Vol. 12, 1991, p. 143 et s.

ROBERT-DIARD P.,

Selon un rapport médical, Jacques Chirac ne peut pas affronter son procès, Le Monde 4 et 5 septembre 2011, p. 1 et 9

ROLLAND M.,

Préface, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc ANCEL - T.2 : Etudes de science pénale et de politique criminelle*, Pédone, 1975, p. 33 et s.

RUET C.,

La responsabilité pénale pour faute d'imprudance après la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, Dr. Pén. 2001, chron. n° 1

ROSSIGNOL Ch.,

La législation « relative à l'enfance délinquante » : De la loi du 27 juillet 1942 à l'Ordonnance du 2 février 1945, les étapes d'une dérives technocratique, Revue d'histoire de l'enfance irrégulière, n° 3, L'enfant de justice pendant la guerre et l'immédiat après-guerre, 2000, p. 17 et s.

ROTMAN E.,

L'évolution de la pensée juridique sur le but de la sanction pénale, RSC 1973, p. 163 et s.

ROUJOU DE BOUBÉE G.,

La responsabilité pénale des personnes morales, Essai d'un bilan, In Une certaine idée du droit, Mélanges offerts à André DECOCQ, Litec, 2004, p. 535 et s.

ROUSSEAU F.,

L'application dans le temps des nouvelles dispositions du 25 février 2008 relatives à l'irresponsabilité pénale pour cause de troubles mental, Dr. Pén. 2009, Études n° 9

SAINT-PAU J.-C.,

- *La capacité pénale de l'enfant, in Le droit et les droits de l'enfant, revue Champs Libres, n° 6, L'Harmattan, 2008, p. 87*

- *La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction, in Le risque pénal dans l'entreprise, Ouvrage collectif, Litec, Collection Carré Droit, 2003, p. 71 et s.*

SALEILLES R.,

- *Rapport sur la question de la protection des biens et de la capacité civile des aliénés, Bulletin de la Société d'études législatives, 1904, p. 317 et s. (I^{ère} partie) et p. 410 et s. (II^e partie)*

- *Sur la théorie de la capacité dans le Code civil pour l'Empire d'Allemagne, articles 2, 3, 6 et 104 à 115 du code civil, Bulletin de la société de législation comparée, 1899-1900 (vol. 29), p. 237 et s.*

SALVAGE Ph.,

- *La grande délinquance est-elle une maladie ?, Dr. Pén.* 2010, Études n° 3

- *Les peines de peine, Dr. Pén.* 2008, Études n° 9

SAUTEL O.,

La mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales : entre litanie et liturgie, D. 2002, p. 1147 et s.

SCHIFF P.,

La prophylaxie criminelle et la collaboration médico-judiciaire, RSC 1936, p. 749 et s.

SENON J.-L.,

Dangerosités psychiatriques et criminologiques, in Un droit pénal postmoderne ?, Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines, dir. M. MASSE, J-P. JEAN et A GIUDICELLI, PUF, 2009, p. 173 et s.

SENON J.-L. et MANZANERA C.,

Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté, AJ Pénal 2008, p. 176 et s.

SORDINO M.-C.,

La disparition du principe de spécialité des personnes morales : une fin espérée adoptée... dans la plus grande discrétion, Gaz. Pal. 16-17 novembre 2005, n° 320 et s.

STANCIU V.,

La capacité pénale, Le problème de la responsabilité, RDPC, 1938, p. 854 et s.

STOLOWY N.,

La disparition du principe de spécialité dans la mise en cause des personnes morales, JCP 2004, I, 138

SYMCHOWICZ N.,

La notion de délégation de service public, AJDA 1998, p. 195 et s.

SYR J. H.,

Les avatars de l'individualisation dans la réforme pénale, RSC 1994, p. 217 et s.

TROUSSE P.-E.,

Sanctions pénales et personnes morales, RDPC 1975-1976, p. 720 et s.

TRUCHE P.,

Allocution d'ouverture du colloque, P.A. 1993, n° 120, p. 57 et s.

VACHERET M.,

Le système pénitentiaire canadien, in Les systèmes pénitentiaires dans le monde (dir. CERE J.-P. et JAPIASSU C.E.A.), Dalloz, 2007, p 97 et s.

VERSELE S. C.,

Le dossier de personnalité, RIDP, 1949, p. 309 et s.

VIENNE R.,

De l'individualisation à la personnalisation de la mesure (A propos du 75^{ème} anniversaire de la parution de l'ouvrage de Saleilles), RSC 1973, p. 177 et s.

VARINARD A.,

commentaire de Cass. crim., 13 déc. 1956, Laboube, n° 43, in Les grands arrêts du droit pénal général, Dalloz, 7^e éd., 2009, p. 540 et s.

VINEY G.,

Réflexions sur l'article 489-2 du Code Civil, RTD Civ. 1970, p. 251 et s.

VICHNIEVSKY L.,

Bilan sommaire de la mise en œuvre de la répression à l'encontre des personnes morales, RSC 1996, p. 288 et s.

VITU A.,

Contrainte morale ou état de nécessité, RSC 1986, p. 87 et s.

VOUIN R.,

Le juge et son expert, D. 1955, p. 131 et s.

WAREMBOURG-AUQUE F.,

Irresponsabilité ou responsabilité civile de l'infans, RTD Civ., 1982, p. 329 et s.

WESTER-OUISSE V.,

- *Dérives anthropomorphiques de la personnalité morale : ascendances et influences, JCP 2009, I, 137*

- *La jurisprudence et les personnes morales : du propre de l'homme aux droits de l'Homme, JCP 2009, I, 121*

- *Responsabilité pénale des personnes morales et dérives anthropomorphiques, RPDP 2009, n° 1, p. 63 et s.*

YOUF D.,

- *Repenser le droit pénal des mineurs, Esprit, Oct. 2000, p. 87 et s.*

- *La délégation de service public (Dossier), AJDA, 1996, n°9*

- *L'examen médico-psychologique et social des délinquants, (numéro spécial), Nations-Unies - Rev. Int. de Pol. Criminelle, n° 3, 1953*

VI - Références internet

ARAGONESES A.,

« *Un jurista del modernismo, Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado* », Biblioteca del Instituto Antonio de Nebrija de estudios sobre la universidad, 2009, [en ligne]

<http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/5778/1/BIAN-18-2009.pdf>

BURGELIN J.-F.,

Santé, justice et dangerosité : pour une meilleure prévention de la récidive, juillet 2005 [en ligne]

<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/054000449/0000.pdf>

DANET J.,

La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante, Champ pénal / Penal field, nouvelle revue internationale de criminologie, vol. V, 2008, [en ligne]

<http://champpenal.revues.org/6013>

DEBUYST Ch.,

La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie, Criminologie, vol. 17, n° 2, 1984, [en ligne]

<http://www.erudit.org/revue/crimino/1984/v17/n2/017197ar.pdf>

GARRAUD J.-P.,

Réponses à la dangerosité, octobre 2006 [en ligne]

<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000800/0000.pdf>

GOUJON Ph.,

Avis n° 83, Tome 4 (2006-2007) fait au nom de la Commission des lois, déposé au Sénat le 23 novembre 2006, [en ligne]

http://www.senat.fr/rap/a06-083-4/a06-083-4_mono.html

KENSEY A. et TOURNIER P.-V.,

Placement à l'extérieur, semi-liberté, libération conditionnelle...Des aménagements d'exception, Ministère de la Justice, Direction de l'administration pénitentiaire et Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales, coll. Etudes et données pénales, n° 84, 2000, [en ligne]

http://www.cesdip.fr/IMG/pdf/EDP_84_vol._I_.pdf (vol. I : *Présentation des principaux résultats*)

http://www.cesdip.fr/IMG/pdf/EDP_84_vol._II_.pdf (vol. II : *Données statistiques concernant l'ensemble des sous-cohortes étudiées*)

LAMANDA V.,

Amoindrir les risques de récidive criminelle des condamnés dangereux, mai 2008, [en ligne]

<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/084000332/0000.pdf>

NEUER L.,

Chirac dispensé d'audience : quid des droits de la défense ?, *Le point*, 3 sept. 2011, [en ligne]

http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/laurence-neuer/chirac-dispense-d-audience-quoi-des-droits-de-la-defense-03-09-2011-1369621_56.php

SANCHEZ J.-L.,

Les lois Bérenger (lois du 14 août 1885 et du 26 mars 1891), Criminocorpus, Autour des Archives d'anthropologie criminelle, 3. Criminologie et droit pénal, [en ligne]

<http://criminocorpus.revues.org/132>.

Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales,

Trésor de la Langue Française Informatisé, [en ligne]

<http://www.cnrtl.fr/etymologie/faute>

<http://www.cnrtl.fr/definition/intelligence>.

Centre de traduction et de terminologie juridiques (CTTJ) de l'Université de Moncton au Canada :

Juridictionnaire, Termiumplus, v^o « *punissabilité* » et « *punibilité* » [en ligne]

<http://termiumplus.gc.ca/site/termium.php?lang=fra&cont=044>

Commission de réforme du droit du Canada :

Rapport *Droit pénal, Principes généraux, L'aptitude à la peine*, [en ligne] :

<http://www.lareau-legal.ca/FitnessFrench.pdf>

Recommandation n°(99)22 du Conseil de l'Europe, [en ligne]

<https://wcd.coe.int/wcd/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=538657&SecMode=1&DocId=412146&Usage=2>

Sexual Act de 1993 (Chapter 30) [en ligne]

http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts1993/ukpga_19930030_en_1.

PLAN DE JURISPRUDENCE

INTRODUCTION

Cour Européenne des Droits de l'Homme

CEDH, 8 juill. 2004, *VO c. France* : Req. n° 53924/00 ; *D.* 2004, p. 2456, note J. PRADEL ; *JCP* 2004, II, 10158, note M. LEVINET ; *RTD Civ.* 2004, p. 714, obs. J. HAUSER.

Juridictions étrangères

Cour du Banc de la Reine, *Mc Naghten*, 1843, 8, E.R., 718.

Supreme Court of Connecticut, 10 juin 1998, *State of Connecticut v. Kenneth Curtis* : I. NEIGHBORS, A. CHAMBERS, E. LEVIN, G. NORDMAN et C. TUTRONE, *Social work and the law : Proceedings of the National Organization of Forensic Social Work, 2000*, Haworth Press Inc, 2002, p. 15 à 18.

Conseil Constitutionnel

C.C. 16 juin 1999, décision n° 99-411 DC : *D.* 1999, p. 589, note Y. MAYAUD.

C.C. 4 août 2011, décision n° 2011-635 DC relative à la loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs.

Cour de cassation - Assemblée Plénière

Cass., Ass. Plén., 29 juin 2001 : *Bull. Crim* n° 165 ; *D.* 2001, p. 2917, note Y. MAYAUD ; *JCP* 2001, II, 10569, rapp. P. SARGOS, concl. J. SAINTE-ROSE et note M.-L. RASSAT ; *Dr. Pén.* 2001, chron. n° 34, L. DEMONT ; *RTD Civ.* 2001, p. 560, obs. J. HAUSER.

Cour de cassation - Chambre criminelle

Crim. 13 déc. 1956, *Laboube* : *D.* 1957, jurispr. p. 349, note M. PATIN ; *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, Cujas, 6^e éd., 2007, comm. n° 43 par A. VARINARD ; *RSC* 1957, p. 363, note J.-L. COSTA.

Crim. 30 juin 1999 : *Bull. Crim.* n° 174 ; *D.* 1999, p. 710, note D. VIGNEAU ; *D.* 2000, p. 169, note C. DESNOYER et L. DUMAINE ; *Dr. Pén.* 2000, comm. n° 3, M. VERON ; *RSC* 1999, p. 813, obs. Y. MAYAUD.

Crim. 4 mai 2004 : *Bull. Crim.* n° 108 ; *D.* 2004, p. 3097, note J. PRADEL ; *RSC* 2004, p. 884, obs. Y. MAYAUD.

Crim. 21 janv. 2009 : pourvoi n° 08-83.492.

Crim. 16 déc. 2009 : *JCP* 2010, p. 117, note P. MISTRETTA ; *Dr. Pén.* 2010, études n° 4 ; *D.* 2010, p. 144, obs. M. LENA ; *ibidem*, p. 471, note J. PRADEL ; *RSC* 2010, p. 129, obs. E. FORTIS.

**PARTIE I : LA CAPACITE PENALE A L'ENGAGEMENT
DE LA RESPONSABILITE PENALE**

TITRE I : LA CAPACITE PENALE A L'INFRACTION

Chapitre I – La notion de capacité délictuelle

Section 1 - L'absence de la notion de capacité délictuelle dans les conceptions classiques de la
faute civile

Cour de cassation – Assemblée Plénière

Cass., Ass. Plén., 5 mai 1984, 5 arrêts (*Derguini, Djouab, Lemaire, Fullenwarth, et Gabillet*) : *Bull. Civ.* n° 4 ; *D.* 1984, jurispr. p. 525, concl. J. CABANNES, note F. CHABAS ; *JCP* 1984, II, 20255, note N. DEJEAN DE LA BÂTIE ; *ibid.*, 20256, note P. JOURDAIN ; *RTD Civ.* 1984, p. 508, obs. J. HUET.

Cass., Ass. Plén., 25 févr. 2000, *Costedoat* : *Bull. Civ.* n° 2 ; *D.* 2000, p. 673, note Ph. BRUN ; *ibid.* somm. 467, note Ph. DELEBECQUE ; *JCP* 2000, II, 10295, concl. R. KESSOUS et note M. BILLIAU ; *ibidem* I, 241, obs. G. VINEY ; *Gaz. Pal.* 2000, 2, 1462, note F. RINALDI ; *RCA* 2000, chron. 11, H. GROUDEL et chron. 22, Ch. RADÉ ; *RTD Civ.* 2000, p. 582, obs. P. JOURDAIN.

Ass. Plén., 14 déc. 2001, *Cousin* : *Bull. Civ.* n° 17, *D.* 2002, 1230, note J. JULIEN, *ibidem*, somm. 1317, obs. D. MAZEAUD ; *ibidem*, somm. 2117, obs. THUILLIER

Cass., Ass. Plén., 13 déc. 2002 : *Bull. Civ.* n° 4 ; *BICC* 1^{er} mars 2003, concl. DE GOUTTES, rapp. LE CORROLLER ; *D.* 2003, p. 231, note P. JOURDAIN ; *JCP* 2003, II, 10010, note HERVIOT-LELONG ; *ibidem*, I, 154, obs. G. VINEY ; *Gaz. Pal.* 2003, 2, 1008, note F. CHABAS ; *ibidem*, 1035, note ICARD et PANSIER ; *RCA* 2003, chron. 4, H. GROUDEL.

Cour de cassation - Chambres civiles

Civ., 18 déc. 1912, *Brochet et Deschamps* : *D.* 1915, I, p.17, note L. S. ; S. 1914, I, p. 249, note R. L. MOREL.

Civ. 1^{ère}, 20 déc. 1960 : *JCP* 1960, II, n° 12031, note A. TUNC ; *D.* 1961, jurispr. p. 141, note P. ESMEIN ; *RTD Civ.* 1961, p.317, obs. A. TUNC.

Civ. 2^e, 18 déc. 1964, *Trichard* : *D.* 1965, p.191, concl. SCHMELCK, note D. ESMEIN ; *JCP* 1965, II, 14304, note N. DEJEAN DE LA BÂTIE ; *RTD Civ.* 1965, p. 35, obs. R. RODIÈRE.

Civ. 2^e, 4 mai 1977 : *D.* 1978, p. 393, note R. LEGEAIS ; *RTD Civ.* 1977, p. 772, obs. G. DURRY.

Civ. 2^e, 29 mars 1991, *Blieck* : *JCP* 1991, II, 21673, concl. DONTENWILLE, note J. GHESTIN ; *D.* 1991, p. 324, note C. LARROUMET ; *ibid.*, chron. 157, G. VINEY ; *ibid.*, somm. p. 324, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD Civ.* 1991, p. 541, obs. P. JOURDAIN ; *Gaz. Pal.* 1992, p. 513, note F. CHABAS ; *Resp. civ. et Ass.* 1991, chron. n° 9, par H. GROUDEL.

Civ. 2^e, 19 février 1997, *Bertrand* : *Bull. Civ. II*, n° 56 ; *D.* 1997, p. 265, note P. JOURDAIN ; *ibidem*, somm. p. 290, obs. D. MAZEAUD ; *JCP* 1997, II, 22848, concl. R. KESSOUS, note G. VINEY ; *Gaz. Pal.* 1997, 2, 572, note F. CHABAS ; *RCA* 1997, chron. 9, F. LEDUC.

Civ. 2^e, 20 janv. 2000 : *Bull. Civ. II*, n° 14 ; *D.* 2000, somm. p. 469, obs. D. MAZEAUD ; *JCP* 2000, II, 10374, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT ; *ibidem*, I, 241, n° 20, obs. G. VINEY ; *RCA* 2000, n° 146, note H. GROUDEL.

Civ. 2^e, 10 mai 2001, *Levert* : *Bull. Civ. II*, n° 96 ; *D.* 2001, p. 2851, rapp. GUERDER, note TOURNAFOND ; *D.* 2002, somm. p. 1315, obs. D. MAZEAUD ; *JCP* 2001, II, 10613, note J. MOULY ; *JCP* 2002, I, 124, n° 20 et s., obs. G. VINEY ; *Defrénois* 2001, p. 1275, note E. SAVAUX ; *RCA* 2001, chron. 18, H. GROUDEL ; *RTD Civ.* 2001, p. 601, obs. P. JOURDAIN.

Civ. 2^e, 20 oct. 2005 : *Dr. Fam.* 2006, n° 78, note J. JULIEN.

Civ. 2^e, 21 févr. 2008 : *JCP* 2008, I, 186, n° 5 note Ph. STOFFEL-MUNCK ; *D.* 2008, 2125, note LAYDU

Cour de cassation - Chambre criminelle

Crim. 13 déc. 1956, *Laboube* : *D.* 1957, jurispr. p. 349, note M. PATIN ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 7^e éd., 2009, comm. n° 43 par A. VARINARD ; *RSC* 1957, p. 363, note J.-L. COSTA.

Crim. 11 janv. 1996 : *Bull. Crim.* n° 20.

Crim. 26 mars 1997 : *Bull. Crim.* n° 124.

Conseil Constitutionnel

C.C. 16 juin 1999 : *D.* 1999, p. 589, note Y. MAYAUD.

Juridictions du fond

Trib. civ. Nice, 13 nov. 1953 : *D.* 1954, p.143.

Trib. corr. Bobigny, 22 nov.1972 : *Gaz. Pal.* 1972, 2, 890.

CA Grenoble, 5 nov. 1952 : *Gaz. Pal.* 1952, 2,405.

CA Paris, 21 juin 1962 : *JCP* 1962, II, 12890.

Section 2 : L'admission possible de la notion de capacité délictuelle

Conseil Constitutionnel

C.C., 16 juin 1999 : *D.* 1999, p. 589, note Y. MAYAUD.

Cour de cassation - Chambres civiles

Civ. Soc., 9 mai 1953 : *Gaz. Pal.* 1953, II, 118.

Civ. 2^e, 30 mai 1956 : *JCP* 1956, II, 9445, note R. RODIERE.

Civ. 2^e, 6 févr. 1974 : *Bull. Civ.* II, n° 54.

Civ. 2^e, 27 fév. 1974 : *D.* 1974, IR, p. 124.

Civ. 2^e, 2 juill. 1975 : *Bull. Civ.* II, n° 205.

Civ. 2^e, 29 avr. 1976 : *JCP* 1978, II, 18793, note N. DEJEAN DE LA BATIE ; *RTD Civ.* 1977, 130, obs. G. DURRY.

Civ. 2^e, 31 mars 1978 : *Bull. Civ.* II, n° 99.

Civ. 1^e, 7 mars 1989 : *Bull. Civ.* n° 116 ; *JCP* 1990, II, 21403, note N. DEJEAN DE LA BATIE.

Civ. 2^e, 4 juill. 1990 : *Bull. Civ.* n° 167 ; *RTD Civ.* 1991, p. 123, note P. JOURDAIN.

Civ. 2^e, 27 févr. 1991 : *Bull. Civ.* II, n° 69.

Civ. 2^e, 28 fév. 1996 : *D.* 1996, p. 602, note J. MASSIP ; *Gaz. Pal.* 1997, I, 8, note Ph. JACQUES.

Cour de cassation - Chambre criminelle

Crim. 13 déc. 1956, *Laboube* : *D.* 1957, jurispr. p. 349, note M. PATIN ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 7^e éd., 2009, comm. n° 43 par A. VARINARD ; *RSC* 1957, p. 363, note J.-L. COSTA.

Crim. 25 oct. 1962, *Lacour* : *Bull. Crim.* n° 292.

Crim. 25 oct. 1962, *Benamar et Schieb* : *Bull. Crim.* n° 293.

Crim. 9 déc. 1993 : *Bull. Crim.* n° 383 ; *D.* 1995, somm. p. 138, obs. E. MALBRANCQ ; *D.P.* 1994, chron. n° 26, rapp. L.-M. NIVOSE et *ibidem*, n° 31, concl. J. PERFETTI.

Juridictions du fond

CA Lyon, 19 janv. 1996 : *D.* 1996, p. 258, note F.-L. COSTE.

Chapitre II - Le régime de la capacité délictuelle

Section 1 - La capacité délictuelle des personnes physiques

Juridictions étrangères

Cour du Banc de la Reine, *Mc Naghten*, 1843, 8, E.R., 718.

C.A. Ont., *R. c. Stanford*, (1976), 27 C.C.C. (2d) 520.

C.A. Ont., *R. c. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337.

Cour suprême du Canada, 5 mai 1976, *Schwartz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673.

Cour suprême du Canada, 11 oct. 1984, *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232.

People v. Skinner, 1985, 39 Cal.3d 765, 783.

Cour suprême du Canada, 20 déc. 1990, *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303.

Cour de cassation – Assemblée Plénière/chambre des requêtes

Cass., Req., 19 mars 1934 : *DH* 1934, p. 363.

Cass. Ass. Plén., 14 avr. 2006 (2 arrêts) : *D.* 2006, p. 1577, note P. JOURDAIN ; *JCP* 2006, II, 10087, note P. GROSSER.

Cour de cassation - Chambre criminelle

Crim. 1^{er} avr. 1808

Crim. 12 oct. 1850 : *S.* 1853, 1, 464.

Crim. 3 mars 1865 : *D.* 1866, 5^{ème} partie, n° 394.

Crim. 28 déc. 1900 : *DP* 1901, 1, 81, note LE POITEVIN.

Crim. 21 janv. 1921 : *Bull. Crim.* n° 52 ; *S.* 1922, I, 185, note J. A. ROUX ; M. PUECH, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, Cujas, comm. n° 105, p. 185.

Crim. 19 oct. 1922 : *DP* 1922, 1, 233.

Crim. 8 févr. 1936 : *DP* 1936, 1, 44, note H. DONNEDIEU DE VABRES.

Crim. 24 avr. 1937 : *D.H.* 1937, p. 429.

Crim. 13 juill. 1951 : *Bull. Crim.* n° 213.

Crim. 13 déc. 1956, *Laboube* : *D.* 1957, jurispr. p. 349, note M. PATIN ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 7^e éd., 2009, comm. n° 43 par A. VARINARD ; *RSC* 1957, p. 363, note J.-L. COSTA.

Crim. 5 janv. 1957 : *Bull. Crim.* n° 17 ; *RSC* 1958, p. 95, obs. A. LEGAL.

Crim. 9 oct. 1958 : *Bull. Crim.* n° 615 ; *Gaz. Pal.* 1958, 2, 319.

Crim. 12 mars 1959, *Bull. Crim.* n° 176

Crim. 6 mai 1970 : *Bull. Crim.* n° 154.

Crim. 11 avr.1970 : *Bull. Crim.* n° 117 ; *RSC* 1971, p. 927, obs. A. LEGAL.

Crim. 18 déc.1978 : *Bull. Crim.* n° 357 ; *RSC* 1979, p. 558, obs. G. LEVASSEUR.

Crim. 23 janv 1997, *Bull. Crim.* n° 32

Crim. 11 mai 2004 : *Bull. Crim.* n° 115 ; *AJ Pénal* 2004, p. 285, obs. J. LEBLOIS-HAPPE ; *RSC* 2004, p. 878, obs. Y. MAYAUD.

Crim. 15 nov. 2005 : *Dr. Pén.* 2006, comm. n° 32, note A. VERON.

Crim. 15 nov. 2006 : *JCP* 2007, II, 10062, note J.-Y. MARECHAL ; *D.* 2007, pan. p. 2632,

G. ROUJOU DE BOUBEE ; *D.* 2006, p. 1582, comm. E. DREYER.

Juridictions du fond

CA Colmar, 1^{er} déc. 1953 : *D.* 1955, somm. p. 3 ; *Gaz. Pal.* 1954, 2, 147 ; *Gaz. Pal.* 1955, 1, p. 26 ; *S.* 1954, II, 65 ; *RSC* 1954, p. 537, note A. LEGAL.

CA Colmar, 2 févr. 1954 : *D.* 1955, somm. p. 3 ; *Gaz. Pal.* 1954, II, p. 147 ; *Gaz. Pal.* 1955, I, p. 26 ; *S.* 1954, II, 65.

CA Papeete, 21 sept. 2000 : *JurisData* n° 2000-136011.

CA Douai 24 oct. 2000 : *JCP* G 2002, II, 10012, note J.-Y. MARECHAL.

Section 2 - La capacité délictuelle des personnes morales

Commission européenne des droits de l'Homme

Comm. EDH, 17 déc. 1968, *Church of X... c. Royaume-Uni* : Req. n° 3798/68.

Comm. EDH, 5 mai 1979, *Church of Scientology c. Suède* : Req. n° 7805/77.

Cour Européenne des Droits de l'Homme

CEDH, 9 déc. 1994, *Les Saints Monastères c. Grèce* : Req. n° 13984/88.

CEDH, 6 avr. 2000, *Comingersoll SA c. Portugal* : Req. n° 35382/97.

CEDH, 16 avr. 2002, *Société Colas Est et autres c. France* : Req. n° 37971/97.

Cour de cassation - Chambre criminelle

Crim. 2 déc. 1997 : *JCP* 1998, II, 10 023, p. 331, rapport F. DESPORTES.

Crim. 1^{er} déc. 1998 : *Bull. Crim.* n° 325 ; *RSC* 1999, p.577, obs. B. BOULOC ; *D.* 2004, p. 34, note M.-A. HOUMAN.

Crim. 11 mai 1999 : *Bull. Crim.* n° 93 ; *Dr. Pén.* 1999, comm. n° 140 ; *RSC* 2000, p. 197, note Y. MAYAUD.

Crim. 18 janv. 2000 : *D.* 2000, jurispr. p. 636, note J.-C. SAINT-PAU ; *PA* 2000, n° 214, p. 18, note C. DUCOULOUX-FAVARD.

Crim. 18 avr. 2000 : *Bull. Crim.* n° 153 ; *RSC* 2000, p. 817, obs. B. BOULOC ; *RTD Com.* 2000, p. 1023, obs. B. BOULOC.

Crim. 24 oct. 2000 : *Bull. Crim.* n° 308 ; *D.* 2002, p. 514, note C. PLANQUE ; *JCP* 2000, II, 10535, note DAURY-FAUVEAU ; *RSC* 2001, p. 162, obs. Y. MAYAUD et *ibidem*, p. 371 obs. B. BOULOC.

Crim. 26 juin 2001 : *Bull. Crim.* n° 165 ; *D.* 2002, somm. p. 1802, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *Dr. Pénal* 2002, n° 8, note J.-H. ROBERT.

Crim. 26 sept. 2001 : *Bull. Crim.* n° 191 ; *RTD Com.* 2002, p. 382, obs. B. BOULOC.

Crim. 7 mai 2002 (inédit), pourvoi n° 01-82.521.

Crim. 29 avr. 2003 : *Bull. Crim.* n° 91 ; *D.* 2004, jurispr. p. 167, note J.-C. SAINT-PAU.

Crim. 8 sept. 2004 : *Dr. Pénal* 2005, chron. n° 11, M. VERON ; *D.* 2005, pan. p. 1521, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE.

Crim. 14 sept. 2004 : *Dr. Pén.* 2004, comm. n° 11, M. VERON.

Crim. 20 juin 2006 (2^e esp.) : *Bull. Crim.* n° 188 ; *Dr. Pén.* 2006, comm. n° 128.

Crim. 23 juin 2009, *Bull. Crim.*, n° 126

Juridictions du fond

Trib. corr. Chambéry, 27 sept. 1996.

Trib. corr. Evry, 28 janv. 1997.

TITRE II : LA CAPACITE PENALE A L'IMPUTATION DE L'INFRACTION

Chapitre I - La notion d'imputabilité

Section 1 : La définition de l'imputabilité

Cour de cassation - Commission de révision

Comm. Révision, 16 nov. 1998 : JCP 1999, II, 10118, note W. JEANDIDIER.

Cour de cassation - Chambres civiles

Civ. 2°, 18 oct. 1956, *Lhuillier* : *Gaz. Pal.* 1964, 2, 371 ; *Gaz. Pal.* 1956, 2, 365.

Civ. 2°, 9 juill. 1964, *Deplat* : *D.* 1964, p. 641.

Cour de cassation - Chambre criminelle

Crim. 27 nov. 1845 : *DP* 1846, 5, 94.

Crim. 23 janv. 1873 : *D.* 1874, 5, 128.

Crim. 3 juill. 1909 : *DP* 1911, 1, 290.

Crim. 30 oct. 1914 : *DP* 1919, 1, 67.

Crim. 20 oct. 1949 : *Bull. Crim.* n° 291.

Crim. 13 déc. 1956, *Laboube* : *D.* 1957, jurispr. p. 349, note M. PATIN ; J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 7° éd., 2009, comm. n° 43 par A. VARINARD ; *RSC* 1957, p. 363, note J.-L. COSTA.

Crim. 14 déc. 1982 (inédit) : *Gaz. Pal.* 1983, 1, pan. p. 178.

Crim. 13 mars 1991 : *Bull. Crim.* n° 125.

Crim. 20 juin 1994 : *Bull. Crim.* n° 246.

Crim. 4 mars 1998 : *Bull. Crim.* n° 83.

Crim. 8 janv. 2003 : *Bull. Crim.* n° 5 ; *D.* 2004, somm. p. 310, obs. B. de LAMY ; *JCP* 2003, II, 10159, note W. JEANDIDIER ; *RSC* 2003, p. 553, note B. BOULOC.

Crim. 15 déc. 2004 (inédit), pourvoi n° 03-87827.

Juridictions du fond

CA Dakar 31 déc. 1952, *Ann. Afric.* 1955, 124, obs. J. LARGUIER.

CA Aix-en-Provence, 11 juill. 1968 : *Gaz. Pal.* 1968, 2, 316 ; *D.* 1969, chron. p. 87, R. LEGEAIS.

Trib. corr. Bobigny, 22 nov. 1972 : *Gaz. Pal.* 1972, 2, 890.

CA Colmar, 2 févr. 1954 : *D.* 1955, somm. p. 3 ; *Gaz. Pal.* 1954, II, 147 ; *Gaz. Pal.* 1955, I, 26 ; *S.* 1954, II, 65.

Section 2 : La place de l'imputabilité

Cour de cassation – Assemblée Plénière

Cass., Ass. Plén., 25 févr. 2000, *Costedoat* : *Bull. Civ.* n° 2 ; *D.* 2000, p. 673, note Ph. BRUN ; *ibid.* somm. p. 467, note Ph. DELEBECQUE ; *JCP* 2000, II, 10295, concl. R. KESSOUS et note M. BILLIAU ; *ibidem.*, I, 241, obs. G. VINEY ; *Gaz. Pal.* 2000, 2, 1462, note F. RINALDI ; *RCA* 2000, chron. n° 11, H. GROUDEL ; *ibidem*, chron. n° 22, Ch. RADÉ ; *RTD Civ.* 2000, p.582, P. JOURDAIN.

Ass. Plén., 14 déc. 2001, *Cousin* : *Bull. Civ.* n° 17, *D.* 2002, 1230, note J. JULIEN, *ibidem*, somm. 1317, obs. D. MAZEAUD ; *ibidem*, somm. 2117, obs. THUILLIER

Cour de cassation - Chambres civiles

Civ. 1^{ère}, 9 nov. 1983 (*1^{ère} espèce*) : *D.* 1984, p. 139, note F. DERRIDA.

Civ. 2^e, 7 juin 1989 : *Gaz. Pal.* 1989, II, 783, note F. CHABAS ; *RTD. Civ.* 1989, p. 786, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 1989, p. 559, note J.-L. AUBERT ; *JCP* 1990, II, 21451, note J.-F. BARBIERI.

Civ. 2^e, 28 févr. 1996 : *Gaz. Pal.* 1997, I, 89, note Ph. JACQUES.

Civ. 2^e, 21 févr. 2008 : *JCP* 2008, I, 186, n° 5 note Ph. STOFFEL-MUNCK ; *D.* 2008, 2125, note LAYDU

Cour de cassation - Chambre criminelle

Crim. 28 mars 1936 : *Bull. Crim.* n° 41.

Crim. 8 juin 1955 : *Bull. Crim.* n° 286.

Crim. 11 mars 1958 : *Bull. Crim.* n° 238.

Chapitre II - Le régime de l'imputabilité

Section 1 : L'imputabilité de l'infraction commise par une personne physique

Juridictions étrangères

Cour du Banc de la Reine, *Mc Naghten*, 1843, 8, E.R., 718.

Cour de cassation – Assemblée Plénière

Cass., Ass. Plén., 5 mai 1984, 5 arrêts (*Derguini, Djouab, Lemaire, Fullenwarth, et Gabillet*) : *Bull. Civ.* n° 4 ; *D.* 1984, jurispr. p. 525, concl. J. CABANNES, note F. CHABAS ; *JCP* 1984, II,

20255, note N. DEJEAN DE LA BÂTIE ; *JCP* 1984, II, 20256, note P. JOURDAIN ; *RTD Civ.* 1984, p. 508, obs. J. HUET.

Cour de cassation - Chambres civiles

Civ. 1^{ère}, 9 nov. 1983 (*1^{ère} espèce*) : *D.* 1984, p. 139, note F. DERRIDA.

Cour de cassation - Chambre criminelle

Crim. 6 août 1813 : *Bull. Crim.* n° 170.

Crim. 19 mai 1815 : *Bull. Crim.* n° 33.

Crim. 7 mars 1845 : *Bull. Crim* n° 87 ; *D.* 1845, 5, 289.

Crim. 14 août 1852 : *DP* 1852, 5, p. 194.

Crim. 28 févr. 1861 : *DP* 1861, 1, 140.

Crim. 17 juin 1870 : *Bull. Crim.* n° 127.

Crim. 7 janv. 1876 : *Bull. Crim.* n° 13 ; *S.* 1876, 1, 96.

Crim. 10 janv. 1879 : *Bull. Crim.* n° 16.

Crim. 28 déc. 1900 : *DP* 1901. 1. 81, note LE POITTEVIN.

Crim. 11 avr. 1908 : *D.* 1908, 1, 261, rapport MERCIER ; *S.* 1909. 1. 473, note J. A. ROUX.

Crim. 20 avr. 1934 : *S.* 1935. 1. 398.

Crim. 28 oct. 1942 : *DC* 1943, p. 89, note H. DONNEDIEU DE VABRES.

Crim. 27 janv. et 3 mars 1944 : *DA* 1944, p. 92.

Crim. 23 sept. 1847 : *D.* 1847, 4, 118.

Crim. 29 déc. 1948 : *JCP* 1949, II, 4681.

Crim. 29 déc. 1949 : *Bull. Crim.* n° 360 ; *D.* 1950, p. 419 ; *JCP* 1950, II, 5614.

Crim. 28 févr. 1952 : *D.* 1952, p. 341.

Crim. 5 févr. 1957 : *Bull. Crim.* n° 112 ; *RSC* 1958, p. 93, obs. A. LEGAL.

Crim. 11 mars 1958 : *Bull. Crim.* n° 238.

Crim. 26 févr. 1959 : *D.* 1959, p. 301.

Crim. 15 juin 1965 (inédit) : *JCP* 1965. IV. 106.

Crim. 3 avr. 1967 : *Bull. Crim.* n° 106.

Crim. 8 mai 1974 : *Bull. Crim.* n° 165.

Crim. 27 avr. 1976 : *Bull. Crim.* n° 129.

Crim. 19 nov. 1980 : *Bull. Crim.* n° 308.

Crim. 14 déc. 1982 : *Gaz. Pal.* 1983, 1, pan. 178.

Crim. 28 janv. 1998 : *Bull. Crim.* n° 34.

Crim. 20 oct. 1999 : *Bull. Crim.* n° 228.

Crim. 9 oct. 2002 (inédit) : pourvoi n° 01-88865.

Crim. 28 janv. 2004 ; *Bull. Crim.* n° 22.

Juridictions du fond

CA Colmar, 1^{er} déc. 1953 : *D.* 1955, somm., p. 3 ; *Gaz. Pal.* 1954, 2, 147 ; *Gaz. Pal.* 1955, 1, 26 ; *S.* 1954, II, 65 ; *RSC* 1954, p. 537, note A. LEGAL.

CA Toulouse, 23 avr. 1942 : *JCP* 1942, II, 1886, note MAGNOL ; *DC* 1943, p. 94 note H. DONNEDIEU DE VABRE.

CA Amiens 26 mai 1954 : *D.* 1954, p. 579.

CA Paris, 27 juin 1968 : *D.* 1968, somm. 104 ; *JCP* 1969, II, 15728, note R. DE LESTANG.

Trib. corr. Versailles, 13 mai 1970 : *Gaz. Pal.* 1971, 1, 34, obs. J.-P. DOUCET.

CA Dijon, 19 déc. 1984 : *RSC* 1985, p. 812, G. LEVASSEUR.

Trib. corr. Agen, 22 mai 1985 : *RSC* 1986, p. 87, A. VITU et *ibidem*, p. 102, G. LEVASSEUR.

CA Caen, 28 juin 1996 : *JurisData* n° 1996-044277.

CA Toulouse, 20 déc. 2001 : *JurisData* n° 2001-165942.

Section 2 : L'imputabilité de l'infraction commise par une personne morale

Cour de cassation - Chambre criminelle

Crim. 3 mars 1865 : *D.* 1866, 5^{ème} partie, n° 394.

Crim. 28 déc. 1900 : *DP* 1901, I, 81, note LE POITTEVIN.

Crim. 19 oct. 1922 : *DP* 1922, 1, 233.

Crim. 24 avr. 1937 : *DH* 1937, p. 429.

<p style="text-align: center;">PARTIE II : LA CAPACITE PENALE A LA SANCTION DE LA RESPONSABILITE PENALE</p>
--

TITRE I : LE CONCEPT DE CAPACITE A LA SANCTION

Chapitre 1 - La genèse du concept de capacité pénale à la sanction

Chapitre 2 - Le rôle du concept de capacité pénale à la sanction en matière pénale

Section 1 : L'approche maximaliste de la capacité pénale

Cour de cassation - Chambre criminelle

Crim. 6 juin 1979 : *Bull. Crim.* n° 194.

Juridictions du fond

Trib. corr. Seine, 6 mars 1956 : *JCP* 1956, 9338,
note G. LEVASSEUR ; *RSC* 1956, p. 837, obs. A.
LEGAL.

Section 2 : L'approche conciliatrice de la capacité pénale

Juridictions du fond

Trib. corr. Versailles, 18 déc.1995 : *JCP*
1996, II, 22640, note J.-H. ROBERT.

TITRE II : LA CONSECRATION DU CONCEPT DE CAPACITE PENITENTIAIRE EN
DROIT PENAL

Chapitre 1 – La consécration totale de la capacité pénitentiaire en droit pénal des mineurs

Section 1 : La capacité pénitentiaire, fondement du droit pénal des mineurs

Juridictions étrangères

Cour du Banc de la Reine, *Mc Naghten*, 1843, 8, E.R., 718.

Crim. 26 janv.1924 : *Bull. Crim.* n° 47.

Crim. 1^{er} févr. 1951, *Tonapani* : *JCP* 1951, II, 6107, note J. BROUCHOT.

Crim. 9 mai 1961 : *Bull. Crim.* n° 243.

Cour de cassation - Chambre criminelle

Crim. 10 janv. 1920 : *Bull. Crim.* n° 24.

Crim. 16 août 1923 : *Bull. Crim.* n° 322.

Juridictions du fond

CA Poitiers, 27 janv. 1928 : *D.* 1929, II, p. 47.

Section 2 : La capacité pénitentiaire, critère de l'individualisation des mesures applicables aux mineurs

Cour Européenne des Droits de l'Homme

CEDH 9 févr. 1995, *Welch c. Royaume-Uni* et 8 juin 1995, *Jamil c. France* : *RSC* 1996, p. 470 et 471, obs. R. KOERING-JOULIN ; *ibidem*, p. 662, obs. Ph. DELMAS-SAINT-HILAIRE ; *ibidem*, p. 851, obs. B. BOULOC ; *JCP* 1996, p. 22677, note G. BOURDEAUX.

CEDH, 17 déc. 2009, *M. c. Allemagne* : Req. n° 19359/04 ; *D.* 2010, p. 737, note J. PRADEL ; *AJ Pénal* 2010, p. 129, J. LEBLOIS-HAPPE ; *RSC* 2010, p. 228 et p. 236, obs. D. ROETS ; *Dr. Pén.* 2010, études n° 9, L. GREGOIRE et F. BOULAN.

Conseil Constitutionnel

C.C., 30 déc. 1987 : DC n° 87-237 ; *JO* 31 décembre 1987, p. 15765.

C.C., 29 août 2002 : DC n° 2002-461 ; *JO* 10 septembre 2002, p. 14953.

Cour de cassation - Chambre criminelle

Crim. 2 mars 1928 : *S.* 1929.1.198.

Chapitre 2 – La consécration partielle de la capacité pénitentiaire en droit pénal des majeurs

Section 1 : La consécration exceptionnelle de l'incapacité pénitentiaire

Cour Européenne des Droits de l'Homme

CEDH, 22 oct. 2009, *Apostolakis c. Grèce* : Req. n° 39574/07.

CEDH 9 févr. 1995, *Welch c. Royaume-Uni* et 8 juin 1995, *Jamil c. France* : RSC 1996, p. 470 et 471, obs. R. KOERING-JOULIN ; *ibidem*, p. 662, obs. Ph. DELMAS-SAINT-HILAIRE ; *ibidem*, p. 851, obs. B. BOULOC ; JCP 1996, p. 22677, note G. BOURDEAUX.

Conseil Constitutionnel

C.C. 21 févr. 2008, DC n° 2008-562 : D. 2008, chron., p. 1359, note Y. MAYAUD.

Cour de cassation - Chambre criminelle

Crim. 19 nov. 1891 : DP 1892,1, 109.

Crim. 30 août 1900 : DP. 1901,1, 142.

Crim. 11 avr. 1983 : Bull. Crim. n° 93.

Crim. 6 nov. 1984 : Bull. Crim. n° 337.

Crim. 20 nov. 1985 : Bull. Crim. n° 368.

Crim. 9 juill. 1991 : Bull. Crim. n° 293.

Crim. 25 nov.1992 : Bull. Crim. n° 392.

Crim. 14 nov. 1994 : Dr. Pén. 1995, n° 59 ; Gaz. Pal. 1995, 1, somm. p. 172.

Crim. 17 févr. 1998 : Bull. Crim. n° 62.

Crim. 9 nov. 1998 : Bull. Crim. n° 292.

Crim. 15 mars 2006 : Bull. Crim. n° 80 ; AJ Pénal 2006, p. 273, obs. M. HERZOG-EVANS ; RSC 2007, p. 352, obs. P. PONCELA.

Crim. 18 oct. 2006 (inédit) : AJ Pén. 2007, p. 94, note M. HERZOG-EVANS.

Crim. 9 avr. 2008 : Bull. Crim. n° 97 ; Dr. Pén. 2008, comm. n° 118, A. MARON et M. HAAS.

Crim. 10 nov. 2010 (n° 10-80265).

Crim. 12 oct. 2010, Gaz. Pal. 6 janvier 2011, note E. DREYER

Juridictions du fond

CA Basse-Terre, 17 nov. 1997 : Gaz. Pal. 1998, 1, somm. p. 25, note H. VRAY.

Section 2 : La consécration indirecte de la capacité pénitentiaire

Cour Européenne des Droits de l'Homme

CEDH, 9 juillet 2009, *Khider c. France* : Req. n° 39364/05.

Cour de cassation - Chambre criminelle

Crim. 1er févr. 1951, *Tonapani* : *JCP* 1951, II, 6107, note J. BROUCHOT.

Crim. 26 oct. 1995 : *Bull. Crim.* n° 324 ;

Dr. Pén. 1996, p. 189, J.-H. ROBERT.

Crim. 18 sept. 1996 : *Bull. Crim.* n° 324.

Crim. 21 nov. 1996 : *Bull. Crim.* n° 420.

Crim. 6 févr. 1997 : *Gaz. Pal.* 1997, 1, 229, note J.-P. DOUCET.

Crim. 24 juin 1998 : *Bull. Crim.* n° 206.

Crim. 18 févr. 2004 : *Bull. Crim.* n° 47, *AJ Pénal* 2004, p. 405, comm. J. LEBLOIS-HAPPE.

Crim. 2 sept. 2004 : *Bull. Crim.* n° 197.

Crim. 2 sept. 2004 : *Bull. Crim.* n° 198, *AJ Pénal* 2004, p. 405, comm. J. LEBLOIS-HAPPE.

Crim. 21 nov. 2005, avis n° 0050010.

Crim. 6 déc. 2005 : *JurisData* n° 2005-031554.

Crim. 14 juin 2006 : *JurisData* n° 2006-034772.

Juridictions du fond

CA Toulouse, ch. correct., 19 mai 1999 : *JurisData* n° 1999-042179.

CA Paris, 12e ch. correct., 15 déc. 2000 : *JurisData* n° 2000-137744.

CA Grenoble, 30 janv. 2004, n° 03-00376.

CA Caen, ch. app. correct., 28 juin 2004 : *JurisData* n° 2005-301488.

CA Grenoble, 12e ch. correct., section B, 7 sept. 2005 : *JurisData* n° 2005-301488.

CA Bordeaux, 8 févr. 2006 (inédit).

CA Versailles, 9e ch., 19 mars 2007 (inédit).

CA Bourges, ch. spéc. mineurs, 3 mai 2007 : *JurisData* n° 2007-344931.

INDEX ALPHABETIQUE

Les numéros indiqués renvoient aux paragraphes.

-A-

Age de raison : 306 et s.

Aménagements de peine : 624 et s.

ab initio : 607

Appréciation *in abstracto* et *in concreto* : 73, 95, 252

Aptitude à subir un procès pénal : 300, 24

-C-

Capacité :

– d'exercice : 3, 4

– de jouissance : 3, 4

– et personnalité juridique : 5

définition de la – : 2

Capacité délictuelle à l'infraction : 42, 44

Capacité naturelle : 7, 232, 233 et s.

Capacité pénale :

aptitude à profiter de la sanction : 433

– et capacité pénitentiaire : 438, 463

– déviée : 402 et s.

genèse de la – : 366 et s.

Circulaire « Chaumié » : 391, 399, 402

Conscience : 21

– de l'illicéité : 130

– de l'illicéité (défaut de –) : 140

– matérielle : 119

– matérielle (défaut de –) : 136 et s.

– morale : 40

Contrainte :

– morale : 319

– et personnes morales : 329 et s.

– physique : 322, 160 et s.

distinction des types de – : 119, 163, 319, 324

Contravention :

Elément moral des – : 170 et s.

Contrôle social « post-sententiel » : 574 et s.

Corporate killing : 185

Crédits de réduction de peines : 562

-D-

Dangerosité : 33, 582 et s.

Déclaration d'irresponsabilité pénale pour trouble mental : 255, 31, 592

Défense sociale

– (fin XIX^e s.) : 370

– moderne : 386, 405 et s.

– nouvelle : 412 et s., 14, 427

Démence : v. *Trouble mental*

Discernement : 65 et s., 477, 285 et s.

absence de – due à l'âge : 306 et s., 81

absence de – et acquittement : 472

définition : 289, 290 et s.

– en droit civil : 65 et s., 246

– et conscience de l'illicéité : 133 et s.

– et conscience matérielle : 123 et s., 126 et s.

– et trouble mental : 77, 296 et s.

système dualiste fondé sur le – : 476

Dispense de peine : 541 et s.

Dol général : 105, 124

-E-

Ecole néoclassique

– contemporaine : 423, 425 et s.

– de la Restauration : 355

Ecole pénitentiaire : 356 et s.

Erreur de droit : 140

Erreur de fait : 138138 -

Etat dangereux : 370, 371, 407

v. Dangerosité

Expertise psychiatrique : 395, 389 et s., 414

-F-

Faits justificatifs : 23

Faute : 44, 50

conception objective de la – : 54 et s.

conception subjective de la – : 61 et s.

capacité à la – : 88 et s.

Fichier judiciaire national automatisé des

auteurs d'infractions sexuelles ou violentes : 577

Force majeure : 156 et s., 318 et s.

v. Contrainte

-I-

Immunité : 23, 263, 548

Imputabilité

définition : 217 et s.

place : 238 et s.

– et imputation : 223

Imputation : 210

Incapacité pénitentiaire :

– absolue du mineur de treize ans : 520 et s.

– judiciaire du majeur : 541 et s.

– légale du majeur : 547547 - et s.

– relative du mineur de plus de treize ans : 522 et s.

Individualisation de la sanction

– et personnalisation (différence) : 548 et s.

historique de l'– : 349

capacité pénale et – : 597 et s.

Infans : 66, 85, 86

absence de discernement – : 304 et s.

Infraction (notion d'–) : 43, 101, 243

Injonction de soin : 610 et s.

-L-

Laboube (arrêt) : 27, 98 et s., 151, 234

– arrêt de la Cour d'appel : 124

Législation applicable aux mineurs

- loi du 22 juillet 1912 : 471 et s.
 - chambre du conseil : 473
 - présomption de non-discernement : 473 et s.
- ordonnance du 2 février 1945 : 480 et s.
 - substitution de l'éducabilité au discernement : 481 -481 et s.

Libération conditionnelle : 358, 563 et s.

Liberté surveillée : 473

Libre arbitre : 309 et s.

- absence de – : 317 et s.
- conception philosophique du – : 311 et s.
- conception juridique du – : 313

-M-

Mesures applicables aux mineurs :

- mesures éducatives : 488 et s.
 - caractère révisable : 494 et s.
 - cumul : 497 et s.
- sanctions éducatives : 500 et s.
- peines : 518 et s.
 - atténuation de pénalité : 526 et s.

Mesures de contrôle : 565 et s., 580 et s.

Mesures de sûreté : 31 et s., 382

- et déclaration d'irresponsabilité pénale pour trouble mental : 256, 592
- et peine (différence) : v° *peine*
- post-sententielle : 574 et s.
- non-rétroactivité des – : 593 et s.

Minorité pénale : 27 -27, 8585 -, 86

-P-

Parcours d'exécution des peines : 617

Peine

- dimension « perfectionnelle » de la – : 445
- et mesure de sûreté : 378 et s.

Personnalisation administrative de la peine privative de liberté : 628 et s.

Personnalisation de la sanction : 601 et s.

- et capacité pénale : 442
- et individualisation des peines (distinction) : 458

Personnalité du délinquant : 413 et s., 458, 597 et s.

- enquête de personnalité : 414, 420

Personnalité juridique : 4

Personne : 22, 458

- concept de – : 21

Personne morale

- anthropomorphisme : 190
- aptitude à subir une peine : 447 et s.
- capacité délictuelle de la – : 173 et s.
 - et causes de non-imputabilité : 323 et s.
- individualisation des peines : 457 et s.
- peines applicables aux – : 453 et s.
- principe de spécialité : 182 et s., 201 et s.
- théorie du *substratum* : 184 et s., 193, 195 et s., 332

Positivismes italien : 360 et s.

Présomption de non-discernement : 472 et s.

Prophylaxie criminelle : 382

-R-

Responsabilité atténuée : 269, 397 et s., 269

Responsabilité par ricochet : 185

Responsabilité pénale

- des personnes morales : 29
- fonction rétributive de la – : 428 et s.
- spiritualisation de la – : 17 et s., 225 et s., 65, 78

Rétention de sûreté : 32, 578, 592 et s.

- non-rétroactivité de la – : 594

-S-**Sanctions éducatives** : 31, 500*Sentencing* : 599**Spécialisation des juridictions des mineurs** : 476**Stage**

- de citoyenneté : 608
- de sensibilisation à la sécurité routière : 608
- de sensibilisation aux dangers de l'usage de
produits stupéfiants : 608
- de responsabilisation parentale : 608

Substratum (théorie du –) : *V. Personne morale***Suivi-socio-judiciaire** : 609 et s.**Surveillance de sûreté** : 32, 578, 593**Suspension de peine pour raison médicale** : 557 et s.**-T-****Trouble mental** :

- abolition du discernement : 77, 296 et s.
- définition du – : 297
- et procès pénal : 300, 24
- et exécution de la peine : 559

-U-**Unité des fautes civile et pénale** : 246, 77**Union internationale de droit pénal** : 367 et s.**Utilitarisme** : 354 et s., 364, 12**-V-****Volonté** :

- absence de – : 155 et s.
- définition : 147 et s.
- distinction – et libre arbitre : 149 et s.

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE.....	1
PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	2
INTRODUCTION	3
PARTIE I :	
LA CAPACITE PENALE A L'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITE PENALE	32
TITRE I :	
LA CAPACITE PENALE A L'INFRACTION	35
<i>Chapitre I : La notion de capacité délictuelle</i>	<i>38</i>
Section 1 :	
L'absence de la notion de capacité délictuelle dans les conceptions classiques de la faute civile	39
§1- Les conceptions classiques de la faute	40
A – La conception objective de la faute	40
1 – Présentation de cette théorie	40
2 – La consécration limitée de la conception objective de la faute en droit positif.....	43
B – La conception subjective de la faute	45
1 – Présentation de cette théorie	45
2 – La consécration variable de la conception subjective de la faute en droit positif	47
§2- Les insuffisances des conceptions classiques de la faute	52
A – Les critiques de la conception objective de la faute.....	53
B – Les critiques de la conception subjective de la faute	56
Section 2 :	
L'admission possible de la notion de capacité délictuelle.....	60
§1- La définition négative de la capacité délictuelle	61
A – L'incapacité délictuelle en droit comparé.....	61
B – La notion d'incapacité délictuelle en droit français	64
1 – Incapacité délictuelle et faute intentionnelle.....	65
2 – Incapacité délictuelle et faute non intentionnelle.....	68
§2- La définition positive de la capacité délictuelle	72
A – La définition jurisprudentielle de la capacité délictuelle	73
B – L'esquisse d'une définition doctrinale de la capacité délictuelle	75
1 – Une condition préalable de la faute	75
2 – Une condition de l'élément moral de l'infraction.....	77
<i>Chapitre II :Le régime de la capacité délictuelle</i>	<i>81</i>
Section 1 :	
La capacité délictuelle des personnes physiques.....	83
§1- L'intelligence ou la faculté de comprendre	83
A – Le contenu de l'intelligence nécessaire à la caractérisation de l'infraction	84

1 – La conscience matérielle.	84
a) La définition de la conscience matérielle et sa traduction en droit français.	84
b) La distinction de la connaissance matérielle et du discernement.....	89
2 – La conscience de l’illicite.....	91
a) L’exigence d’une conscience de l’illicéité des faits.....	91
b) La distinction de la conscience de l’illicéité et du discernement.....	93
B – Le défaut d’intelligence : obstacle à la caractérisation de l’élément moral de l’infraction.	95
1 – L’incapacité délictuelle pour défaut de conscience matérielle.	96
2 – L’incapacité délictuelle pour défaut de conscience de l’illicéité	99
§2- La volonté ou la faculté de vouloir	103
A – Le contenu de la volonté nécessaire à la caractérisation de l’infraction.	104
1 – La définition de la volonté.....	104
2 – Un préalable indispensable à la culpabilité.....	106
B – Le défaut de volonté : obstacle à la caractérisation de l’élément moral de l’infraction	109
1 – L’incapacité délictuelle fondée sur la force majeure.	109
2 – La justification de l’assimilation de la force majeure à l’incapacité délictuelle.....	112
a) L’importance accordée à l’absence de faute dans l’admission de la force majeure.	112
b) La consécration du rattachement de la force majeure à l’élément moral de la faute par l’article 121-3 du Code pénal.....	116
Section 2 :La capacité délictuelle des personnes morales	119
§1- Les obstacles à la reconnaissance d’une véritable capacité délictuelle des personnes morales.....	121
A – Les obstacles tenant au caractère limité de la responsabilité pénale des personnes morales	122
1 – Une responsabilité limitée dans son domaine d’application	122
2 – Une responsabilité limitée aux infractions commises par les organes ou représentants de la personne morale	125
B – Les obstacles tenant à l’absence d’une faculté de comprendre et de vouloir des personnes morales.....	128
1 – L’absence d’une intelligence propre de la personne morale	129
2 – Le refus de consacrer l’existence d’une volonté propre de la personne morale.....	132
§2- L’admission possible d’une certaine capacité délictuelle des personnes morales.....	137
A – La généralisation récente de la responsabilité pénale des personnes morales.....	138
B– L’autonomie croissante de la responsabilité pénale des personnes morales	140
CONCLUSION DU TITRE I :	145
TITRE II :	
LA CAPACITE PENALE A L’IMPUTATION DE L’INFRACTION.....	147
<i>Chapitre I :</i>	
<i>La notion d’imputabilité.....</i>	<i>150</i>
Section 1 :	
La définition de l’imputabilité.	151
§1- Le rejet d’une définition objective de l’imputabilité.....	152
A – Une définition objective inadaptée.	152
B – Une définition objective injustifiée.....	154
§2- Le choix d’une définition subjective de l’imputabilité.....	156
A – Le rattachement de l’imputabilité à la capacité pénale.	157
B – Le contenu axiologique de l’imputabilité.	160

Section 2 :	
La place de l'imputabilité	163
§1- L'autonomie de l'imputabilité à l'égard de l'infraction	163
A – Une conception classique injustifiée	164
B – Une conception classique dépassée.	167
§2- Le rattachement de l'imputabilité à la responsabilité	169
A – Le bien-fondé du rattachement de l'imputabilité à la responsabilité.	170
1 –La charge de la preuve de l'absence d'imputabilité.	170
2 –L'admission possible d'une infraction indépendamment de son imputabilité.	171
B – Les conséquences du rattachement de l'imputabilité à la responsabilité.	176
1- Le caractère téléologique de l'imputabilité.	176
2- Le caractère « absolu » de l'imputabilité.	181
a) Une condition insusceptible de degré.	181
b) Une condition de l'imputation de toute infraction.	184
<i>Chapitre II :Le régime de l'imputabilité.</i>	<i>188</i>
Section 1 :	
L'imputabilité de l'infraction commise par une personne physique.	190
§1- Le discernement ou l'aptitude à discerner le bien du mal.	191
A – L'exigence d'une faculté de discernement de l'auteur d'une infraction.	191
1 –La définition du discernement comme une aptitude morale à distinguer le bien du mal.	192
2 –La justification de la définition morale du discernement.	194
B – L'absence de discernement.	196
1 – L'abolition du discernement par un trouble mental.	197
a) Les caractères de l'abolition du discernement.	197
b) Les limites temporelles de l'abolition du discernement.	200
2 – L'absence de discernement due à l'âge.	203
§2- La liberté ou le libre arbitre	206
A – L'exigence du libre arbitre de l'auteur.	206
1 –L'approche philosophique du libre arbitre.	206
2 –L'approche juridique du libre arbitre.	208
B – L'absence de libre arbitre.	211
Section 2 :	
L'imputabilité de l'infraction commise par une personne morale.	217
§1- L'application directe de l'exigence d'imputabilité aux personnes morales.....	218
A – L'exclusion de la minorité ou d'un trouble mental abolissant le discernement.	218
B – L'admission limitée de la contrainte.....	220
§2- L'application indirecte de l'exigence d'imputabilité aux personnes morales	223
A – Les arguments en faveur de l'irresponsabilité pénale conjointe des personnes physiques et de la personne morale.	223
B – Les arguments en faveur de l'indépendance de la responsabilité pénale des personnes physiques et morales.	225
CONCLUSION DU TITRE II :	228
CONCLUSION DE LA PARTIE I :	229

PARTIE II :

LA CAPACITE PENALE A LA SANCTION DE LA RESPONSABILITE PENALE..... 230

TITRE I :

LE CONCEPT DE CAPACITE PENALE A LA SANCTION 232

Chapitre I :

La genèse du concept de capacité pénale..... 233

Section 1 :

L'émergence progressive d'une individualisation subjective de la sanction 234

§ 1 – L'individualisation humaniste de la sanction par le courant néoclassique puis par l'école pénitentiaire ... 237

A- L'assouplissement du système classique par le courant néo-classique..... 237

B- L'humanisation de la peine par l'école pénitentiaire 238

§ 2 – L'individualisation scientifique de la sanction par le positivisme italien 243

A- Une théorie subjective axée sur le délinquant, auteur de l'infraction 243

B- Une conception positiviste originale de la sanction..... 244

Section 2 :

La naissance du concept de capacité pénale..... 247

§ 1 – La lente maturation du concept de capacité pénale dans les doctrines de la

Défense sociale de la fin du XIX^e siècle 248

A- La conception nouvelle du droit pénal chez A. PRINS 248

B- Les prémices du concept de capacité pénale chez F. Von LISZT 250

§ 2 – La formulation du concept juridique de capacité pénale par SALEILLES..... 251

A – L'introduction de la notion civile de capacité en matière pénale 252

B – Le rôle initialement assigné à la capacité pénale 254

Chapitre II :Le rôle de la capacité pénale 258

Section 1 :

L'approche maximaliste de la capacité pénale..... 260

§ 1 – La conception scientifique de la capacité pénale des psychiatres du début du XX^e siècle 261

A – Le domaine spécifique de la capacité pénale chez LAIGNEL-LAVASTINE 261

1- La substitution de la capacité pénale à la responsabilité pénale dans le cadre de l'expertise médico-légale..... 262

2- Les critères de la capacité pénale dans le cadre de l'expertise médico-légale..... 267

B – Le rôle spécifique de la capacité pénale chez M. LAIGNEL-LAVASTINE. 268

1- La critique de la notion de responsabilité atténuée au début du XX^e siècle. 268

2- L'utilité de la capacité pénale : le concept de « la capacité pénale déviée ». 270

§ 2 – La conception pragmatique de la capacité pénale par les doctrines modernes de Défense sociale..... 274

A – La place du concept de capacité à la sanction dans la Défense sociale radicale représentée par F.

GRAMATICA. 274

B – La place du concept de capacité à la sanction dans la Défense sociale nouvelle de M. ANCEL. 278

1- Une conception humaniste du droit pénal centré sur le délinquant. 278

2- La consécration implicite de la capacité à la sanction par la référence à la personnalité..... 282

Section 2 :	
L'approche conciliatrice de la capacité pénale.....	286
§ 1 – La synthèse néoclassique à l'origine de la définition de la capacité pénale.	288
A – Les fondements du courant néoclassique contemporain.	288
1- L'attachement à une certaine conception rétributive de la condamnation pénale.....	288
2- La distinction nécessaire entre fondement de la responsabilité pénale et individualisation de la sanction pénale	291
B – La conception néoclassique originale de la capacité pénale	292
1- Une définition inédite de la capacité pénale	293
2- Une dénomination maladroite de la capacité pénale	294
§ 2 – Les implications de la conception néoclassique de la capacité pénale	296
A- La signification du concept de capacité pénale chez les personnes physiques	297
1- La personnalisation de la sanction, manifestation pratique de la prise en compte de la capacité pénale du délinquant	297
2- La dimension « perfectionnelle » reconnue à la peine.....	299
B- L'inadaptation du concept de capacité pénale aux personnes morales	300
1- L'absence d'une réelle capacité pénale à profiter de la sanction.....	301
a) L'impossible transposition du concept d'aptitude à profiter d'une sanction aux personnes morales.....	302
b) L'absence de peines fondées sur l'aptitude à profiter d'une sanction.....	303
2- L'impossible personnalisation des sanctions applicables aux personnes morales.....	306
CONCLUSION DU TITRE I :	310
TITRE II	
LA CONSECRATION DU CONCEPT DE CAPACITE PENITENTIAIRE EN DROIT PENAL.....	312
<i>Chapitre I : La consécration totale de la capacité pénitentiaire en droit pénal des mineurs</i>	<i>313</i>
Section 1 :	
La capacité pénitentiaire, fondement du droit pénal des mineurs	314
§ 1 – L'émergence progressive du concept de capacité pénitentiaire avant l'ordonnance du 2 février 1945	314
A – La consécration législative de l'incapacité pénitentiaire des mineurs de treize ans.....	315
B – La confirmation législative du choix du discernement comme fondement de la peine pour les mineurs âgés de plus de treize ans	317
§ 2 – La consécration audacieuse de la capacité pénitentiaire par l'ordonnance du 2 février 1945.....	321
A – La substitution de l'éducabilité au discernement	322
B – Le recours exceptionnel à une peine fondée sur les circonstances et la personnalité du mineur.....	325
Section 2 :	
La capacité pénitentiaire, critère de l'individualisation des mesures applicables aux mineurs	328
§ 1 – La primauté des mesures spécifiques adaptées aux mineurs	329
A- Les mesures éducatives indifférentes à l'âge du mineur.	329
1- Une diversité de mesures éducatives fondées sur les besoins du mineur.	329
2- Un régime dérogatoire adapté aux besoins du mineur.....	332
a) Le cumul possible des mesures éducatives	333
b) Le caractère révisable des mesures éducatives en fonction de l'évolution de la personnalité du mineur.....	335
B- Les sanctions éducatives possibles dès dix ans	337
1- Des mesures à la nature ambiguë	338

2- L'opportunité contestable des sanctions éducatives	341
a) L'insuffisante dimension éducative de ces sanctions.....	341
b) Une mesure justifiée par la volonté de contourner l'incapacité pénitentiaire des mineurs de dix à treize ans	345
§ 2 – Le recours limité à des mesures répressives classiques	351
A –L'incapacité pénitentiaire absolue du mineur de treize ans	352
B –L'incapacité pénitentiaire relative du mineur âgé de plus de treize ans	354
1- L'exclusion des peines jugées contraires à l'objectif éducatif du droit pénal des mineurs.....	355
2- L'atténuation du quantum de certaines peines.	358
a) Le principe de l'atténuation du quantum des peines applicables aux mineurs de seize ans.	358
b) Le renversement récent des règles relatives à l'excuse de minorité du mineur récidiviste de plus de seize ans.....	360
 <i>Chapitre II :La consécration partielle de la capacité pénitentiaire en droit pénal des majeurs.....</i>	 362
 Section 1 :	
La consécration exceptionnelle de l'incapacité pénitentiaire	363
 Sous-section 1 :.....	364
<i>L'influence de l'incapacité pénitentiaire sur les peines</i>	<i>364</i>
§ 1 – L'incapacité pénitentiaire, fondement classique de l'exclusion d'une sanction pénale.....	364
A- L'incapacité judiciaire générale à la peine, la dispense de peine	365
B- Les incapacités légales limitées à un type de peine	371
1- Les hypothèses exceptionnelles d'incapacité pénitentiaire absolue	372
2- L'hypothèse nouvelle de l'incapacité pénitentiaire relative à une peine d'emprisonnement ferme.....	374
§ 2 – L'incapacité pénitentiaire, fondement original de la suspension ou	378
de la fin anticipée de l'exécution de la sanction pénale.....	378
A- L'incapacité pénitentiaire liée à l'état de santé du condamné	378
B- L'incapacité pénitentiaire liée au reclassement du condamné	380
1- La réduction de la durée de la sanction, les crédits de réduction de peine.....	381
2- La fin anticipée de l'exécution de la sanction en vue de la préparation de l'après-peine, la libération conditionnelle	383
 Sous-section 2 :.....	391
<i>L'indifférence de l'incapacité pénitentiaire sur les mesures de sûreté.</i>	<i>391</i>
§ 1 – La multiplication de mesures de sûreté post-sententielles fondées sur la dangerosité.....	392
A- L'extension d'un « <i>contrôle social post-sententiel</i> » visant à lutter contre la récidive.....	393
1- La multiplication récente de mesures de sûreté destinées à compléter la peine	394
2- Une réponse destinée à prévenir la récidive	396
B- La consécration regrettable de la dangerosité du délinquant comme fondement de ces mesures	399
1- L'insuffisante précision de la notion de dangerosité	401
2- L'insuffisante pluridisciplinarité de l'évaluation de la dangerosité.....	402
§ 2 – Le déclin de la dimension subjective de la responsabilité pénale.....	406
A- Le déclin de l'influence de l'incapacité pénitentiaire au profit de la dangerosité.....	406
B- La substitution de dangerosité à la responsabilité pénale	409
 Section 2 :	
La consécration indirecte de la capacité pénitentiaire	416
§ 1 – L'influence limitée de la capacité pénitentiaire sur la détermination de la sanction pénale	417
A- La consécration d'une individualisation subjective de la sanction fondée sur la personnalité	418

B- Le développement de mesures nouvelles fondées sur la capacité pénitentiaire.....	423
1- La multiplication de mesures d'un genre nouveau	423
a) Les divers aménagements possibles des peines privatives de liberté.....	423
b) L'émergence de sanctions à finalité sociale	425
2- L'association croissante du délinquant à sa peine	432
a) Le développement de mesures nécessitant l'adhésion du délinquant	432
b) La consécration récente du parcours d'exécution des peines	434
§ 2 – L'influence déterminante de la capacité pénitentiaire sur l'aménagement de la sanction pénale	436
A – L'adaptation de la sanction et de son régime à la capacité pénitentiaire initiale du délinquant.....	438
1- La personnalisation judiciaire de la sanction.....	439
2- La personnalisation administrative de la peine privative de liberté.....	442
a) L'orientation des détenus selon leur situation personnelle	443
b) La répartition des détenus selon leur situation personnelle	446
B – La réévaluation de la sanction et de son régime en fonction de l'évolution de la capacité pénitentiaire du délinquant.....	448
 CONCLUSION DU TITRE II :	 454
 CONCLUSION DE LA PARTIE II :	 455
 CONCLUSION GENERALE	 456
 BIBLIOGRAPHIE.....	 462
 PLAN DE JURISPRUDENCE	 491
 INDEX ALPHABETIQUE.....	 506
 TABLE DES MATIERES	 510