

INSTITUT DE CRIMINOLOGIE ET DE SCIENCES PÉNALES  
DE LA FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES DE TOULOUSE

**CONFRONTATION  
DE LA THÉORIE GÉNÉRALE  
DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE  
AVEC LES DONNÉES  
DE LA CRIMINOLOGIE**

TRAVAUX DU COLLOQUE  
DE SCIENCE CRIMINELLE

*(Toulouse, 30, 31 janvier, 1<sup>er</sup> février 1969)*

EXTRAIT DES ANNALES DE LA FACULTÉ DE DROIT  
ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES DE TOULOUSE

PARIS  
LIBRAIRIE DALLOZ

11, rue Soufflot - Ve

1969

27116

**CONFRONTATION DE LA THÉORIE GÉNÉRALE  
DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE  
AVEC LES DONNÉES DE LA CRIMINOLOGIE**

INSTITUT DE CRIMINOLOGIE ET DE SCIENCES PÉNALES  
DE LA FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES DE TOULOUSE

**CONFRONTATION  
DE LA THÉORIE GÉNÉRALE  
DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE  
AVEC LES DONNÉES  
DE LA CRIMINOLOGIE**

---

TRAVAUX DU COLLOQUE  
DE SCIENCE CRIMINELLE

*(Toulouse, 30, 31 janvier, 1<sup>er</sup> février 1969)*

---

*EXTRAIT DES ANNALES DE LA FACULTÉ DE DROIT  
ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES DE TOULOUSE*

PARIS  
LIBRAIRIE DALLOZ

11, rue Soufflot - V<sup>e</sup>

1969

PUBLICATIONS ANTÉRIEURES  
DE L'INSTITUT DE CRIMINOLOGIE  
ET DE SCIENCES PÉNALES DE TOULOUSE

**1 - Chez divers éditeurs**

(dans la collection intitulée :

*" Bibliothèque de l'Institut de Criminologie et de Sciences pénales  
de la Faculté de Droit de Toulouse "*).

BATBIE Pierre	De la répression du faux monnayage	1936
BENECHIE Gaston	La protection de l'enfance	1913
BUFFELAN Jean	La réforme pénitentiaire en Belgique et la loi de défense sociale du 9 avril 1930	1930
CANONNE G.	Essai de droit pénal international. L'affaire du « Lotus »	1929
CASANOVA P.	L'abandon de famille en droit pénal français	1931
CLERGUE Henri	De la procédure de l'ordonnance pénale en ma- tière de contraventions de simple police	1926
COMBALDIEU Raoul	Du recouvrement de l'amende pénale	1929
DANDINE Bernard	De la répression du trafic d'influence en droit positif français actuel	1935
DECLAREUIL Jean	Le système de transportation et de main-d'œuvre pénale aux colonies	1927
DELMAS Albert	De la rémunération du travail pénitentiaire et du pécule des détenus	1935

DELPUECH Germain	Du service auxiliaire du tribunal pour enfants. La protection toulousaine de l'enfance	1935
FABRE Jean	De la contrainte par corps	1933
FABRE Edmond	Les privilèges de juridiction des articles 479 et suivants du Code d'Instruction Criminelle	1935
FAURE Henry	La maison d'éducation surveillée d'Eysses	1933
FORESTIER Georges	Des infractions en matière de chèque (décret-loi du 24 mai 1938)	1941
GERAUD Robert	Du démarchage et de la publicité financière. Quelques mesures protectrices de l'épargne	1940
GIELB Henri	La condamnation et la libération conditionnelle à la lumière de la politique criminelle. Etude du Code Pénal polonais.	1941
GRAEFF Louis	Appel en simple police et en police correctionnelle	1909
GUEZE André	Le régime de la presse en Italie fasciste	1938
HEBRAUD Pierre	L'autorité de la chose jugée au Criminel sur le Civil	1929
LAGUERRE Paul	De l'effet dévolutif en matière répressive des voies de recours exercées par l'inculpé seul	1931
LAPEYRE André	La détention préventive et la liberté provisoire au cours du procès pénal	
LATOUR Norbert	Le droit pénal de la marine marchande. Commentaire de la loi du 17 décembre 1926	1937
LATREILLE Maurice	Le délit d'abandon de famille	1926
NEGRIE Georges	Le délit impossible	1907
PELISSE DE CASTRO Pierre	Le jeu et le pari du point de vue pénal	1932
RAUZY Albert	De l'interdiction de séjour	1935
RICALENS Jean	De l'exercice de la profession de banquier d'après la loi du 19 juin 1930	1931
RIOUFOL Charles	L'avortement et la provocation à l'avortement	1924
RIVIERE Yves	De l'homicide volontaire dans le projet de révision du code pénal du 15 mai 1934	1936

ROCHE André	L'inspecteur du service de la répression des fraudes. Statut, rôle et attributions	1933
SERMET François	Sanctions des obligations des employeurs en matière d'assurances sociales	1938
SIGNOREL Henri	Le garde champêtre, officier de police judiciaire	
TARAKDJI A.	L'avortement criminel. Etude médico-légale, juridique et psycho-sociale	1937
VIDAL André	L'évasion des détenus.	

### 2 - Aux Editions Dalloz :

- LE FONCTIONNEMENT DU SURSIS AVEC MISE A L'ÉPREUVE (*Travaux des IX<sup>e</sup> journées de défense sociale, 1961*).
- LE TRAITEMENT DES DÉLINQUANTS JEUNES ET ADULTES (*Actes du VI<sup>e</sup> Congrès français de criminologie, 1966*).

### 3 - Aux Editions Privat :

- LES MONDES DU CRIME *Collection « Regards »*, 1968, (avec la collaboration de J. POUMARÈDE, R. PUYÉLO, Ph. ROBERT, M. LE CLÈRE, J.C. GROSLIÈRE, G. ROUJOU DE BOUBÉE, J. SUSINI, J. FAVREAU-COLOMBIER).

## LISTE DES PARTICIPANTS

M. ALZUYETA Jean-Dominique	Substitut du Procureur de la République à Toulouse.
M. AMOR Paul	Premier Avocat Général à la Cour de Cassation, Président du Comité de coordination des Recherches Criminologiques.
M. ANCEL Marc	Président de Chambre à la Cour de Cassation.
M. ARBOUSSET Georges	Président de la Chambre d'Accusation de Toulouse.
M. ARBOUSSET Louis	Aumônier Protestant de la Maison Centrale de Muret.
M <sup>me</sup> AUGER André	Vice-Président O.V.D.P.
M. AUSSEL Jean-Marie	Professeur à la Faculté de Droit et de Sciences économiques de Montpellier.
M. BALBO Gabriel	Psychologue-Juriste.
M. BARRÈRE Jean	Professeur à la Faculté de droit et des Sciences économiques de Toulouse.
M. BAUDRY	Directeur de l'Ecole Nationale Supérieure de Police.
M. BERTRAND Paul	Directeur de la Sauvegarde de l'Enfance du Pays Basque.
M. BONNEAUDEAU Robert	Officier de Gendarmerie. Melun.
M. BORRICAND Jacques	Maître-Assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques d'Aix-en-Provence.
M. BOUZAT Pierre	Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Rennes, Doyen honoraire.
M. BRENIERE Jacques	Commandant des C.R.S.
M <sup>lle</sup> BRINGUIER Jeanne	
M <sup>me</sup> CAIN Anne	Criminologue-Présidente de l'Association des Criminologues de Provence.
M <sup>lle</sup> CHARPENTIER Marie	Professeur à la Faculté des Sciences de Rennes.

M. CHASTAGNIER Edouard	Officier de l'Armée du Salut. Paris.
M. CHAURAND André	Médecin des Hôpitaux Psychiatriques. Toulouse.
M. CHAVANNE Albert	Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Lyon.
M. COLIN Marcel	Professeur à la Faculté de Médecine de Lyon.
M. COTTE Louis	Professeur de Médecine Légale à la Faculté de Médecine de Besançon.
M. COUPET Paul	Commissaire Principal. Toulouse.
M. CULIOLI Marcel	Chargé du cours de Droit Criminel et de Criminologie à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Nice.
M. DARRIGRAND	Conseiller à la Cour d'Appel de Toulouse.
M. DELMAS SAINT-HILAIRE	Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Bordeaux.
M <sup>lle</sup> DELOBEAU Jeanne	Juge de l'Application des Peines à Lyon.
M. DEWITTE Jean	Juge au Tribunal de Grande Instance de Bordeaux.
M. DO Jean-Pierre	Docteur en Médecine. Lyon.
M. DUROU Bernard	Docteur en Médecine. Toulouse.
M. EPAUD Pierre	Directeur Central de la Police Judiciaire.
M. FASCIAUX Roger	Secrétaire Général de l'Association des Criminologues de Provence.
M <sup>lle</sup> FAVARD-DRILLAUD	Psychologue attachée au Centre d'études des méthodes objectives et humaines de la Faculté des Sciences de Toulouse.
M. FRANCK Pierre	Sous-Directeur de la Législation Criminelle au Ministère de la Justice.
M <sup>lle</sup> GALIA Anne	Attachée de Recherche au C.N.R.S.
M. GASSIN Raymond	Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques d'Aix-en-Provence.
M. GAULTIER Jean	Procureur de la République Honoraire.
M. GAYRAL Louis-François	Professeur à la Faculté de Médecine de Toulouse.
M. GONIN Daniel	Assistant à la Faculté de Médecine de Lyon.
M. GREZES-RUEFF Charles	Professeur à la Faculté de Médecine de Toulouse.
M. GUYON Pierre-Louis	Maître-Assistant délégué à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Nantes.
M. HEUYER Georges	Professeur honoraire de la Faculté de Médecine de Paris.
M. HOURCADE Xavier	Président du Tribunal Correctionnel de la Rochelle.
M. JORDA Jean	Substitut du Procureur de la République à Toulouse.
M. KALOGEROPOULOS Dimitri	Chargé de Recherches au C.N.R.S.
M. LAFON Jean	Médecin des Hôpitaux Psychiatriques de la Seine.

M <sup>lle</sup> DE LARDES Germaine	Assistante Sociale auprès du Tribunal de Grande Instance de Toulouse.
M. DE LASBOUST Pierre	Substitut du Procureur de la République à Toulouse.
M. LEGROS Robert	Conseiller à la Cour de Cassation de Belgique, Professeur à l'Université de Bruxelles.
M <sup>lle</sup> LEONOFF Jacqueline	Secrétaire Adjointe de l'Association des Criminologues de Provence.
M <sup>lle</sup> LEROY Germaine	Déléguée permanente à la Liberté Surveillée. Paris.
M. LEVASSEUR Georges	Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris.
M. LEYRIE Jacques	Psychiatre. Secrétaire adjoint de l'Association française de Criminologie.
M. MANENT Henri	Commandant de la police nationale.
M <sup>lle</sup> MARMIER	Maître-Assistante en Sociologie Juridique et Criminelle à Paris.
M <sup>lle</sup> MARX Yvonne	Sous-Directeur du Service de Recherches Comparatives au C.N.R.S.
M. MATHE	Docteur en Médecine. Paris.
M <sup>me</sup> DE MAULDE Suzanne	Magistrat à Carcassonne.
M. MERCIER Henri	Magistrat militaire.
M. METZEL Tatiana	Pasteur, Aumônier Général du Culte Protestant.
M. MILLET Lucien	Ancien chef de clinique neuropsychiatrique à la Faculté. Toulouse.
M. MORON Pierre	Assistant de Médecine Légale à la Faculté de Médecine de Toulouse.
M. MOUTIN Pierre	Médecin Psychologue à l'hôpital de Val-de-Grâce. Paris.
M. PALLARD Roger	Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse.
M. PAOLI Henri	Commissaire Divisionnaire de la Police Nationale.
M. PARRA Charles	Commissaire Principal, Direction de la P.J.
M. PATARIN Jean	Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Lille.
M. PECH Jean-Pierre	Juge d'Instruction à Toulouse.
M. PECHOUX Raymond	Médecin Psychologue. Caluire (Rhône).
M. PEJON Pierre	Chef de Service d'Etudes de la Police Nationale.
M. PICCA Georges	Directeur du Centre National de Recherches Pénitentiaires.
M. PINATEL Jean	Inspecteur Général de l'Administration. Président de la Commission scientifique de la Société internationale de Criminologie.

M. PINAUD Robert	Commandant des C.R.S.
M. PLANQUES Jean	Professeur à la Faculté de Médecine de Toulouse.
M <sup>lle</sup> POINSARD Michèle	Agent de Probation. Lyon.
M. PRADEL Jean	Juge d'Instruction à Poitiers.
M. PUYUELO Rémy	Neuro-Psychiatre. Toulouse.
M <sup>me</sup> RAUZY Christine	Chargée de Recherches au C.N.R.S.
M. RAYMONDIS Louis-Marie	Chargé de Recherches au C.N.R.S.
M <sup>lle</sup> REYMOND DE GENTILLE M.-Jeanne	Assistante à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris.
M. RICHARD André	Doyen honoraire de la Faculté Libre de Droit de Paris.
M. RIGADE Joseph	Officier de Police. Toulouse.
M. ROUEDE Emile	Juge de l'Application des Peines à Toulouse.
M. ROUJOU DE BOUBEE Gabriel	Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse.
M. ROUMAJON Yves	Docteur en Médecine. Président de l'Association française de Criminologie.
M. SAVEY-CASARD Paul	Professeur à la Faculté libre de Droit de Lyon.
M. SPITERI Pierre	Chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse.
M. STAMBACH Jean-Jacques	Magistrat. Paris.
M. STANCIU V.V.	Avocat à la Cour d'Appel de Paris. Professeur à l'Ecole d'anthropologie.
M. SUSINI Jean	Commissaire Divisionnaire, Chef du Bureau de Criminologie et des Sciences Humaines. Secrétaire Général de l'Association Française de Criminologie.
M. SYR Jean-Hervé	Assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques d'Aix-en-Provence.
M. TARNIQUET Henry	Directeur Adjoint de la Police Judiciaire. Paris
M. TOMASIN Daniel	Assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse.
R.P. VERNET	Aumônier Général des Prisons.
M. VIDAL José	Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse.
M. VITU André	Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Nancy.
M. WIEHN François	Assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse.
M. WINNINGER Jean	Docteur en Médecine. Marseille.

*Ce colloque était présidé par Monsieur Paul AMOR, Premier avocat général à la Cour de Cassation, Président du comité de coordination des recherches criminologiques du Ministère de la Justice, représentant du Garde des Sceaux.*

*Les congressistes ont été accueillis au nom de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse par Monsieur le Professeur Pierre HEBRAUD, représentant Monsieur le Doyen Gabriel MARTY.*

Le Secrétariat a été assuré par :

- M<sup>lle</sup> Diane DE COMBAUD, Technicienne du C.N.R.S.;
- M. Daniel TOMASIN, Assistant à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Toulouse;
- M. François WIEHN, Assistant à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Toulouse.

## PRÉSENTATION DU COLLOQUE

PAR

**M. Roger MERLE**

*Directeur de l'Institut de Criminologie et des Sciences Pénales,  
Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Toulouse.*

MESDAMES, MESSIEURS,

C'est une bien grande audace que de convier à une aussi ambitieuse confrontation, dans cette lointaine ville de Toulouse, les pénalistes et criminologues de toute la France, et même de certains pays voisins.

Aussi dois-je tout de suite justifier cette initiative en rappelant les circonstances qui l'ont provoquée. C'était ici-même, en 1965. M. Pinatel venait de plaquer les derniers accords du VI<sup>e</sup> Congrès français de criminologie. Un soupçon de tristesse voila ses dernières paroles lorsqu'il évoqua les faibles résonances de la criminologie dans l'univers des pénalistes. Et il exprima, avec une éloquence qui n'est pas restée sans écho — ce colloque le prouve —, l'espoir que les criminalistes se décideraient enfin à rechercher si les conceptions de l'Homme qui inspirent le droit pénal sont en harmonie avec les découvertes de la criminologie ou des sciences humaines.

Nous sommes précisément réunis pour amorcer cette recherche, que l'Institut de criminologie de Toulouse a inscrite à son programme de travail par les années à venir. Et l'importance, quantitative et qualitative, des congressistes qui ont répondu à notre suggestion témoigne que l'opportunité d'une telle réflexion n'est plus mise en doute par personne.

Mais avant d'aborder une entreprise aussi importante, peut-être n'est-il pas inutile que nous essayions de retrouver les voies qui l'ont préparée et de jalonner les chemins qu'elle devra suivre.

Lorsque l'on s'aventure à jeter un coup d'œil panoramique sur la doctrine pénale de 1810 à 1939, on voit surgir, d'Ortolan à Magnol, des monuments dont la divergence des styles ne détruit pas l'unité de conception. De l'un à l'autre, pendant près d'un siècle et demi, c'est la même inspiration qui a guidé les maîtres d'œuvre successeurs.

Dans l'ensemble, ces théoriciens du droit pénal ont été faiblement marqués par les secousses de la criminologie. Certes, il serait profondément injuste d'oublier qu'ils n'ont pas été insensibles aux horizons nouveaux qu'ont successivement ouvert l'Ecole pénitentiaire sous la Restauration, l'Ecole positiviste à la fin du siècle dernier, et le mouvement de prophylaxie criminelle antérieur à la dernière guerre mondiale. La philosophie pénale et la politique criminelle ne leur étaient pas non plus indifférentes : Saleilles et Donnedieu de Vabres l'ont magnifiquement prouvé. Mais de la criminologie naissante, ils ont extrait surtout, à l'imitation du législateur, ce qui pouvait servir à l'amélioration de l'individualisation de la peine et à l'aménagement de la science pénitentiaire. Il faut bien reconnaître à leur décharge qu'en ce qui concerne le droit pénal général proprement dit, la criminologie de l'époque, tiraillée entre des conceptions dogmatiques excessives, ne pouvait leur apporter que d'obscures clartés.

Aussi ont-ils accepté le droit pénal général tel qu'il résultait de la loi positive, s'attachant essentiellement à perfectionner l'analyse juridique du système. Ils l'ont fait avec une admirable science, en utilisant la méthode des civilistes, après avoir dégagé de quelques textes de loi laconiques le concept d'infraction, avec ses trois éléments constitutifs, et les composantes juridiques des notions de culpabilité ou d'imputabilité.

Il serait, je crois, peu équitable de leur reprocher d'avoir ainsi trahi la mission qui leur incombait à l'époque où ils écrivaient. Tout en évitant de tomber comme certains auteurs allemands, dans le piège d'un juridisme excessif, ils ont remarquablement servi la conception générale que l'on se faisait alors du droit pénal. Car en dépit de ce que l'on affirmait parfois, le droit pénal, du moins le droit pénal général, n'était pas véritablement conçu comme l'instrument de la lutte contre la délinquance. Il était plutôt orienté vers l'honnête homme, que dirigé contre le coupable. En prévoyant des sanctions le législateur entendait proposer aux citoyens un codé des

valeurs morales qu'il convenait de respecter pour ne pas encourir de blâme social. Et en posant des règles pour conditionner l'application des sanctions, il s'efforçait d'éviter que la défense sociale ne put s'exercer injustement et arbitrairement. Et c'est ce qui donne aux subtiles analyses doctrinales de cette époque une irremplaçable valeur historique, et même une valeur toujours actuelle.

Cependant les perspectives ont changé, en même temps que les modes intellectuelles, ou le contexte scientifique du droit. Au temps de l'art abstrait, du nouveau roman, du cinéma nouvelle vague, et de la contestation universitaire, les juristes sont conviés à chercher une nouvelle écriture du Droit. La criminologie a pris depuis la dernière guerre un prodigieux essor. Et sous sa pression le centre d'intérêt du droit pénal se déplace de l'innocent vers le coupable. Ce coupable qu'il s'agit désormais de comprendre et d'aider. Ce coupable qu'il faut donc connaître, et dont le Code pénal impose autoritairement depuis 1810 la même image figée, si peu ressemblante aux modèles concrets que l'on observe dans les laboratoires de psychologie ou de sociologie. Il est donc dans l'ordre de l'évolution des choses que l'on abandonne provisoirement l'analyse juridique d'un système pénal désormais bien élaboré pour vérifier s'il ne convient pas de remettre en question les fondements anthropologiques de ce système.

Depuis longtemps les criminologues dénoncent les fictions qui derrière certains concepts juridiques du droit pénal masquent la réalité sociale ou psychologique, et s'opposent à une correcte approche du délinquant : nul n'est censé ignorer la loi, la criminalité d'emprunt du complice, la distinction jalousement gardée de l'intention délictueuse et des mobiles, la tentative punissable définie comme un commencement d'exécution de l'infraction, les présomptions de culpabilité ou de non culpabilité, les excuses atténuantes légales..., à chaque chapitre du droit pénal apparaissent aujourd'hui sous une lumière plus crue que jadis des sujets de contestation ou d'incompréhension entre criminologues et pénalistes.

L'heure est venue de prendre ce problème à bras le corps.

Mais au-delà des détails qui le composent ce problème est dominé par deux questions plus générales, et par quelques côtés, fondamentales.

Les criminologues me pardonneront de poser la première, qui met en cause les possibilités actuelles d'utilisation législative de leurs travaux. Il s'agit en effet de savoir si les données contemporaines de la criminologie peuvent être considérées dans tous les domaines intéressant notre débat comme des acquisitions solides et indiscuta-

bles de la science. Car lorsque le pénaliste, soucieux de s'informer, s'efforce d'inventorier les résultats, il ne peut se défendre d'un réflexe de prudence. Hypocrate et Galien ont ici, comme partout et chez les juristes eux-mêmes, des émules, dont les uns disent oui, et les autres disent non. Sur les mécanismes du passage à l'acte, sur les explications psychologiques ou sociologiques de la délinquance, que d'hypothèses, d'observations ou de théories souvent opposées... Tout cela est d'ailleurs normal. L'Homme livre plus difficilement ses secrets que la Nature.

De jour en jour sans doute, on progresse en ce domaine vers la découverte de la vérité. Mais lorsque l'on saura tout avec certitude sur la réalité criminelle, ces vérités humaines s'imposeront-elles toutes impérativement au législateur pénal ? C'est la deuxième question au sujet de laquelle nous devons nous interroger. Car il y a deux conceptions possibles du droit pénal. Dans l'une, qui paraît être celle des criminologues, le droit pénal doit peindre les hommes tels qu'ils sont. Dans l'autre, qui est celle des moralistes, il doit les décrire tels qu'ils devraient être. La Science doit-elle faire en toutes circonstances la Loi, ou la Loi doit-elle en certaines circonstances modeler la sociologie d'une époque ?

Au seuil de ce grand débat on ne peut éluder de prévoir qu'au détour de telle ou telle analyse nous rencontrerons ces problèmes plus généraux. Je ne doute pas que, grâce à l'objectivité scientifique qui doit tous nous animer, notre confrontation permettra de leur apporter des réponses satisfaisantes.

En tous cas la Chancellerie a manifesté la confiance qu'elle accorde à nos travaux puisque Monsieur le Garde des Sceaux a bien voulu charger Monsieur le Premier Avocat Général Amor de le représenter.

Monsieur le Premier Avocat Général, tous les pénalistes et tous les criminologues connaissent la part que vous avez prise à la réforme pénitentiaire de 1945. C'est un très grand honneur pour nous, et un gage de succès pour notre entreprise, de travailler sous votre présidence.

## I

## RAPPORT INTRODUCTIF

PAR

**M. Jean PINATEL**

*Président de la Commission Scientifique  
de la Société Internationale de Criminologie,  
Inspecteur général de l'Administration.*

## Les fondements anthropologiques et criminologiques du Droit pénal

On entend par isolationnisme la politique d'un pays qui s'isole des pays voisins. Par analogie, on peut parler d'un isolationnisme pénal vis-à-vis de la criminologie et des sciences de l'homme.

La tendance du droit pénal à s'enfermer dans la technique juridique est un fait qui a été maintes fois souligné. En 1895, lors de la leçon d'ouverture du cours que l'Université de Bruxelles lui avait demandé de professer, E. Ferri ironisait avec sa verve coutumière : « Vous, criminalistes, étudiez le meurtre comme fait juridique, voyez s'il a été tenté ou consommé avec ou sans préméditation, s'il est simple ou qualifié; mais vous ne vous occuperez pas d'autre chose : tout au plus nous indiquerez-vous la peine qui est proportionnée à la responsabilité morale du meurtrier; allez vous enfermer dans votre cellule pour méditer là-dessus ». Plus près de nous, M. Ancel déclare dans la deuxième édition de « La défense sociale nouvelle » (1968) : « La doctrine juridique tend... à s'isoler de la marche du temps, dans le vain espoir de mieux affirmer la pérennité de sa technique. »

Cet isolationnisme pénal se traduit par le rejet des apports de la criminologie et des sciences de l'homme. Le droit pénal réagit à leur égard comme l'organisme humain en ce qui concerne un corps étranger.

Un exemple récent de cet isolationnisme pénal nous a été donné par M. J. Andenaes, professeur à l'Université d'Oslo. Dans son rapport général présenté au V<sup>e</sup> Congrès international de Criminologie (Montréal 1965) sur la peine et le problème de la prévention générale, il s'est exprimé en ces termes : « Contrairement aux lois portant sur

la santé mentale, les lois pénales ne sont pas des ordonnances destinées aux personnes qui ne peuvent pas se conformer aux coutumes et aux règlements de la société. Sauf certaines exceptions, comme par exemple les lois concernant les psychopathes sexuels et certaines dispositions des lois pénales au sujet des mesures à adopter dans le cas de personnes souffrant d'affections mentales et de délinquants très spéciaux, les lois pénales sont, avant tout, conçues de façon à établir et à protéger les normes de la société ».

J'ai eu l'occasion, peu après, en essayant de faire la synthèse des travaux du VI<sup>e</sup> Congrès Français de Criminologie qui s'achevait dans cette Faculté, de poser, dans toute son ampleur, le problème des rapports de la criminologie et du droit pénal et de mettre l'accent sur la pauvreté de la conception de l'homme qui se dégagait des propos de M. Andenaes. Un an plus tard environ, M. le professeur Merle m'écrivait pour me faire part de son désir d'organiser une confrontation sur les fondements anthropologiques et criminologiques du droit pénal. Et c'est ainsi que, début 1967, je lui transmettais un mémoire préliminaire sur la confrontation du droit pénal français et des données de la criminologie et des sciences de l'homme. J'espère qu'il a servi, dans une certaine mesure, à la présentation de ce congrès. Ce qui est sûr, c'est qu'il me vaut aujourd'hui, l'honneur d'être chargé d'introduire vos travaux.

Mon rapport introductif revêlera, à mon corps défendant, un tour personnel. J'aurais préféré, en effet, esquisser une vue d'ensemble des questions que vous aurez à débattre, sur la base des divers rapports qui vous seront présentés. Mais, malheureusement, je n'ai pas eu connaissance de ces rapports et il m'est, dans ces conditions, impossible de vous présenter un rapport introductif objectif. Je me vois donc obligé de vous résumer à grands traits les bases, les résultats et les perspectives des recherches que je poursuis, depuis 1965, sur les fondements scientifiques du droit pénal.

## I

Les bases de la recherche entreprise sont d'ordre théorique et méthodologique.

A. — Sur le plan théorique il a fallu attendre les philosophes du 18<sup>e</sup> siècle pour que la réflexion pénale prenne corps et domine les applications pratiques. Jusqu'alors un divorce existait entre les vues théoriques — par exemple celles de Platon ou de Thomas More — et la réalité. La pratique pénale reposait sur la doctrine de

l'intimidation. Or, la conception de l'homme, supposée par cette doctrine, est la plus réductrice qui soit : elle considère que l'homme est constamment porté vers les pires forfaits et qu'il n'est détourné que par la crainte de représailles terribles. Le seul mobile de l'homme serait la peur. Dans cette conception, l'homme est vu uniquement sous l'angle des instincts de défense; il est ignoré sur le plan des instincts de sympathie.

A cette conception pessimiste, l'âge des lumières a substitué une conception optimiste. Sous la notion de pacte social qui a servi de fondement à la théorie juridique, il y a, en effet, la conception de l'homme de Rousseau, conception suivant laquelle sa bonté naturelle serait exposée aux méfaits de la vie en société. Imprégné des idées de Rousseau, Beccaria s'est efforcé, d'une part, de protéger la liberté individuelle du citoyen contre l'inquisition pénale et, d'autre part, d'humaniser la réaction pénale. Malheureusement, l'aspect humaniste de la doctrine de Beccaria ne devait pas être conservé par le droit pénal ainsi qu'en porte témoignage la thèse célèbre du regretté Doyen L. Julliot de la Morandière, qui met seulement l'accent sur son aspect légaliste fondé sur le souci de garantir la liberté individuelle.

Mais à l'époque où le droit pénal classique s'élaborait, la science de l'homme faisait ses premiers pas grâce aux Idéologues. En France, Cabanis affirmait que « la médecine et la morale sont deux branches de la même science qui, réunies, composent la science de l'homme ». De son côté, Pinel montrait que la maladie mentale est une sorte de contre-épreuve de la psychologie normale.

C'est par l'intermédiaire de Jeremy Bentham qui était, nous dit M. Gusdorf, « une sorte de correspondant insulaire des idéologues français », que la science de l'homme a influencé le droit pénal classique. Bentham tirait de l'association des idées une morale utilitariste, fondée sur le calcul des plaisirs et des peines. Cette conception mécaniste de la vie sociale fut appliquée par Feuerbach au droit pénal.

On a voulu voir dans cette conception qui fait de l'homme une machine à calculer le profit qu'il espère retirer du délit et le mal qui résultera pour lui du châtement, une conception se référant au libre arbitre. Mais il s'agit, en tout cas, d'un libre arbitre bien étriqué; l'homme étant supposé n'obéir, dans ses choix, qu'à des considérations utilitaires. De fait, des liens étroits unissaient alors l'anthropologie et l'économie politique. C'est ainsi qu'Adam Smith concevait le monde économique comme un vaste atelier où règne la division du travail. Dans cet atelier où ils s'agitent, les hommes se laissent principalement guider par leur intérêt personnel. Ils cherchent

à améliorer leur situation économique, c'est là le mobile égoïste de leurs actions.

La conception de Bentham s'apparente de la sorte à celle d'Adam Smith. Pour lui, comme pour Adam Smith, l'homme est mené par son intérêt égoïste. Dans sa conception, l'homme gouverne son comportement d'après des considérations hédonistiques.

En droit pénal comme en économie politique, l'homme est réduit à un modèle abstrait, dominé par l'intérêt. Il faut ajouter, pour être complet, que les théoriciens de 1789 avaient construit leur système politique en prenant également pour base l'homme abstrait.

Ce qui caractérise la conception anthropologique de l'époque, c'est que cet homme abstrait pouvait être divisé en fragments également abstraits. Il est à peine nécessaire de rappeler ici cette fameuse statue organisée comme un être humain, mais que son enveloppe de marbre empêchait de communiquer avec le monde extérieur et à laquelle Condillac donnait successivement les différents sens, lui construisant de la sorte toutes ses facultés, par additions successives. Cette chimie mentale, cet atomisme psychologique ont incité les pénalistes à faire usage de la technique artificielle qui consiste à isoler des éléments psycho-moraux dans l'indivisible personnalité humaine. Ainsi ont pu se développer, de leur vie propre, ces entités juridiques que sont l'intention, l'imputabilité et la culpabilité.

Le libre arbitre fort étriqué de la conception mécaniste et utilitaire a été à la fois développé et transformé sous l'influence de la doctrine de la justice absolue de Kant. La réaction philosophique qui se manifeste en France à la faveur de la Restauration contribue à considérer l'homme comme une abstraction responsable. Elle donne un fondement métaphysique aux entités juridiques et ouvre la porte aux systématisations logiques au premier rang desquelles se situera l'œuvre de Carrara.

Avec la Monarchie de Juillet, l'éclectisme triomphe en philosophie pénale. Les néo-classiques ont tenté de concilier toutes les tendances précédentes. Leur effort est sympathique, car il repose sur l'idée juste que l'homme n'est ni ange ni bête et qu'il faut savoir, en droit pénal, tenir compte à la fois des instincts de défense et des instincts de sympathie. De la sorte, l'éclectisme a mis en lumière l'importance du subjectivisme en droit pénal, a permis au mouvement d'individualisation de la peine de se développer et a encouragé les tentatives d'amendement pénitentiaire. Ce faisant, et grâce à son spiritualisme sous-jacent, il a pris en considération la perfectibilité de la nature humaine.

Le positivisme, sous le couvert d'un matérialisme de principe, devait élargir la prise en considération de la personnalité du coupable en droit pénal. Avec Lombroso, la médecine s'est intéressée au crime. Tour à tour, la sociologie, la psychanalyse, la psychologie, ont fait de même. Ce qui unit aujourd'hui et après bien des détours, les sciences de l'homme, c'est, qu'en définitive, elles se définissent comme des sciences de la liberté, qu'elles sont dominées par l'humanisme scientifique. En concevant la liberté, non pas comme un donné mais comme le résultat d'une lente conquête ou comme une prise de conscience des déterminismes que nous subissons en vue de les dominer, elles ont, avec De Greeff, permis le développement de la défense sociale nouvelle qui se veut, précisément, un mouvement humaniste de politique criminelle.

La conception anthropologique qui gouverne l'humanisme scientifique est que la personnalité doit être étudiée dans sa totalité biopsychosociale et dans son dynamisme fonctionnel. C'est dire que l'ère de la chimie mentale est dépassée, que l'homme doit être abordé objectivement et subjectivement, qu'il existe des correspondances entre ses actes et ses pensées, encore qu'une personnalité ne soit jamais totalement reflétée par un acte. Cette conception de l'homme se méfie tout autant d'un biologisme pur qui fut celui de Lombroso que d'un subjectivisme pur comme celui que M. Gramatica veut introduire en droit pénal.

L'hypothèse de travail qui vient, dès lors, à l'esprit est qu'une position comme celle qu'a prise M. Andenaes repose sur une conception de l'homme entièrement dépassée. Elle nous ramène à la conception classique pure, à celle de Bentham, et cela ne manque pas d'être inquiétant à une époque où l'application des techniques mathématiques en criminologie suscite des simplifications redoutables.

C'est cette hypothèse de travail que j'ai tenté de vérifier.

B. — La vérification de cette hypothèse de travail a été poursuivie suivant une méthodologie rigoureuse. J'ai essayé d'effectuer une observation sur deux plans : le plan juridique et le plan scientifique.

Sur le plan juridique j'ai étudié les principaux concepts techniques du droit pénal se rapportant au système de l'infraction, au système de la responsabilité et au système de la sanction. Dans cette optique les concepts d'élément matériel et d'élément légal, de tentative, d'intention, de responsabilité et de rétribution ont été envisagés. Chacun d'eux a été défini et analysé aussi scrupuleusement que possible.

Sur le plan scientifique, je me suis efforcé de dégager les données criminologiques et les données anthropologiques, c'est-à-dire biologiques, psychologiques et sociologiques se rapportant ou pouvant se rapporter à ces concepts techniques du droit pénal.

Cette analyse m'a permis de faire le point pour chaque concept technique, par la comparaison, la confrontation des données juridiques et scientifiques.

Il m'a fallu, ensuite, passer à la synthèse, c'est-à-dire mettre ensemble les éléments communs ainsi dégagés.

Les bases méthodologiques de la recherche entreprise montrent qu'il s'agit par définition, d'une exploration pluridisciplinaire. C'est dire qu'elle comporte des risques d'erreur aggravés, par rapport aux recherches unidisciplinaires. C'est donc en faisant appel à votre indulgence, que je vais maintenant exposer les résultats obtenus par cette recherche.

## II

Les résultats de la recherche sont dominés par la distinction entre, d'une part, les fonctions assumées par les concepts techniques du droit pénal, et les contenus de ces notions, d'autre part.

A. — Les fonctions des concepts techniques sont invariantes. C'est ainsi que l'exigence de l'élément matériel de l'infraction a pour fonction d'éliminer l'incrimination de la simple pensée criminelle ou d'un état dangereux prédélictuel dans le but évident de garantir la liberté individuelle et la paix sociale. C'est donc une fonction politique qu'assume le corps du délit. De même l'élément légal de l'infraction a pour fonction d'interdire au juge d'intervenir si un fait n'a pas été formellement incriminé avant qu'il n'ait été commis, dans le but, une fois encore, de garantir la liberté individuelle et la paix sociale. Dans les deux cas la criminologie et les sciences de l'homme n'ont pas à apprécier ce point de vue politique. Dans leur perspective particulière, il convient simplement de rechercher si la nécessité de l'élément matériel et de l'élément légal peut être scientifiquement justifiée. Or, s'il a toujours existé en criminologie une tendance à l'approche de la personnalité totale, sans référence aux faits, du moins faut-il constater qu'une réaction contre cette position, déjà sensible chez M. Georges Heuyer qui reconnaît une grande importance aux facteurs circonstanciels et actualisants, s'est développée avec E. De Greeff. Le passage à l'acte est devenu le

point central de la criminologie scientifique. Il faut ajouter que la nécessité de l'avertissement de l'incrimination se justifie par un fait très simple : pour qu'un acte soit criminologiquement une infraction, il faut qu'il ait été vécu comme tel par son auteur.

Ce qui vient d'être démontré à propos de l'élément matériel et légal de l'infraction, peut l'être également à propos de son élément moral, auquel se rattachent les concepts de responsabilité et de rétribution. L'intention a pour fonction de fonder l'incrimination sur une faute, la responsabilité a pour fonction de fournir un point d'application à la sanction, la rétribution a pour fonction d'ajuster la sanction à la faute.

Ici encore, la criminologie et les sciences de l'homme n'ont pas à apprécier ce point de vue de morale sociale. Il leur suffit de constater que les motifs et mobiles de l'auteur ont été considérés par tous les criminologues, y compris par les positivistes, comme des indices essentiels dans l'appréciation de la dangerosité de l'auteur, que Ferri avait admis la responsabilité sociale : « L'homme est imputable et par suite responsable — déclarait-il — parce qu'il vit en société » ; que Saleilles, enfin, a magistralement mis en lumière qu'une criminologie qui ne tiendrait pas compte de l'idée de justice, serait une criminologie illusoire et artificielle.

Il résulte de tout cela qu'il ne saurait y avoir de bouleversement du droit pénal sous l'influence de la criminologie et des sciences de l'homme.

B. — En revanche, lorsqu'on en vient au contenu des concepts techniques du droit pénal, le tableau change. C'est ainsi que la description de l'*iter criminis*, telle qu'elle nous est fournie par la théorie de la tentative, confond le processus d'acte grave et le processus de maturation criminelle que la criminologie scientifique distingue soigneusement. En ce qui concerne le contenu de l'élément légal, la criminologie sera d'autant plus exigeante quant à la spécificité, à la typicité de l'avertissement, qu'elle sera plus large au regard de la forme sous laquelle il interviendra. Son attitude diffère radicalement de celle de nombreux juristes qui, pourvu qu'il y ait un texte, sont enclins à se contenter, pour des raisons de politique criminelle, d'un avertissement vague, général. Le criminologue ayant à étudier un délinquant ne se demandera pas comme le juriste « y a-t-il un texte qui incrimine son action ? », mais se posera la question : « Était-il averti qu'il commettait une infraction ? A-t-il vécu son acte comme une infraction ? »

Mais c'est surtout à propos des concepts psycho-moraux d'intention, de responsabilité et de rétribution que le caractère vieilli du droit pénal se révèle dans toute son ampleur.

Le contenu de l'intention varie en droit pénal français suivant que l'on se réfère à une théorie objective ou à une théorie subjective.

La théorie objective de l'intention est celle qui est couramment enseignée.

« En s'inspirant de l'étymologie — souligne H. Donnedieu de Vabres — on définit parfois l'intention coupable : un effort, une tension de volonté vers un but contraire à l'intérêt social. Cette définition a l'inconvénient d'être peu précise; il n'en résulte pas de distinction nette entre l'intention et le mobile ». Il vaut mieux adopter la définition de M. Garçon. « L'intention délictueuse, dit-il, c'est la connaissance que l'agent possède qu'il accomplit un acte illicite ». Comme l'a noté Saleilles : « L'intention, prise du point de vue juridique, consiste à isoler le crime de la volonté vraie de l'individu pour en faire une volonté à part, alors qu'elle n'est qu'un élément dans un bloc indivisible et, dans ce bloc, l'idée maîtresse c'est le but final ».

Il faut remarquer d'emblée que la technique artificielle qui consiste à isoler un élément dans un bloc indivisible ne pouvait choquer au début du XIX<sup>e</sup> siècle, à l'époque de la chimie mentale et de l'atomisme psychologique.

Mais, ce qui peut apparaître paradoxal, c'est que la systématisation par Garçon de la théorie pénale de l'intention soit intervenue au moment où la réaction contre l'atomisme psychologique, déjà amorcée par Maine de Biran, puis développée par W. James, s'épanouissait, non peut-être sans quelque excès, chez Bergson. Ce qui est sûr, c'est que lorsque Garçon appliquait en droit pénal les principes de la psychologie atomiste, celle-ci était en train d'être abandonnée au profit d'une psychologie fonctionnelle reposant sur la notion de dynamisme mental et montrant, ainsi que l'a souligné M. A. Cuvillier, que « dans l'ordre psychologique, ce qui est vraiment premier, ce ne sont pas des éléments isolés, mais bien l'unité dynamique de la conscience ».

Il résulte de ce bref aperçu des données de la psychologie contemporaine que la théorie classique de l'intention n'a pas aujourd'hui de fondement scientifique. L'étude de l'intention ne peut être isolée de l'étude générale de la personnalité.

Sur le plan sociologique, la doctrine qui éclaire d'une manière saisissante la réserve classique à l'égard de l'intention, c'est incontestablement celle de Rousseau. Pour elle le droit pénal n'est concevable que « si les citoyens ont aliéné, éventuellement, leur droit à la liberté et même leur droit à la vie, pour le cas qu'ils vissent à nuire à la communauté ». Il s'ensuit que « chacun abandonne éven-

tuellement son droit à la liberté, mais à condition que tous en fassent autant ». L'égalité devant la loi pénale sort directement de ces principes.

On comprend parfaitement que, dans un tel système, il fallait éliminer de la théorie pénale tout ce qui touche aux différences révélées par les motifs et les mobiles individuels. Il fallait limiter l'intention à la volonté d'enfreindre le pacte social.

Dans ces conditions, on ne saurait être étonné que la théorie pénale de l'intention fut, à l'époque classique, négligée. Ce qui est étonnant, c'est que cette attitude soit non seulement demeurée pratiquement inchangée depuis lors, mais ait été systématisée dans une construction abstraite et artificielle.

Ce développement de la théorie pénale de l'intention s'explique très simplement par le fait que les pénalistes français sont, avant tout, des civilistes. H. Donnedieu de Vabres a parfaitement souligné que la notion d'intention, en droit pénal, peut être rapprochée de la notion de cause en droit civil. Dans la terminologie civiliste, les mots but et cause sont, en effet, synonymes et l'on distingue la cause ou but du motif ou mobile déterminant qui décide le débiteur à s'obliger : le droit civil ne tient pas compte du motif.

Si l'on transpose ce raisonnement en droit pénal dans le contexte de la notion de contrat social, on s'aperçoit qu'il peut y être tenu presque mot pour mot.

Mais, à partir du moment où la notion de contrat social est abandonnée, la transposition du raisonnement civiliste dans la théorie pénale de l'intention dérive du fait que les mécanismes de pensée arrivent à fonctionner automatiquement, sans considération de l'objet, auxquels ils s'appliquent. Il convient, dès lors, de considérer que la théorie pénale détachée des données scientifiques ne subsiste plus qu'en tant que mécanisme de droit civil. Elle s'avère donc inadéquate et anachronique.

Mais il existe également en droit pénal une théorie subjective de l'intention. Elle se manifeste notamment à propos de la distinction des actes d'exécution et des actes préparatoires dans la théorie de la tentative.

Les anciens auteurs définissaient le commencement d'exécution comme l'effort rapproché, celui qui est voisin du but (*conatus proximus*). De nos jours, l'on parle parfois d'acte univoque par opposition à l'acte préparatoire, qui est toujours équivoque. Mais finalement les juristes se situent dans une perspective subjective. Ce qui importe, c'est de savoir si l'agent a subjectivement conscience de commencer l'exécution de l'infraction projetée. H. Donnedieu de

Vabres précise que le commencement d'exécution est constitué quand les actes accomplis par l'agent lors de son arrestation attestent chez lui une volonté criminelle irrévocable, quand il existe entre le mal qu'il a commis et le but qu'il se proposait une distance morale si faible que, laissé à lui-même, il l'aurait presque certainement franchie. La jurisprudence française devait finir par admettre que deux conditions doivent se trouver réalisées pour qu'il y ait commencement d'exécution :

1. L'intention de l'agent doit être certaine;
2. Les actes de l'agent doivent se rapporter directement à l'infraction tentée.

Ainsi, c'est l'intention, c'est la constatation de la volonté de l'agent qui révèle ou non la tentative punissable.

Si dans l'hypothèse d'un sujet parvenu au stade de la maturation criminelle cette analyse peut être admise par la criminologie, il n'en est pas de même en matière de processus d'acte grave et singulièrement à l'égard de l'homicide passionnel. La moitié au moins des crimes passionnels ne doivent d'avoir été réalisés qu'à des détails infimes, qu'à l'épaisseur d'un cheveu.

Mais le problème n'est pas seulement criminologique. Il faut se demander quelle est la valeur de cette conception subjective de l'intention au regard des sciences de l'homme ? A la différence de la conception classique abstraite, elle a un point d'appui solide dans la réalité. L'hypothèse de base de la recherche en psychologie suppose, en effet, qu'il existe une certaine unité entre le comportement observable et les faits de conscience. Mais comme De Greeff l'a souligné, le « je » n'est nullement l'homme. « Nous imaginons que c'est ce « je » qui est devenu criminel, alors que c'est tout l'homme qui est devenu criminel et que cet univers humain, pour la plus grande partie inconscient, est inaccessible à nos punitions ». C'est dire qu'en l'état actuel des sciences de l'homme, la conception anthropologique subjective ne saurait être totalement admise.

On en arrive ainsi au contenu de la responsabilité. Les classiques lui donnent comme contenu l'imputabilité et la culpabilité qui sont des expressions techniques du libre arbitre, tandis que les positivistes l'identifient avec l'état dangereux.

Il convient, tout d'abord, de bien souligner que la notion de libre arbitre est l'aspect métaphysique de ce fait qu'est le sentiment subjectif de la responsabilité. La criminologie considère cette interprétation métaphysique comme étant en dehors de son domaine. Elle se place uniquement dans la perspective du sentiment subjectif de responsabilité.

L'approche scientifique du sentiment subjectif de responsabilité a été poussée très loin par E. De Greeff. Elle part de la constatation que dans chacun de nos actes conscients exécutés à l'état de veille, il y a un sujet qui pose l'acte et non un acte qui se pose. Le sujet agit dans le sentiment d'être libre, comme d'ailleurs il prête aux autres ce sentiment. Le fait essentiel qui domine toute la vie psychique et sociale est cette conscience d'opérer des choix qui peuvent avoir des effets différents et qu'il faudra subir.

Ce sentiment subjectif de responsabilité est une fonction incorruptible. On le retrouve, véritable mécanisme aveugle, aussi bien chez les normaux que chez certains malades et anormaux mentaux. De nombreux délinquants présentent le signe de la responsabilité subjective et pourtant ont une organisation psychique défectueuse. Mais chez eux le sentiment subjectif de responsabilité fonctionne de façon désordonnée.

Comment fonctionne-t-il donc en dehors de la pathologie mentale ?

Comme toute fonction incorruptible placée à l'origine sous le signe de la défense, le sentiment subjectif de responsabilité peut évoluer grâce au développement des instincts de sympathie éclairés par l'intelligence. Il faut pour cela que le sentiment de culpabilité (qui ne se confond pas avec le sentiment subjectif de responsabilité), vienne interférer dans le conflit entre les instincts de défense et de sympathie. Il faut aussi que le sujet puisse connaître et comprendre les déterminismes qui régissent son comportement, afin de les dominer. C'est dire que le sentiment subjectif de responsabilité peut évoluer de telle sorte que l'expérience vécue du libre arbitre cesse d'être le produit d'un mécanisme aveugle pour devenir l'expression d'un mécanisme hautement conscient.

Il suit de là que toute tentative pour isoler le sentiment subjectif de responsabilité, et l'instituer comme seul critère de la réaction judiciaire, ne saurait être considérée comme scientifiquement fondée, car sa dynamique est inséparable du fonctionnement d'ensemble de la personnalité.

On peut légitimement penser, d'ailleurs, que si les classiques ont fait de la responsabilité la base de la réaction judiciaire, c'est qu'au regard de l'anthropologie médicale de leur époque, c'était la seule clef de l'approche de la personnalité dont ils disposaient. A cette clef, les positivistes en ont substitué une autre, celle d'état dangereux.

Or, si l'on considère le concept de responsabilité (imputabilité - culpabilité) et le concept d'état dangereux (capacité criminelle -

inadaptabilité) comme deux clefs de l'étude de la personnalité criminelle, comme des instruments de travail et non comme des entités abstraites, il est opérationnellement possible d'effectuer certains rapprochements.

Le rapprochement des notions d'imputabilité et d'inadaptabilité peut, en premier lieu, être effectué à partir du sentiment vécu de la responsabilité. C'est qu'en effet, dans la tradition classique, l'existence de ce sentiment de responsabilité tend à définir l'imputabilité, ce qui constitue une erreur, car nous savons que de nombreux délinquants présentent ce signe de la responsabilité subjective, alors qu'ils sont des malades ou anormaux mentaux. Il s'ensuit qu'il est inutilisable comme critère unique d'imputabilité. En revanche, il est utilisable comme élément d'appréciation de l'adaptabilité. Il constitue, en particulier, chez les délinquants exempts de maladie et d'anomalie mentales graves un facteur d'adaptabilité susceptible de leur permettre de s'élever à un stade moral supérieur.

Et lorsque dans cette même perspective l'on rapproche les notions de culpabilité et de capacité criminelle, il devient clair qu'il existe chez le délinquant, à la différence de l'homme moyen, un hiatus entre la culpabilité vue de l'extérieur par un témoin objectif ou un juge et la culpabilité vue du dedans. Plus le délinquant est dangereux, plus cet écart est grand.

De la sorte, la culpabilité du sujet doit passer à l'arrière-plan des préoccupations immédiates au stade judiciaire alors qu'il s'agit, au stade du traitement, de combler le hiatus qui existe entre la culpabilité du sujet (vue de l'extérieur) et la culpabilité dans le sujet (culpabilité vécue).

De même, si l'on passe au contenu de la rétribution, il n'est plus possible, aujourd'hui, comme à l'époque classique, d'en fixer le tarif, en regardant vers le passé en fonction de la gravité de l'acte commis.

Pour bien saisir cette impossibilité il faut se pencher sur la structure affective de la notion de justice.

Pour E. De Greeff, la vertu de justice se trouve dans les premières évidences morales de l'intelligence, un principe psychologique naturel. Mais, initialement, ce principe est enveloppé dans un complexe de tendances instinctives dont il ne se dégage que difficilement et progressivement. Normalement, le sujet identifie le sentiment de justice, qui est un mécanisme aveugle, une fonction incorruptible, à la vertu de justice. La structure affective de la notion de justice possède un caractère spontané et presque réflexe. Elle tend à fixer la notion de justice dans des formes simples, pro-

ches de l'instinct. De longs détours, de longs processus, sont nécessaires pour dépouiller les réactions spontanées du sentiment de justice de leur apparence de fonction innée parfaite.

Du point de vue judiciaire la prise en considération de ces processus implique que le jugement porté sur le délinquant ne soit pas limité aux apparences, ne soit pas dominé par la notion classique de rétribution. Au contraire, sur le plan des réactions judiciaires immédiates, il faut s'élever à une notion nouvelle de la rétribution dominée par l'humanisme scientifique. Il faut tenter de juger le délinquant dans son être profond.

Plus précisément De Greeff a souligné : « à quel point le délinquant et le criminel furent et sont traités, non tels qu'ils sont, mais tels qu'ils apparaissent à travers le mythe populaire qui les mutilé et les massacre. Sans doute le criminel est bien une réalité : mais on l'a trop souvent puni à travers une représentation mythique dévalorisante. Dès qu'on étudie les attitudes criminogènes on se trouve inévitablement devant l'homme. Quand nous prenons l'urgence d'étudier la personnalité criminelle à côté du délit, nous proposons d'abandonner ce mythe dont l'usage nous confère tous les droits. Qui de nous ne comprend combien d'attitudes criminogènes seraient nécessaires aujourd'hui, dans les pays où l'ensemble des esprits se veulent et sont ascensionnels, pour sévir sur le délinquant sans essayer de savoir qui il est, comment il l'est devenu, comment il aurait pu ne pas le devenir, comment on l'a protégé, ou comment on l'a confirmé dans ses propres attitudes criminogènes. L'étudier ne veut pas dire l'approuver ni l'absoudre, mais le traiter en homme ».

Dans la conception de la rétribution pénale inspirée de l'humanisme scientifique, la réaction judiciaire n'est plus dominée par une justice mécanique et réductrice, tout entière tournée vers le passé. Elle est, au contraire, dirigée vers l'avenir.

Ainsi, si le droit pénal ne doit pas être bouleversé totalement, il doit être, néanmoins, modifié en profondeur si l'on veut qu'il soit porté au niveau actuel de la criminologie et des sciences de l'homme.

### III

Les modifications qui méritent d'être apportées au droit pénal ouvrent de larges perspectives. Elles sont d'ordre scientifique et social.

A. — Sur le plan scientifique il faut être parmi les résultats obtenus, une triple distinction :

a) il y a ceux où aucun problème anthropologique ne se pose directement. C'est ainsi que les résultats obtenus en matière de tentative sont d'ordre strictement criminologique.

b) il y a ceux où le problème anthropologique ne se pose que d'une manière accessoire. Ainsi en est-il en ce qui concerne l'élément matériel et l'élément légal.

c) il y a ceux où la discordance observée est la conséquence directe de la non-évolution des conceptions anthropologiques sous-jacentes au droit pénal. Il en est ainsi en matière d'intention qui oscille entre deux conceptions dépassées : la conception mécaniste et la conception introspective. Il en est de même en matière de responsabilité et de rétribution où les conceptions classiques — ou renouvelées de classicisme — sont en contradiction avec la conception unitaire de la personnalité.

En bref, on peut dire que, d'une manière générale, le droit pénal en est resté au stade de la chimie mentale, s'est parfois élevé à celui de l'introspection, mais n'a jamais accédé à la psychologie fonctionnelle et dynamique.

Dès lors, sur le plan scientifique il appartient aux pénalistes d'opter entre les deux solutions suivantes :

1. ou bien se lancer résolument dans la voie de l'adaptation du contenu de leurs concepts techniques fondamentaux aux données de la criminologie et des sciences de l'homme;

2. ou bien tourner le dos à toute réforme et s'efforcer de les conserver tels quels.

De la décision qui sera prise dépendra l'avenir du droit pénal et de ses rapports avec la criminologie et les sciences de l'homme.

En effet, il est clair que si le droit pénal se replie sur lui-même, il se coupe de toute possibilité d'évolution et, partant, est destiné à n'être qu'une discipline anachronique et sous-développée. Au contraire si le droit pénal s'ouvre à la criminologie et aux sciences de l'homme, il s'enrichit d'une nouvelle dimension : celle de l'anthropologie pénale.

Dans la perspective de la criminologie et des sciences de l'homme, cette ouverture aurait pour effet de régler définitivement leurs rapports avec le droit pénal. En tant que science de l'homme différenciée, la criminologie devrait suivre, tant sur le plan de la recherche que de l'enseignement, le sort des sciences de l'homme, alors que le droit pénal se complèterait par une nouvelle discipline : l'anthropologie pénale. Dans ce domaine de l'anthropologie pénale, le pénaliste se comporterait en quelque sorte comme un généraliste,

formé à la fois dans le droit pénal, d'une part, et dans la criminologie et les sciences de l'homme, d'autre part. Il aurait pour mission de faire le tri dans les données dégagées par ces sciences et de décider du principe de l'adaptation du contenu des concepts techniques et, éventuellement, d'indiquer les voies et les moyens de sa réalisation.

Cette solution permettrait de séparer nettement ce qui relève de la recherche et de l'enseignement en vue de la recherche (criminologie et sciences de l'homme) et ce qui relève de l'évolution générale et technique du droit pénal (anthropologie pénale et droit pénal). S'il est, en effet, impossible aujourd'hui de posséder parfaitement deux techniques, à savoir celle de la recherche criminologique et anthropologique et celle du droit pénal; il est, en revanche, possible à un pénaliste de suivre, assimiler et adapter en droit pénal les résultats de cette recherche.

Il y a là un immense domaine qui appartient aux pénalistes.

B. — Sur le plan social, il convient d'observer que le repliement du droit pénal sur lui-même est impossible pour des raisons pratiques et socio-culturelles évidentes.

a) Le repliement du droit pénal sur lui-même peut difficilement se concilier avec le fait tout simple que la prise en considération des sciences de l'homme et de la criminologie s'est imposée en pénologie à la suite d'une longue évolution historique.

La pénologie, a noté R. Saleilles, « devait avoir pour résultat forcé de substituer la considération du criminel à l'appréciation exclusive du crime ». En effet — précise-t-il — « une fois soumis à l'exécution de la peine, il faut le traiter beaucoup plus d'après ce qu'il vaut que d'après le crime qu'il a commis, qu'il faut donc oublier le crime pour ne voir que l'homme ». Dès lors, « l'idée que, pour un même crime, il faille une peine identique par sa nature et égale dans sa durée n'est véritablement pas soutenable ».

Cette prise en considération de la personnalité du délinquant en pénologie a été systématisée par l'Ecole pénitentiaire, en France, et par l'Ecole correctionnaliste aux Etats-Unis. Le positivisme, quant à lui, devait apporter aux praticiens les moyens de tirer parti de la situation expérimentale pénitentiaire par un travail d'observation et d'interprétation cliniques.

Dès lors, la personnalité du coupable s'introduit dans le droit pénal, sous le couvert de législations spéciales, de réformes de procédure ou d'expériences pénitentiaires. Il s'agit là d'un mouve-

ment irréversible dont l'aboutissement sera l'harmonisation des concepts techniques du droit pénal avec les données de la criminologie et des sciences de l'homme.

b) Du point de vue socio-culturel, le plus grand obstacle à cette harmonisation réside dans les processus mentaux de certains pénalistes. C'est qu'en effet, le bouleversement de leur système de pensée est beaucoup plus considérable que les changements qui devront réellement intervenir en droit pénal sous l'influence de la criminologie et des sciences de l'homme. On comprend, dès lors, les réactions soulevées par M. Ancel lorsque, après avoir constaté le défaut d'imagination des pénalistes pour résoudre des problèmes nouveaux, leur absence de vues générales et prospectives, il a conclu à une certaine « déjuridisation », à une reconversion des juristes.

Cette reconversion s'impose pourtant, car, compte tenu de l'évolution générale, il n'est plus possible au droit pénal d'ignorer la personnalité du coupable en tant que valeur. Il faut se référer ici à la théorie de l'harmonie culturelle si bien décrite par Sutherland. Cette théorie constate que les réactions de la société contre la criminalité et les méthodes utilisées pour manifester cette réaction tendent, dans une société déterminée, à être en harmonie avec les autres modes de comportement. Le droit pénal ne peut s'organiser sans tenir compte de la personnalité du délinquant, à une époque où l'égalité politique ne se confond plus avec l'uniformisation des classes, où le médecin individualise le traitement des maladies en fonction des malades, où la répression s'amenuise dans la famille, l'école, l'Eglise et l'armée.

\*\*

En conclusion, l'on peut schématiser les leçons qui se dégagent du présent rapport introductif, de la manière suivante :

1. Le droit pénal manifeste une tendance à s'organiser pour lui-même et en lui-même et à rejeter comme corps étrangers les apports de la criminologie et des sciences de l'homme.

2. Cette tendance est condamnée à disparaître car la personnalité du coupable est une valeur dont la prise en considération et la protection s'imposent au droit pénal sous la pression de facteurs sociaux puissants.

3. Cette prise en considération peut s'effectuer sans bouleversement fondamental, car les fonctions assumées par les concepts techniques du droit pénal ne sont pas mises en cause; seuls leurs

contenus doivent être harmonisés avec les données criminologiques et anthropologiques.

4. Pour que cette harmonisation s'accomplisse utilement, il faut définir d'une manière non équivoque les rapports de la criminologie et du droit pénal.

Telles sont les observations générales que je vous sou mets, en formant des vœux sincères pour la totale réussite de vos travaux.

## II

### RAPPORTS PARTICULIERS

- I. *L'élément légal et l'élément matériel de l'infraction devant les perspectives ouvertes par la criminologie et les sciences de l'homme,*  
par M. André VITU, Professeur de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Nancy.
  
- II. *La genèse de l'acte infractionnel,*  
par M. Gabriel ROUJOU DE BOUBÉE, Maître de Conférences agrégé à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Toulouse.
  
- III. *Etude de l'élément moral de l'infraction,*  
par M. Georges LEVASSEUR, Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Paris.
  
- IV. *Le concept de responsabilité pénale,*  
par M. Jean-Marie AUSSEL, Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Montpellier.
  
- V. *La confrontation du système français de la sanction pénale avec les données de la criminologie et des sciences de l'homme,*  
par M. Raymond GASSIN, Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques d'Aix-en-Provence.

L'élément légal  
et l'élément matériel de l'infraction  
devant les perspectives ouvertes  
par la criminologie  
et les sciences de l'homme

PAR

*M. André VITU*  
*Professeur à la Faculté de Droit*  
*et des Sciences Economiques de Nancy*

On parle beaucoup, actuellement, de contestation. Si l'on veut entendre, sous ce vocable, la remise en cause, à tout moment, de ce qui était acquis à seule fin de tout détruire. il n'est pas douteux que la contestation est stérilisante, destructrice des valeurs sociales et individuelles et, par là-même, génératrice d'angoisse et de désespoir. Mais si elle traduit le désir d'une remise en ordre de ce qui, avec le temps, avait pu dévier, ou le souci de débarrasser l'arbre vivant de ses branches mortes ou de ses pousses inutiles, alors la contestation présente un aspect bénéfique et créateur. Or n'est-ce pas à une contestation de ce second type que les criminologues invitent les pénalistes, lorsqu'ils leur proposent de confronter les concepts du droit criminel français avec les acquis récents de la criminologie et des sciences de l'homme ?

L'utilité de cette confrontation n'échappera à personne. Il est nécessaire de dire avec franchise qu'entre les spécialistes de la criminologie et des sciences humaines et les criminalistes, règne

une certaine incompréhension. Les seconds sont souvent accusés de n'avoir guère su faire progresser leur science au rythme des travaux menés dans les sciences humaines. Les perspectives criminologiques n'ont pénétré qu'à petits pas dans leurs préoccupations et, si le décret du 27 mars 1954 ne les avait contraints à consacrer un semestre d'enseignement à la criminologie et à la science pénitentiaire, ils auraient peut-être continué à s'enfermer dans leurs seules préoccupations juridiques.

Mais à leur tour les criminologues et, avec eux les spécialistes des sciences de l'homme, sont l'objet de la méfiance des pénalistes. On critique le caractère imprécis ou parfois aventureux de certaines de leurs conclusions. Leurs innovations terminologiques, les preuves inconsistantes qu'ils apportent à l'égard de telles de leurs explications, sont même source d'agacement pour les juristes, habitués à une logique plus exigeante et à un vocabulaire plus rigoureux et plus éprouvé.

A ce malaise, est-il possible d'apporter remède ? Il est certain qu'un bref colloque ne peut suffire à clarifier toutes les questions et à éliminer toutes les ambiguïtés. Il serait d'autant plus hasardé de le croire qu'en ces trois jours de colloque, on ambitionne d'explorer tous les domaines du droit pénal. Tout au plus peut-on attendre de la confrontation que se dégagent les principes indiscutés et les points controversés. Cet effort de déblaiement permettra, dans une étape ultérieure, de réduire les oppositions et de faire progresser la recherche. Les travaux de ce colloque doivent donc être empreints de quelque modestie.

Ils doivent également être marqués par la prudence. Nous savons que les institutions juridiques ne tolèrent pas l'instabilité; on ne fait d'expérience en matière sociale, encore moins en matière pénale, et la règle de droit doit toujours revêtir une certaine permanence. Si donc les spécialistes des sciences de l'homme invitent les criminalistes à intégrer à la norme pénale certains acquis des recherches conduites dans leurs disciplines, cette intégration ne pourra se faire qu'à la double condition que le droit pénal se révèle véritablement dépassé et inadéquat, et que les données nouvelles fournies par les sciences humaines et la criminologie apparaissent indiscutables. Il serait téméraire de vouloir accueillir indistinctement toutes les innovations, toutes les trouvailles, toutes les théories offertes tumultueusement à l'attention des pénalistes, sans qu'on ait eu le temps de vérifier s'il s'agit là d'éléments solides, dont les travaux ultérieurs ne viendront pas démontrer l'insuffisance. De cette prudence indispensable, certains criminologues sont

convaincus, surtout lorsqu'ils constatent eux-mêmes la confusion dans laquelle se débattent actuellement les sciences humaines et dont elles ne sont sans doute pas près de sortir.

\*\*

La prudence, cependant, n'est pas le refus de toute adaptation. La présente confrontation offrira précisément l'occasion de prouver que les criminalistes ne sont pas opposés, par système, aux ajustements raisonnables, qui seraient rendus nécessaires par les transformations profondes survenues depuis plus d'un siècle et demi dans les perspectives anthropologiques qui servent de base aux règles du droit criminel.

Or, nul parmi les pénalistes ne niera que les conceptions anthropologiques sous-jacentes aux dispositions du Code Pénal napoléonien ont vieilli et, parfois, sont singulièrement dépassées. Que découvre-t-on, en effet, quand on tente de préciser les caractéristiques majeures de l'œuvre répressive de 1810 ? Deux aspects principaux doivent être brièvement soulignés.

Un premier trait sera d'abord noté : le Code Pénal constitue un ensemble juridique marqué par un *légalisme* poussé à l'exagération. Le grand principe de la légalité criminelle, proclamé à la Révolution, s'est exprimé dans le Code de 1810 d'une façon tellement rigoureuse qu'il a abouti à cette fameuse dosimétrie pénale que les positivistes eurent beau jeu de critiquer un demi-siècle plus tard. Qu'on songe notamment aux combinaisons compliquées de circonstances aggravantes, aux savantes échelles de pénalités, aux taux multiples d'emprisonnement et d'amende, qui donnent au Code Pénal l'aspect d'une sorte d'épicerie aux multiples étiquettes apposées sur les produits tenus à la disposition des « clients ».

Ce légalisme est si étroit, d'autre part, qu'il bride rigoureusement les pouvoirs du juge dans l'application de la sanction pénale. Sans doute, en 1810, a-t-on abandonné le système révolutionnaire des peines fixes et institué des sanctions comprises entre des maxima et des minima. Mais la marge de manœuvre des magistrats demeure limitée : les circonstances atténuantes sont presque totalement ignorées et, si l'on a prévu des rigueurs propres à effrayer les récidivistes, on ne soupçonne pas encore qu'une indulgence spéciale soit possible à l'égard des délinquants primaires et, inversement, qu'une attitude particulière puisse s'imposer envers les multirécidivistes inamendables.

Comment expliquer cette attitude ? Tout simplement par cette constatation que les rédacteurs du Code se sont fait du délinquant et de l'homme en général une conception singulièrement abstraite : on ignore les conditions concrètes dans lesquelles l'être humain est amené à vivre : on l'a détaché de toute référence temporelle, spatiale, familiale, nationale : il est le décalque de l'homo politicus des philosophes du XVIII<sup>e</sup> siècle et des gens de la Révolution, ou de l'homo oeconomicus des physiocrates.

Cette vision désincarnée de l'être humain a pour conséquence immédiate que le Code Pénal napoléonien est un Code des valeurs sociales, et non un Code des délinquants. Ou encore, pour s'exprimer autrement, il est un Code des délits et des peines, et non un Code de l'homme criminel. Par ces expressions, on devine aisément à quelle école il convient de le rattacher : Code des délits et des peines, cette formule évoque le fameux petit livre de Beccaria et aussi, moins spectaculairement, le Code révolutionnaire du 3 brumaire an IV (appelé lui aussi, d'ailleurs assez improprement, « Code des délits et des peines », car il contenait surtout des dispositions procédurales). En revanche, le Code pénal n'est pas un Code de l'homme criminel, et l'on mesure par là quel pas il faudra franchir pour arriver au positivisme de l'« Homme criminel » de Lombroso.

A ce premier trait de légalisme abstrait, le Code pénal de 1810 en ajoute un second : c'est un monument *individualiste*, et c'est là une caractéristique qui a souvent été remarquée. L'individualisme a sa source chez Kant, Fichte, Adam Smith, Rousseau et Montesquieu. L'individu est libre, bon, égal à tout autre individu ; il faut le laisser développer, sans contrainte, sa personnalité. Et sur cette base philosophique s'est édifié un individualisme politique aux contours bien connus : l'Etat doit n'avoir qu'une attitude effacée et se borner à maintenir l'ordre, en garantissant à l'homme le libre exercice des libertés nécessaires au développement de sa personnalité ; la seule limite consistant en ce que nul ne doit porter atteinte aux droits identiques reconnus aux autres citoyens.

De ce point de départ découlent, en droit pénal, des conséquences devenues classiques. Le Code Pénal de 1810 est purement prohibitif ; sauf en de très rares occasions, il se contente d'exiger de l'individu une attitude négative : s'abstenir de certains faits réputés infractions et punis comme tels. La catégorie des délits d'omission est pratiquement réduite à rien au début du XIX<sup>e</sup> siècle, car on ne conçoit pas qu'on puisse pénalement contraindre quelqu'un à agir.

La marque de l'individualisme apparaît également dans le choix des valeurs dont le Code Pénal assure la protection : ainsi notam-

ment la sûreté individuelle, la propriété privée, la morale sexuelle personnelle, sont l'objet de garanties solides. Les infractions contre les particuliers occupent une place bien plus importante que les infractions contre la chose publique.

Tels sont, sommairement exposés en un tableau qui exigerait d'être plus nuancé si la place le permettait, les caractères les plus accusés de l'œuvre napoléonienne en matière criminelle. Les traits qu'on vient de souligner sont visibles encore maintenant dans de nombreuses dispositions non modifiées du Code Pénal. Or, à la conception de l'homme qui s'imposait en 1810, conception étroitement et abstraitement legaliste, conception foncièrement individualiste, ont succédé des vues nouvelles que les pénalistes ne peuvent plus méconnaître.

1. Le principe de la *légalité* criminelle n'a plus actuellement la valeur quasi-sacrée qu'on lui avait reconnue il y a cent cinquante ans. Très critiqué depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, et même banni, quelques décades plus tard, des législations à tendance totalitaire, le légalisme n'a survécu qu'en se transformant profondément. Au lieu d'être confiné dans le rôle d'un distributeur de pénalités, le juge répressif a reconquis un pouvoir singulièrement important dans l'application de la norme et de la sanction pénales. Sans vouloir totalement se laisser prendre au piège des mots ou de formules, on pourrait presque dire que le règne impersonnel de la loi criminelle a été en partie supplanté par le règne du juge.

Pourquoi cette promotion ? Parce que le juge est un homme et que l'homme seul peut connaître l'homme, et comprendre ce qui fait, de tel ou tel être humain, un délinquant. Pareillement aussi on admet difficilement, à notre époque, que la loi pénale demeure dans l'abstraction pure et ignore l'homme en situation, l'homme aux prises avec les déterminismes, les pulsions, les situations qui risquent de le pousser à la délinquance. Indirectement donc, mais nécessairement, les progrès des sciences humaines et de la criminologie ont rendu au juge criminel un lustre que, pour des raisons politiques, les doctrinaires de l'époque révolutionnaire lui avaient enlevé.

Il faudra donc, et ce sera l'objet de la *première partie* du présent rapport, confronter le principe de la légalité avec les apports de la criminologie et des sciences de l'homme, et essayer de saisir, dans l'atmosphère nouvelle, quelle fonction ce principe est encore en mesure de remplir dans le droit pénal moderne. A-t-il, de nos jours, non plus seulement cette fonction politique qu'on lui avait toujours reconnue jusqu'alors, mais aussi une justification psycho-sociologique valable, eu égard aux données nouvelles qui résultent des travaux actuels des sciences voisines ?

2. Voici maintenant un second terrain sur lequel se porte l'attention. La conception individualiste du droit a perdu beaucoup de terrain depuis un demi-siècle. Il s'y est substitué ce qu'on a parfois appelé une vision solidariste ou *institutionnelle*, ou parfois même, en certains pays, une vision collectiviste du droit. De toute façon, les individus ne sont plus envisagés comme des êtres isolés, mais comme les membres d'une communauté dont on ne peut sans abus les dissocier. Le bien de l'un est bien de tous, le malheur de l'un est malheur de tous.

Transposé en matière pénale, le changement est d'importance spécialement en ce qui concerne *l'élément matériel* de l'infraction. Alors qu'au début du XIX<sup>e</sup> siècle, on se bornait à exiger de l'homme qu'il s'abstint d'accomplir les actes positifs que la loi érigeait en infractions, on lui demande maintenant, dans des cas de plus en plus nombreux, d'agir : s'abstenir est regardé comme une atteinte au bien commun, s'abstenir devient une infraction.

Or voici que, dans le même temps les criminologues découvrent l'importance du « passage à l'acte » ; ils en font même le problème central de leur discipline. Et les spécialistes des sciences humaines leur apportent l'appui de leurs propres constatations. Que faut-il alors penser de la contradiction apparente entre cette valorisation criminologique de l'acte positif et la place considérable que les faits d'omission ou les attitudes purement négatives tendent à prendre dans le cadre de l'élément matériel de l'infraction ?

L'objet de la *seconde partie* du rapport présenté se dessine donc, tout entière tournée vers l'élément matériel de l'infraction.

Ainsi se trouve tracé le cadre des réflexions qui vont être présentées : il nous appartiendra de confronter successivement ces deux fondements du droit pénal français que sont l'élément légal et l'exigence d'un élément matériel dans l'infraction avec les données actuelles de la criminologie et des sciences de l'homme.

\*\*

### I. — *L'élément légal de l'infraction et les perspectives ouvertes par la criminologie et les sciences de l'homme.*

Le principe de la légalité criminelle est regardé comme l'une des exigences les plus essentielles du droit criminel français et de la plupart des droits pénaux étrangers. Les juges répressifs ne peuvent pas, à leur guise, créer des incriminations, ni prononcer n'importe quelles pénalités : c'est à la loi seule que revient cette tâche déterminatrice ou, si l'on veut, c'est la loi seule qui est, en principe, la source du droit pénal.

A cette signification première du principe, s'en ajoute une autre, d'ordre procédural celle-là, sur laquelle on insiste d'ordinaire beaucoup moins. Un organe ou une autorité ne peuvent agir en matière répressive que si la loi les a investis de pouvoirs particuliers à cet effet ; d'autre part un délinquant ne peut être jugé et éventuellement condamné qu'à la suite d'un procès mené selon les formes établies par le législateur. La légalité procédurale est donc un aspect important du principe de la légalité criminelle ; mais cet aspect ne sera pas retenu ici, puisque c'est essentiellement dans une optique limitée au droit pénal proprement dit que se place la confrontation actuelle.

Cette confrontation, il importe de la conduire sur deux plans distincts. On se demandera en premier lieu ce qu'il faut penser des justifications qu'on propose généralement en faveur du principe de légalité : quelle valeur ont-elles pour notre temps ? Dans une deuxième démarche, il faudra examiner le contenu de ce principe et, là encore, vérifier si la criminologie et les sciences humaines confirment ou infirment les conclusions des pénalistes sur ce point.

#### A. LA JUSTIFICATION DU PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ.

Pour les criminalistes, le principe de la légalité est d'ordinaire justifié par deux sortes de considérations ; les unes, d'ordre politique, sont celles auxquelles les ouvrages de droit criminel font le plus souvent appel ; les autres, de nature psychologique, apparaissent en sous-ordre et chez certains auteurs seulement.

##### a) *Les justifications d'ordre politique.*

La légalité des délits et des peines, dit-on très généralement, est la condition fondamentale de la sécurité et de la liberté individuelles : il n'y aurait en effet ni sûreté personnelle, ni garanties contre l'arbitraire, si le législateur ordonnait de punir des faits licites au moment où ils ont été accomplis, ou si le juge pouvait frapper des actes que la loi n'avait pas prévus comme infractions. La légalité est donc un rempart contre l'arbitraire du pouvoir.

Cette explication politique du principe se rattache, par certains côtés, à la théorie de la séparation des pouvoirs exprimée notamment par Montesquieu. Au législateur, il appartient de définir les incriminations et de prévoir les peines et lui seul peut accomplir cette tâche d'ordre général, car seul il a la possibilité d'assigner des limites aux droits individuels. Le juge, lui, ne doit décider que des

cas particuliers, et il empièterait sur la fonction législative s'il arrogeait ou si on lui reconnaissait le droit de créer des infractions ou de choisir librement des peines.

Les considérations qui précèdent sont certainement très solides si l'on se place dans une optique strictement politico-juridique. Ont-elles une base aussi forte quand on se situe à un point de vue différent, celui des sciences de l'homme ?

Certains criminologues estiment qu'elles s'appuient sur une conception étriquée, et même « dévalorisante » de l'homme : le juge et l'administration sont confinés à l'état de simples exécutants de la loi pénale car on les imagine capables d'arbitraire ou d'abus d'autorité; mais la réalité quotidienne observable ne dément-elle pas, dit-on, ce tableau pessimiste ? Cependant, si l'on y réfléchit d'un peu plus près, c'est moins le principe de la légalité en soi que l'on critique ainsi, que l'explication politique qui en est d'ordinairement donnée. Or, précisément, si l'on pousse l'analyse plus loin qu'on ne le fait d'habitude, on s'aperçoit qu'au delà de la justification politique, il est possible de découvrir pour le principe de la légalité des motivations plus profondes, qui rejoignent alors les domaines d'intérêt de la criminologie.

Reprenons en effet les deux explications de nature politique dont le contenu vient d'être évoqué.

1. Affirmer que le légalisme criminel est le garant des libertés individuelles, c'est en réalité reconnaître à la loi une valeur prééminente comme source de la norme pénale : les incriminations et les pénalités ont leur origine exclusive dans la loi (1). Or, dans un régime démocratique, la loi est l'expression de la volonté générale, puisqu'elle émane du Parlement, qui représente le corps politique tout entier. Parce qu'elle est générale et fait abstraction de la personne du prévenu, parce que d'autre part elle est promulguée antérieurement aux faits à juger, la loi criminelle s'appuie par conséquent sur le consentement populaire : beaucoup mieux qu'une règle dont l'existence et la portée dépendraient des appréciations subjectives des juges, ou de leurs divergences inévitables, la norme pénale d'origine légale peut être assurée de l'obéissance de l'ensemble de citoyens.

Il suit de là que le principe de la légalité criminelle revêt une valeur « *pacificatrice* ». Par sa simple existence et aussi, ne l'oublions pas, par son application pratique effective et ferme, la loi pénale obtient l'adhésion de la grande majorité des citoyens. Ceux-ci font confiance

(1) On raisonnera ici en faisant abstraction du cas des contraventions, passées en 1958 du domaine légal au domaine réglementaire.

à la loi qui les protège : l'emploi de la violence privée comme moyen de justice pénale est alors écarté. On voit donc qu'en un certain sens, la loi criminelle assure une fonction qu'on pourrait appeler « cathartique » : l'existence et l'application effective de la norme pénale résoud la peur ou l'angoisse que la commission de l'infraction avait pu faire naître dans la population non-délinquante et elle évite les recours à la violence.

Ainsi, derrière une explication purement politico-juridique du principe de la légalité, le raisonnement conduit à découvrir un sous-bassement psychologique non dénué de valeur pour notre époque : la même constatation peut être faite en examinant l'autre justification politique de ce principe.

2. Rattacher la légalité criminelle à la séparation des pouvoirs, c'est transposer en matière pénale une certaine conception des rapports de l'Etat et de l'individu. C'est affirmer que la légalité criminelle est un aspect particulier de la légalité en général, qui fait de l'Etat un « Etat de droit », dans lequel les organes administratifs et judiciaires sont rigoureusement tenus d'observer les règles d'ensemble posées par la loi, pour assurer la vie collective et le respect des libertés de chacun.

Le droit pénal prend alors figure d'un droit « fixe », connu de tous, et non d'un droit dont l'existence et le contenu seraient livrés aux opinions variables de ceux, juges ou administrateurs, qui sont chargés de le mettre en œuvre. Le principe de la légalité criminelle devient alors un facteur de stabilité intérieure pour l'être humain : il lève l'angoisse ou l'anxiété qui naîtrait de l'incertitude de la règle applicable.

Ainsi, quelle que soit la justification politique proposée, on s'aperçoit que l'exigence d'un élément légal dans l'infraction se rattache finalement et indirectement à des considérations psychologiques non dénuées de valeur. Qu'en est-il alors des justifications de nature proprement et directement psychologique qu'on avance également pour asseoir le principe de légalité ?

#### b) *Les justifications d'ordre psychologique.*

Tandis que certains criminalistes comme Garraud et Donnedieu de Vabres se contentent d'expliquer le principe de la légalité criminelle par des considérations d'ordre politique, d'autres ajoutent à cette argumentation des justifications spécifiquement psychologiques, tirées soit de la valeur éducative, soit de la valeur intimidante de la loi pénale. Ces arguments sont de nature à rejoindre certaines

des constatations faites par les techniciens de la criminologie ou des sciences humaines.

1. La fonction *éducative* de la légalité criminelle dérive de ce que la loi pénale décrit des attitudes ou des actes répréhensibles et établit une véritable hiérarchie entre elles, en leur attachant des sanctions de gravité variable. La loi pénale revêt ainsi l'aspect d'un Code des valeurs sociales. Il est peut-être discutable d'affirmer, comme l'ont fait certains, qu'elle ne peut et ne doit être que cela : mais il n'est pas niable qu'elle est nécessairement, et même d'abord un Code de protection des valeurs sociales.

En ce sens, la fonction éducative de la loi pénale correspond à ce que l'on appelle d'ordinaire la prévention générale. Les textes répressifs rappellent aux citoyens la pérennité de certains grands principes moraux, tels que le respect de la vie et de l'intégrité physique d'autrui, la pudeur, la vérité, la loyauté dans les transactions, la propriété individuelle et collective, etc. Ils soulignent aussi que les peines attachées aux normes qu'ils posent tendent à une restauration de l'ordre troublé par les infractions, et à une réaffirmation des valeurs méconnues. Il serait exagéré de tenir pour inutile cette fonction enseignante de la loi criminelle. Le Code pénal ne peut pas être uniquement le Code des délinquants, il est aussi, en même temps et obligatoirement, le Code des honnêtes gens, parce qu'il fait partie de l'ordonnement juridique général.

2. A la valeur enseignante du principe de légalité, se rattache une seconde justification psychologique très généralement soulignée par les criminalistes : il s'agit de la fonction *intimidante* de la loi pénale. Par la préexistence de ses injonctions la loi pénale exerce sur la volonté de l'être humain une contrainte qu'on espère assez forte pour contrebalancer ses tendances délictuelles possibles. Averti de l'incrimination et de la pénalité, l'éventuel délinquant sera détourné, du moins on le souhaite, de la commission de l'infraction correspondante. De cette façon, une prévention individuelle s'exercerait sur lui.

Cependant, à l'examiner de plus près, cette justification de l'élément légal de l'infraction par une prévention individuelle n'a pas la portée générale que lui attribuent les criminalistes. Il faut distinguer selon les divers types de délinquants.

Ainsi, il paraît à peu près évident que, pour des anormaux mentaux ou pour des débiles, l'effet d'intimidation de la loi pénale est à peu près nul; le débile est particulièrement incapable de s'adapter au futur et l'avertissement légal, à supposer qu'il en ait compris la portée, n'a sur lui qu'une faible prise : il lui est difficile, sinon

impossible, d'associer à l'infraction actuellement commise les conséquences pénales futures (et pour lui hors du temps) que cette infraction peut entraîner. Il est d'autre part certain que le criminel en état de crise demeurera insensible à la menace légale : la femme infanticide, le meurtrier de son conjoint, l'assassin de sa propre famille, ne ressentent plus l'effet inhibiteur de la norme répressive au moment où, pour dénouer la crise, ils commettent leur crime.

En revanche, l'effet intimidant de la loi est plus facilement vérifiable sur les délinquants professionnels. Chez ceux de ces criminels qui ont particulièrement organisé leur activité délictuelle, l'acte coupable est évalué à l'avance : la hardiesse et les techniques d'exécution s'allient au calcul des risques et, parmi ceux-ci, figure l'évaluation d'une répression policière et judiciaire efficaces. Il suffit par exemple de songer aux effets que la promulgation d'un texte nouveau sur le proxénétisme provoque dans les milieux de souteneurs : ceux-ci s'efforcent d'adapter leurs activités professionnelles à cette disposition légale nouvelle. Effet intimidant de la loi ? Certainement oui, encore qu'il faille bien constater que celle-ci n'aboutit généralement pas à faire disparaître le proxénétisme, mais le contraint à prendre d'autres formes, ou en rend la continuation difficile et plus risquée.

C'est surtout, en fin de compte, sur les délinquants occasionnels que la loi pénale a une portée véritablement intimidante; c'est chez eux qu'elle peut avoir une certaine puissance inhibitrice, dans la balance qui s'établit entre les forces criminogènes et les réactions au délit. La fonction d'intimidation, ou de prévention individuelle, est donc modeste, encore que non négligeable.

Pour résumer l'ensemble de ce qui précède, le principe de légalité ou, si l'on veut, l'exigence d'un élément légal pour l'infraction pénale, paraît donc avoir de sérieuses légitimations, même au regard de la criminologie et des sciences de l'homme. Qu'en est-il si l'on examine, cette fois, le contenu de ce principe ?

#### B. LE CONTENU DU PRINCIPE DE LÉGALITÉ.

Le principe de légalité criminelle s'adresse tout à la fois au législateur, à qui il confère le pouvoir d'établir des règles générales applicables à l'ensemble des problèmes pénaux, et au juge, qui se voit confier le soin de traduire ces règles en des applications concrètes, en respectant la volonté légale. Cette répartition des pouvoirs entraîne des conséquences pratiques nombreuses que les criminalistes ont depuis longtemps soulignées; il importe de vérifier si ces conséquences sont confirmées, dans leur valeur, par les constatations faites par la criminologie ou par les sciences de l'homme.

a) *L'exigence de textes précis.*

L'exigence de la légalité se traduit, pour le législateur, par une obligation bien connue : celle de promulguer des textes précis, faciles à utiliser et à comprendre, les incriminations doivent y apparaître avec le maximum de netteté, et entraîner des pénalités applicables sans erreur possible. A quoi servirait d'affirmer la légalité des délits et des peines, si dans le même temps le législateur ouvrait la voie aux interprétations les plus divergentes par l'emploi de formules vagues, ou par l'utilisation de ce que l'on appelle parfois des « types ouverts » d'incrimination, qui autorisent les juges à poursuivre n'importe quels actes ? Les fonctions éducatives et intimidantes de la loi, dont on a rappelé précédemment l'importance, seraient totalement méconnues.

Cette exigence de dispositions répressives précises et simples n'est malheureusement pas toujours respectée. En matière politique surtout et dans des périodes de crise, on a vu le législateur promulguer des textes rédigés en des termes volontairement vagues, qui n'apportent aux citoyens ni certitude sur la norme de conduite à suivre, ni garantie contre l'arbitraire (et l'on sait combien il se développe en ces périodes). Les exemples sont trop connus pour qu'il soit nécessaire de les rappeler.

Il y a plus grave encore. Au cours des trente dernières années, on a vu la production législative répressive s'hypertrophier, spécialement par le biais du droit pénal économique. En créant un droit de circonstances, multiforme, difficile à connaître exactement et à comprendre, le législateur a émoussé dans le public la notion même de loi. Les citoyens s'interrogent sur la valeur de la règle de droit, qui leur apparaît inutile, parfois absurde ou injuste, souvent insupportable, et qu'ils finissent par ne plus respecter : les infractions économiques sont véritablement ce que Garofalo appelait des délits artificiels, pas plus immoraux que n'importe quels autres actes courants, et l'éventualité d'une peine à subir devient un risque supplémentaire de l'activité économique, risque qu'on assume allègrement. Cette mentalité, malheureusement, débordé du domaine des délits artificiels pour atteindre tous les secteurs de la vie sociale et c'est la loi pénale qui, à ce jeu, est la grande perdante.

A nouveau et par un *a contrario* se trouve ainsi souligné la valeur éducative et intimidante du principe de légalité.

b) *La prohibition de la non-rétroactivité.*

Outre l'exigence d'une réaction précise de la loi pénale, le principe de légalité interdit de donner aux lois nouvelles un effet rétroactif,

et cette prohibition s'adresse aussi bien au législateur, pour les textes répressifs qu'il promulgue, qu'au juge pour les dispositions légales dont il doit faire application dans la pratique.

Il serait à craindre, en effet que, connaissant ou pouvant connaître les auteurs de faits passés, les rédacteurs d'une loi puissent à leur gré en fixer le champ d'application pour frapper des personnes qui, pourtant, avaient cru agir licitement. De son côté, en appliquant rétroactivement une loi nouvelle plus sévère à des faits passés, le juge pénal troublerait la sécurité individuelle ou porterait atteinte à la liberté des citoyens. On créerait dans le public une crainte constante de se voir frappé par des textes encore inconnus, on engendrerait le mépris de la norme pénale, devenue un instrument d'oppression entre les mains des dirigeants. Encore une fois, la valeur éducative de la loi disparaîtrait, en même temps que ses fonctions stabilisatrice et intimidante; toute prévention collective et individuelle deviendrait quasiment impossible.

On sait qu'en droit français, le principe de non-rétroactivité n'a pas la valeur constitutionnelle qu'il a revêtue à d'autres époques et que le juge répressif n'a pas le pouvoir d'écarter des débats une loi à laquelle le législateur aurait expressément attaché un effet rétroactif. L'interdiction de la rétroactivité n'est donc, pour le législateur, rien de plus qu'une recommandation qu'il n'a malheureusement pas toujours suivie : certains textes bien connus, créant au cours de la seconde guerre mondiale des juridictions d'exception, sont là pour le prouver amplement.

Nous allons faire les mêmes constatations sur la valeur du principe de légalité envisagé à travers ses conséquences, en examinant enfin l'interdiction de l'interprétation analogique en matière pénale.

c) *L'interdiction de l'interprétation analogique.*

Des divers modalités possibles d'interprétation de la loi pénale, le principe de légalité criminelle prohibe d'une façon catégorique la méthode analogique. Les arguments qui justifient cette condamnation sont ceux qui, déjà, ont été avancés pour expliquer l'exigence de textes répressifs précis et pour interdire la non-rétroactivité de la loi pénale : sécurité des citoyens, protection des libertés individuelles, prévention générale et spéciale. En d'autres termes, ce sont les fonctions pacificatrice, stabilisatrice, éducative et intimidante de la légalité qui, une fois encore, servent de soubassement psychologique au refus d'une interprétation analogique. Il n'y a pas lieu de s'en étonner, quand on constate que, d'ordinaire, l'admission du raisonnement analogique est accueillie dans des législations qui

admettent la rédaction de textes répressifs élastiques et dans lesquelles aussi on permet au juge de faire un usage rétroactif de la loi pénale.

Si l'on écarte la méthode analogique, quel choix doit-on opérer entre les autres types d'interprétation possible ? La méthode littérale a eu cours en France au début du XIX<sup>e</sup> siècle, d'ailleurs d'une façon beaucoup moins complète qu'on ne l'imagine souvent, et elle a entièrement cédé la place à ce que l'on appelle parfois l'interprétation « téléologique », beaucoup plus souple. Le choix entre ces deux méthodes d'interprétation pénale s'explique par une compréhension plus vivante du principe de la légalité criminelle : à notre époque, le juge criminel n'est plus confiné dans un rôle d'automate, qui ne serait que « la bouche qui prononce les paroles de la loi », comme le disait Montesquieu. Le magistrat pénal a retrouvé une place importante dans l'application de la norme criminelle, par le biais de l'interprétation téléologique.

Dans la mesure où le principe de la légalité n'est plus poussé à l'excès, comme il l'avait été sous la Révolution et dans les décades qui ont suivi, on ne peut plus affirmer qu'il postule comme arrière-plan cette conception « dévalorisante » de l'homme dans laquelle certains ont voulu résumer parfois les aspects de la doctrine légaliste. Par les explications qui précèdent, on peut constater que le principe de légalité sorti renforcé de la confrontation menée entre les criminalistes et les techniciens de la criminologie et des autres sciences de l'homme : les justifications psychologiques de l'élément légal de l'infraction ont une valeur actuelle indéniable, et viennent étayer les justifications politiques généralement présentées.

En va-t-il de même pour cet autre fondement du droit pénal français qu'est l'exigence d'un élément matériel dans l'infraction ?

✱

## II. — *L'élément matériel de l'infraction et les perspectives ouvertes par la criminologie et des sciences de l'homme.*

Une infraction n'est constituée que si elle se manifeste par un acte extérieur; c'est ce que traduisent en général les diverses définitions qu'on donne de l'infraction, par exemple celle de Roux : « manifestation fautive d'une volonté agissant contre le droit », ou celle plus détaillée de Vidal et Magnol : « violation d'une loi de l'Etat promulguée pour protéger la sécurité des citoyens, résultant d'un acte externe de l'homme, positif ou négatif, socialement imputable, ne

se justifiant pas par l'accomplissement d'un devoir ou l'exercice d'un droit, et punie d'une peine par la loi ».

Cet acte extérieur est désigné, dans l'analyse que les juristes font de l'infraction, par le terme d'élément matériel. Cet élément matériel serait actuellement, nous dit-on, l'objet d'une crise, que les criminalistes ne sentent peut-être pas, mais à laquelle les criminologues sont sensibles. Cette crise existe-t-elle vraiment ? Avant de résoudre cette question, il apparaît nécessaire d'examiner comme se justifie l'exigence de cet élément de l'infraction, aussi bien sur le plan de l'analyse juridique que d'un point de vue criminologique.

### A. LA JUSTIFICATION DE L'EXIGENCE D'UN ÉLÉMENT MATÉRIEL.

Affirmer que toute infraction suppose un acte extérieur, c'est décider a contrario que la volonté criminelle non extériorisée échappe à la répression pénale. Le droit romain, avec Ulpien, l'enseignait déjà : « cogitationis poenam nemo patitur »; la même affirmation se retrouve dans le droit canonique, chez les auteurs laïcs antérieurs à la Révolution et chez les criminalistes modernes. Comment cette affirmation unanime s'explique-t-elle ? Les considérations qui l'appuient sont ici encore, soit d'ordre politique, soit d'ordre psychologique.

#### a) *Les justifications politiques.*

1. Les considérations politiques avancées pour expliquer le bien-fondé de l'élément matériel s'appuient tout d'abord sur le nécessaire respect de la liberté individuelle.

Les pensées intimes de chacun sont difficiles à connaître; souvent l'individu lui-même discerne mal, au sein de sa propre conscience, les ressorts cachés qui le font agir et ses résolutions, souvent, s'ébauchent, disparaissent, se reforment pour s'évanouir à nouveau. Comment prétendre, de l'extérieur, appréhender avec certitude des éléments psychologiques aussi fugaces ? Il faudrait alors imaginer une inquisition intolérable, ou bien des appareils et des techniques qui seraient sans doute singulièrement difficiles à mettre au point : de toute façon, soumis à un semblable examen, l'être humain perdrait ce qui fait son mystère et sa grandeur, il serait ravalé au rang de l'esclave, ou, pire encore, de l'animal de laboratoire.

Comme d'autre part aucun trouble social (sauf en certains cas extrêmes, tel celui de complot), ne résulte d'une pensée qui ne s'est pas encore traduite en des actes matériels, la répression ne peut pas être mise en mouvement. Toute autre attitude rendrait la peine illégitime, parce que non justifiée par la nécessité.

2. Derrière cette première explication s'en profile une autre, liée elle aussi par certains côtés à des arrière-plans de philosophie politique, et dont on trouve l'expression chez Roux. Elle est fondée sur l'idée que le délinquant ne doit pas être à priori considéré comme un malade, dont il conviendrait de soigner la maladie dès ses premiers prodromes, donc dès le moment où la volonté coupable s'élabore et se précise; il faut beaucoup plutôt le considérer comme un citoyen, agissant d'une façon libre et volontaire, et dont il faut attendre une action, assez caractérisée et suffisamment grave, pour le traiter en « rebelle et ennemi de la loi ».

On le voit aisément, c'est encore la liberté individuelle qu'on entend protéger : on attend, pour frapper, que l'être humain ait posé un acte raisonné, qui constitue comme une provocation à l'égard de la norme pénale ouvertement violée. Le criminel a extériorisé son choix. Jusqu'à ce moment, il avait la liberté de ne pas agir, de ne pas donner suite à sa volonté coupable; par conséquent on aurait méconnu cette liberté en intervenant prématurément et en frappant d'une sanction pénale la simple pensée criminelle non encore « incorporée » dans un acte délictueux.

Ces considérations rejoignent les constatations faites dans le cadre des sciences de l'homme par les psychologues, pour qui il n'y a de volonté authentique que celle qui engage l'être tout entier, non seulement dans son univers mental, mais aussi dans son corps. Ainsi, comme déjà pour l'élément légal de l'infraction, l'explication politique annonce l'explication psychologique. Précisément les criminalistes ajoutent à la justification proprement politique des arguments plus spécialement psychologiques.

#### b) Les justifications psychologiques.

1. Les considérations d'ordre psychologique présentées dans les travaux des pénalistes se cristallisent d'abord autour de la notion de prévention individuelle. En offrant au délinquant, par la promesse de l'impunité, un motif pressant d'arrêter l'exécution de son projet criminel, le législateur espère étouffer dans l'œuf un trouble prochain à l'ordre social. Si au contraire, dès les premières affirmations, même purement internes, de la volonté délictueuse, le coupable savait qu'il encourt déjà les sévérités de la loi, il persisterait dans son intention et parcourrait jusqu'au bout la voie dans laquelle il s'est engagé. La norme pénale deviendrait ainsi, paradoxalement, un facteur criminogène.

Cet argument, on le sait, est utilisé pour justifier l'impunité, non seulement au stade de la simple résolution criminelle, mais aussi à

ce point plus avancé de l'*iter criminis* que sont les actes préparatoires; il explique aussi l'impunité de la tentative spontanément interrompue. Dans la balance qui s'établit, chez le délinquant, entre les impulsions coupables et les facteurs de résistance, le législateur ajoute à ces derniers le poids de la promesse d'une immunité complète.

2. L'exigence d'un élément matériel comme fondement de la répression se justifie en second lieu par la crainte d'erreurs judiciaires : la volonté délictueuse non extériorisée, ou non incarnée en des actes, est trop imprécise, trop équivoque, pour qu'on puisse asseoir sur elle le prononcé d'une condamnation pénale indiscutable.

L'argument n'évoque pas seulement le souci politique d'assurer la protection des libertés personnelles. Plus directement, il traduit une constatation psychologique évidente : à supposer qu'on ait constaté chez un individu des signes psychologiques ou médicaux certains, qui établiraient son caractère dangereux et laisseraient craindre la commission future d'infractions, ces signes ne peuvent prendre leur véritable valeur explicative de la personnalité qu'à travers l'acte par lequel l'individu extériorise sa volonté criminelle. Jusqu'à ce moment ces indices médico-psychologiques demeurent ambigus, puisque rien n'établit que le passage à l'acte aura lieu.

Ainsi les justifications politiques et les explications psychologiques se rejoignent-elles sur un même terrain et paraissent de nature à légitimer, aux yeux des criminalistes comme aux yeux des criminologues et des spécialistes des sciences de l'homme, l'exigence d'un élément matériel dans la structure de l'infraction pénale. Mais voici que, au moment même où d'autres disciplines viennent confirmer le droit pénal dans la justesse de sa position, l'élément matériel subirait, de l'avis de certains, un déclin, ou peut-être même une crise, dans la législation positive. Que faut-il penser de cette constatation ?

#### B. LE PRÉTENDU DÉCLIN DE L'ÉLÉMENT MATÉRIEL.

On l'a dit dans l'introduction du présent rapport : le droit pénal moderne impose de plus en plus à l'être humain d'agir positivement, à peine de sanctions pénales. La catégorie des infractions d'omission, autrefois regardée comme une rarissime exception, s'est considérablement étendue sous l'influence, déjà signalée, de l'apparition et du développement d'une conception « solidariste » du droit. Les exemples de ces délits nouveaux sont devenus classiques : il suffira de citer notamment les omissions de porter secours, de

dénoncer, de témoigner, ou encore les envahissantes obligations pénalement sanctionnées que le droit pénal économique, le droit pénal commercial ou le droit pénal de la santé publique mettent à la charge de catégories nombreuses de citoyens. Que devient alors, devant cette ampleur autrefois insoupçonnée des infractions d'absence, l'exigence de l'élément matériel ?

Que devient d'autre part cette même exigence en présence d'un second phénomène propre à notre époque, celui de l'utilisation croissante de la notion d'état dangereux ? Là encore, les textes qui traduisent ce développement sont assez connus et il suffit de les mentionner brièvement : textes concernant les mineurs en danger moral (Ord. 23 décembre 1958; Ord. 5 janvier 1959 et D. 7 janvier 1959), aux applications si fréquentes maintenant, — texte sur les alcooliques dangereux pour autrui (L. 15 avril 1954), — texte sur les toxicomanes (L. 24 décembre 1953), — texte sur l'aide sociale en faveur des prostituées majeures (O. n° 60-1246 du 25 novembre 1960).

Ainsi, sous l'influence conjuguée de ces deux tendances du droit contemporain (création de délits d'omission nombreux, importance croissante de la notion d'état dangereux), l'élément matériel semblerait avoir perdu l'importance qu'il devrait normalement revêtir. Cette constatation s'inscrit à contre-courant des résultats des travaux criminologiques modernes, qui ont souligné la valeur du passage à l'acte dans le processus criminel. Aussi, certains ont-ils cru nécessaire de parler d'une véritable crise de l'élément matériel. Convient-il de les suivre dans leurs conclusions ?

À vrai dire, la contradiction est moins profonde qu'il ne le paraît et il est nécessaire de distinguer les deux aspects de ce prétendu déclin de l'élément matériel.

1. La prise en considération, par des lois récentes, de certains états prédélictuels, dits états dangereux, ne traduit pas véritablement une disparition complète de la notion d'élément matériel. Quand le législateur entend mettre sur pied des mesures particulières s'appliquant à des individus dangereux ou en danger moral, il est obligé de le faire en définissant les situations qu'il envisage d'atteindre. Autrement dit, il doit préciser l'état dangereux prédélictuel en partant de comportements dangereux, c'est-à-dire d'attitudes ou d'actes antisociaux qu'il est obligé de décrire, même d'une manière relativement souple. L'acte ou l'attitude réapparaissent donc au premier plan, car on ne concevrait pas que l'état dangereux résulte de la seule existence d'une mentalité prédisposée à la délinquance, mais ne se révélant pas à l'extérieur par un comportement qui en traduit la nature.

Les textes précités apportent confirmation à ce qui précède. L'expression « alcoolique dangereux pour autrui », utilisée par la loi du 15 avril 1954, est par elle-même assez claire, du point de vue qui nous occupe, encore que son application pratique puisse soulever des incertitudes : le danger pour autrui résultera des violences graves que l'intéressé exercera sur ses proches, — ou des désirs de meurtre qu'il manifestera, — ou plus généralement de son comportement d'asocialité ou d'anti-socialité évident. Le fait qu'on vise, non tous les alcooliques, mais seulement ceux qui sont dangereux indique assez qu'on exige des actes matériels, des actes extérieurs laissés à l'appréciation des autorités sanitaires ou judiciaires, mais d'une gravité particulière.

La constatation est plus évidente pour les toxicomanes, puisque l'action de désintoxication ordonnée à leur égard par l'autorité judiciaire n'est mise en œuvre qu'à la suite d'une infraction de trafic ou d'usage de stupéfiants : l'acte ou les actes matériels s'incarnent dans une activité délictueuse spécifiée par la loi.

Les prostituées majeures pour lesquelles l'une des deux ordonnances du 25 novembre 1960 organise des mesures d'assistance et d'aide médico-sociale (art. 185-1 C. Fam. et aide sociale) ne sont visées qu'en raison de leur attitude positive de prostituées, se manifestant extérieurement d'une manière suffisamment visible (même si elle ne constitue par la contravention de racolage), pour que l'erreur ne soit pas possible à leur sujet.

Restent enfin les textes concernant l'enfance. Pour définir les mineurs en danger (c'est-à-dire ceux qui pourraient devenir victimes, aussi bien que ceux qui risqueraient de verser dans la délinquance), l'art. 375 C. civ. vise « les mineurs de vingt-et-un ans dont la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation sont compromises ». L'état de danger semble, ici, n'être envisagé qu'à travers des résultats, sans référence à des actes positifs. Mais ce n'est là qu'une apparence : les mauvais traitements, les exemples d'ivrognerie habituelle ou d'inconduite notoire donnés par les parents, la vie anti-sociale de ceux-ci ou du mineur lui-même, tout cela constitue bien des actes matériels positifs qui, tout autant que de simples attitudes négatives (défaut de soins, carence éducative grave), légitiment l'action judiciaire ou administrative prévue par les dispositions légales promulguées en 1958 et 1959.

2. S'il est facile de démontrer que l'exigence d'un élément matériel positif n'a pas véritablement disparu avec les états dangereux prédélictuels retenus par le droit français, il semble en aller différemment à l'égard des infractions d'omission. Où est l'acte extérieur

positif dans l'omission de porter secours, ou dans ces délits correctionnels parfois très sévèrement punis et qui figurent dans la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales (ex. défaut d'immatriculation au registre du commerce, inobservation des mesures de publicité préalables aux émissions de titres, omission d'appeler le montant non encore versé des actions souscrites, etc.), ou encore dans les infractions bien connues du droit pénal économique (défaut de publicité des prix, défaut de facturation, refus de vendre, etc.), ou dans certaines infractions du droit de la famille (abandon de famille ou non-représentation d'enfant) ? N'y a-t-il pas effectivement ici, dans une large mesure, une crise de l'élément matériel, puisqu'on néglige dans les délits d'omission l'importance criminologique du passage à l'acte ?

La difficulté n'est peut-être pas totalement insoluble. Quand un individu se voit contraint, sous la menace d'une sanction pénale, d'accomplir tel ou tel acte et qu'il n'obéit pas à la loi, ne doit-on pas dire qu'il a cependant « agi », puisqu'ayant connaissance de l'obligation qui lui est faite, il a choisi volontairement de ne pas exécuter l'acte demandé ? Il est dans la même situation que celui qui, ayant accompli l'acte commandé, en efface ensuite volontairement les conséquences (cas d'un commerçant qui, ayant d'abord marqué les prix des marchandises vendues, retirerait les étiquettes qu'il a apposées). Comme le remarquait Roux (Cours dr. crim. fr., 2<sup>e</sup> éd., I, p. 94), « il ne faut pas attacher au mot acte la signification d'une activité positive, caractérisée par un mouvement physique du corps; cette expression doit être prise dans son acception la plus large, aussi bien positive que négative ».

Qu'on n'objecte pas qu'en punissant une volonté qui ne s'est pas extériorisée (puisque'il s'agit d'un délit d'abstention), on contredit l'exigence d'un élément matériel (c'est-à-dire extérieur), dont le caractère indispensable a été précédemment démontré, — et qu'on aboutit à forcer les consciences pour en déceler les réticences coupables. La loi ne punit pas, ici, une volonté nue, dont rien à l'extérieur ne trahit l'existence et que seule détecterait une inquisition inadmissible, mais une volonté qui n'a pas accompli tel acte positif imposé, et qui par conséquent se démasque à travers un résultat qui aurait dû se produire et qui, à l'évidence, n'a pas été atteint.

Si l'on accepte cette explication, on reconnaîtra alors que la multiplication des délits d'omission n'est pas synonyme d'un recul de la notion d'élément matériel, mais qu'elle traduit une transformation de cet élément, rendue nécessaire pour adapter le droit pénal à des situations nouvelles qu'impose l'abandon de l'individualisme du

début du XIX<sup>e</sup> siècle. Cette transformation poussera peut-être les criminologues, à leur tour, à ne pas limiter leur recherche aux seuls actes délictuels positifs (intentionnels ou non), mais à l'étendre aussi à ce domaine nouveau et important qu'est la criminalité par abstention. La notion de « passage à l'acte », dont l'étude est et demeure un problème central de la criminologie, prendra alors sans doute une extension nouvelle pour expliquer la genèse des délits d'omission.

\*\*

Quelle conclusion tirer de la confrontation qu'on vient de tenter au sujet de l'élément légal et de l'élément matériel de l'infraction ? Il est apparu que ces deux exigences fondamentales du droit criminel sont suffisamment justifiées au regard des recherches entreprises par les criminologues et les spécialistes des sciences humaines. Mais cette constatation n'est pas le seul profit que l'on peut tirer de l'étude entreprise. Lorsqu'une institution jusqu'alors admise unanimement vient à être discutée, les considérations qui servaient à la justifier doivent être revues, approfondies, parfois remplacées par d'autres.

L'élément légal et l'élément matériel sont sortis victorieux de l'« ordalie » à laquelle on vient de les soumettre; mais, aux raisons classiquement invoquées pour en justifier l'existence, nous avons vu qu'il était possible d'en ajouter d'autres, ou bien, à d'autres moments, qu'il fallait donner aux raisons anciennes un coloris nouveau. C'est donc l'un des mérites du présent colloque que d'avoir permis de mieux asseoir le principe de légalité criminelle et l'exigence d'un élément matériel dans l'infraction.

# La genèse de l'acte infractionnel

PAR

*M. Gabriel ROUJOU DE BOUBÉE*

*Maître de Conférence agrégé  
à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Toulouse*

Les Ecritures nous apprennent que la Genèse occupa le Créateur pendant six jours. Ce Congrès ne dure que trois jours et la genèse de l'acte infractionnel n'y fait l'objet que d'un seul rapport. Pourtant, comparée dans sa durée à la genèse du monde, la genèse de l'acte infractionnel peut être beaucoup plus longue. Elle peut être aussi, il est vrai, beaucoup plus courte.

L'étude de la genèse de l'acte infractionnel pourrait être entendue de diverses manières et avant d'entreprendre, sur ce point, la confrontation des données du Droit pénal et des données de la criminologie, il convient sans doute de délimiter exactement la matière qui va être le siège de cet affrontement.

Décrire la genèse de l'acte infractionnel n'est pas faire l'inventaire et la synthèse des causes qui conduisent à la délinquance. Ce fut là tout au début, l'essentiel de l'objet assigné à l'anthropologie criminelle; c'est encore aujourd'hui l'un des plus importants chapitres de la criminologie. Notre propos est beaucoup plus étroit.

La genèse de l'infraction ne se ramène pas davantage à la criminogénèse. Celle-ci en effet possède un champ d'investigation fort étendu puisque, partant de l'infraction, elle en recherche l'explication à travers la formation et le développement de la personnalité du sujet. Au congrès de 1950, dans son Rapport Général sur la Criminogénèse, de Greef définissait celle-ci comme l'examen du criminel

en tant qu'élaborant une conduite coupable à partir de son organisme, en accord avec son passé et en accord avec sa perception du milieu présent (1). La criminogénèse implique donc l'étude d'ensemble de la personnalité du délinquant afin de mettre en lumière les mécanismes qui ont conduit à l'infraction.

L'objet de ce Rapport est en réalité beaucoup plus modeste. Il n'a trait qu'à la phase précédent immédiatement le crime. La genèse de l'acte infractionnel doit en effet être entendue ici comme la dynamique immédiate de cet acte. C'est le processus par lequel le sujet en vient à la réalisation de l'infraction considérée. C'est donc sur ce point, et sur ce point seulement, que nous voudrions confronter les données du Droit Pénal avec celles de la criminologie.

Comment le Droit pénal envisage-t-il la genèse de l'infraction ? Il est bien difficile de répondre à cette question car la première réponse qui vient à l'esprit serait volontiers négative : le Droit pénal, serait-on tenté d'affirmer, n'appréhende pas la genèse de l'infraction. Pourquoi d'ailleurs s'en étonner ? Tout s'explique, fort logiquement, si l'on se réfère à la conception anthropologique sur laquelle est fondé le système. Pour les auteurs du Code pénal en effet il n'y a point d'autre base philosophique et psychologique que celle fournie par le libre arbitre : la genèse de l'infraction se ramène aux développements de la volonté individuelle. Librement, le criminel décide de commettre son acte. Tout aussi librement, il en entreprend l'exécution.

Il serait cependant inexact d'affirmer que le Droit Pénal se désintéresse complètement de la genèse du délit. Il en saisit en effet certains aspects. Mais, jamais, il n'appréhende le phénomène dans son ensemble. Encore moins le retient-il en tant que phénomène particulier, autonome.

Un premier procédé utilisé par le Droit Pénal consiste à ériger en infraction autonome un comportement qui n'est en réalité que le prélude à une autre infraction ou à une série d'infractions. C'est là le procédé de l'incrimination préventive, du délit obstacle; l'association de malfaiteurs constitue la meilleure illustration de cette tendance.

Un deuxième procédé consiste, une fois l'infraction commise, à retenir tel ou tel aspect des circonstances qui l'ont précédée : ainsi l'instigation sera punie comme cas de complicité; en revanche la provocation sera qualifiée excuse atténuante et entraînera une diminution de peine.

(1) DE GREFF, *Rapport général au 2<sup>e</sup> Congrès International de Criminologie*, Actes du Congrès, tome VI, pp. 271-272.

En réalité, en Droit pénal, la genèse de l'infraction n'est envisagée, en tant que telle, que dans une seule hypothèse, celle de l'infraction tentée. Lorsque l'agent est interrompu au cours de son entreprise, il est nécessaire, pour le punir, de décomposer en différentes phases le processus de son comportement. Il faut notamment analyser celui-ci afin de déterminer le moment exact à partir duquel la répression devra être déclenchée. C'est donc essentiellement à propos de la tentative que le Droit pénal considère la genèse de l'infraction, c'est-à-dire sa dynamique immédiate. Encore la conception pénaliste n'est-elle que fragmentaire.

Tout autre apparaît aujourd'hui le point de vue de la criminologie. A vrai dire, pendant assez longtemps, la dynamique immédiate de l'infraction n'a pas spécialement attiré l'attention des observateurs. Les premiers criminologues n'ont vu dans l'acte infractionnel que le symptôme d'un état dangereux; les psychanalistes, de leur côté, avaient tendance à ne déceler dans l'infraction qu'un symbole, expression d'un conflit latent. Il a donc fallu attendre ces dernières années pour que soit reconnue toute l'importance du passage à l'acte. Les récentes découvertes de la psychologie ont en effet montré combien l'acte volontaire exprime et engage la personnalité tout entière. L'acte du criminel, l'infraction, exprime donc lui aussi une personnalité, la personnalité de son auteur. Dans ces conditions le mécanisme du passage à l'acte doit fournir des éléments indispensables à la connaissance de la personnalité du sujet. Le premier qui ait exploité ce champ de recherches a été Etienne De Greff, notamment dans son *Etude du crime utilitaire*. Précurseur, il a été largement suivi et l'on peut dire aujourd'hui que la question du passage à l'acte est devenue le point central de la criminologie scientifique (2). Et les observations accumulées à ce jour présentent un intérêt incontestable.

Dans ces conditions, la nécessité est évidente, à l'heure actuelle, de confronter les données traditionnelles du Droit pénal avec les découvertes toutes récentes de la criminologie. La genèse de l'infraction, vue par le pénaliste, coïncide-t-elle avec la genèse de l'infraction observée par le médecin ou le psychologue ? Un premier résultat paraît acquis : de même que le Droit pénal connaît le délit instantané, riposte immédiate à une brusque sollicitation, de même les criminologues admettent le processus d'acte subit et irréfléchi : c'est la réaction primitive, infraction du sujet dont la zone de tolérance est faible ou inexistante. Mais lorsque l'infraction n'est plus

(2) PINATEL, *L'élément matériel de l'infraction devant la criminologie et les sciences de l'homme*, R.S.C., 1967, p. 913.

instantanée, lorsqu'elle procède d'une volonté réfléchie, le passage à l'acte se présente sous un jour tout différent. Correspond-il alors au schéma pénal de la tentative ? La confrontation des deux points de vue va nous permettre de répondre, dans une large mesure, par la négative (I). Dès lors surgit une autre question, celle de savoir quelle peut être en Droit pénal l'utilisation des données fournies par la criminologie (II).

## I

La confrontation des deux conceptions — l'une pénale l'autre criminologique — de la genèse de l'infraction conduit à une première constatation : le Droit pénal ne connaît que la seule notion de tentative. Plus riche, au contraire, la criminologie propose deux types de passage à l'acte : le processus de maturation criminelle, d'une part, — le processus d'acte grave, d'autre part. Mais là n'est pas encore la différence essentielle. Il faut en effet aller au-delà de la simple description et confronter dans leur structure l'analyse pénale et les analyses criminologiques. L'on s'aperçoit alors que, portant sur un seul et même phénomène, ces deux analyses ne concordent point.

A. Il est relativement facile d'opposer à l'unité du concept pénal le dualisme de la notion criminologique.

Le Code Pénal ne différencie pas la tentative en fonction du type d'infraction ou en fonction de la catégorie de délinquant. Peu importe le crime dont l'exécution a été interrompue. Peu importe également la personnalité du délinquant surpris. Bien plus, la loi ne définit que de manière assez sommaire ce qu'il convient d'entendre par tentative : elle indique seulement que celle-ci doit s'être manifestée par un commencement d'exécution.

Cette attitude du législateur se comprend aisément si l'on se réfère à la conception anthropologique retenue par le Droit pénal classique. La genèse de l'infraction est une, parce que le délinquant est un. Ce délinquant c'est l'homme raisonnable qui a délibérément choisi la voie interdite, comme il eut pesé les clauses d'un contrat, il a librement apprécié les risques de son entreprise criminelle (3). Ayant décidé de la mener à terme, il l'a préparée en toute lucidité,

(3) V. MERLE et VIRU, *Traité de Droit Criminel*, n° 13.

et c'est encore avec la même lucidité qu'il en a entamé l'exécution. Si celle-ci n'est pas parvenue à son terme, ce n'est que par l'effet de circonstances indépendantes de sa volonté.

Qu'il s'agisse d'un vol, ou d'un assassinat, le schéma de l'infraction tentée ne peut être que le même.

La meilleure analyse de la tentative ainsi conçue, a été faite par Garraud. Elle est devenue classique et il n'est guère besoin de la rappeler. Les deux premières étapes de l'iter criminis sont purement psychologiques. L'idée de l'infraction à commettre naît dans l'esprit de l'agent. Celui-ci, en toute lucidité, l'examine et l'adopte. La résolution d'agir est le fruit de sa volonté libre. Cette décision va alors se manifester dans le monde extérieur. L'agent organise rationnellement son acte, il le prépare de manière aussi adéquate que possible en se procurant notamment les moyens les plus propres à le commettre. La préparation conduit tout naturellement au début d'exécution, si naturellement qu'il devient très difficile de distinguer les deux étapes, de fixer le moment exact où l'une se termine et où l'autre débute. Enfin, sans l'intervention d'un élément extérieur, l'infraction serait consommée. Tout dans cette analyse traduit la froide lucidité du délinquant, sa maîtrise sur lui-même et sur les choses.

Pour les criminologues, la simple description du passage à l'acte met déjà en valeur beaucoup plus de nuances. Deux processus, assez différents l'un de l'autre, sont en effet distingués dans la genèse de l'acte infractionnel : non seulement ce ne sont pas les mêmes situations qui donnent naissance au processus de maturation criminelle et au processus d'acte grave, mais encore les mécanismes psychologiques menant à l'infraction sont également fort différents dans l'un et l'autre cas (4).

Le processus de maturation criminelle trouve sa source dans une situation non spécifique. On entend par là selon la classification d'Olof Kinberg, la situation non dangereuse, celle dans laquelle l'occasion de l'infraction doit être recherchée par l'agent (5). Le processus de maturation criminelle est donc, essentiellement, le processus propre au délinquant professionnel. Ce type de passage à l'acte, décrit notamment par Sutherland (6), comporte deux éléments :

(4) PINATEL, *La théorie de la tentative devant la criminologie et les sciences de l'homme*. Université aristotélicienne de Thessaloniki, *Annales de la Faculté de Droit*, vol. 14, p. 246.

(5) Cf. La classification des situations pré-criminelles d'Olof KINGBERG. *Bulletin de la Société Internationale de Criminologie*, 1951, pp. 11 et suiv.

(6) SUTHERLAND, *Principes de Criminologie*. Edition en langue française, p. 235.

— Le premier de ces éléments c'est, de la part du criminel, l'adoption délibérée de la carrière criminelle. Certes, l'on a critiqué cette idée de libre choix en affirmant que le délinquant professionnel ne s'engage dans l'action asociale que par dépit, désillusion, frustration ou désir de vengeance (7). Peu importe en réalité les motivations exactes de ce choix. Le phénomène à retenir ici, c'est précisément le choix en tant que choix d'une carrière criminelle. Peu à peu d'ailleurs, l'agent modifie son échelle des valeurs par rapport à l'échelle des valeurs des honnêtes gens. Il s'efforce d'ériger son attitude en système, de justifier sa conduite.

En même temps, et c'est le deuxième élément, l'agent doit acquérir les techniques nécessaires à l'exercice de son activité coupable. En effet, le comportement criminel étant le résultat d'une élection, ce comportement doit être appris. Ainsi, pour Sutherland, et en fonction de la théorie de l'association différentielle, le comportement criminel s'apprend par un processus de communication, c'est-à-dire à travers les inter-actions avec d'autres personnes; l'apprentissage criminel se ferait à l'intérieur d'un groupe intime de personnes (8).

Cette description rapide du processus de maturation criminelle fait apparaître combien, dans ce cas, la personnalité domine la situation. Le « Je » joue un rôle considérable puisqu'ici, à la base du processus criminogène, se trouve un consentement. Pareil consentement ne saurait être décelé dans le processus d'acte grave. Dans ce second type de processus en effet le rôle du « Je » est moins affirmé car le « Je » n'y fait que tolérer ou subir.

La raison de cette différence est simple :

Dans le processus d'acte grave, et à l'inverse de l'hypothèse de la maturation criminelle, la situation, point de départ, est une situation spécifique ou dangereuse : l'occasion de l'infraction n'a plus à être recherchée. Elle est présente et elle domine la personnalité; l'acte délictueux ne sera que le dénouement d'une période de crise psychologique particulièrement intense (9).

Au processus d'acte grave est indissolublement attaché le nom d'Etienne de Greef, car c'est lui qui en a fait l'analyse et la synthèse, notamment à propos d'homicide utilitaire (10). Pour de Greef, d'ailleurs, le processus du passage à l'acte rappelle le processus psycho-

(7) P.A.H. BAAN, *Quelques remarques sur la relation entre la criminalité de profession ou d'habitude et le déséquilibre mental*, R.S.C., 1956, pp. 415 et suiv.

(8) V. notamment, PINATEL, *Traité*, n° 159.

(9) PINATEL, *La théorie de la tentative*, p. 246.

(10) V. notamment DE GREEF, *Introduction à la Criminologie*.

logique qui chez les pré-civilisés conduit à la conversion, type même de l'acte grave. Suivant la méthode utilisée par R. Allier (11), de Greef distingue trois étapes successives dans le cheminement du sujet vers l'infraction.

La première étape est celle de l'acquiescement mitigé. L'agent a l'idée du crime mais il ne la fait pas sienne en tant que projet et surtout en tant que projet dont il assumerait lui-même la réalisation. L'adhésion à l'idée n'est que théorique, elle n'entraîne aucun comportement particulier du sujet. Chez l'individu à moralité normale, l'idée criminelle s'arrête à ce stade et ne parvient jamais au stade suivant qui est celui de l'assentiment formulé.

L'assentiment formulé existe lorsque l'agent, non seulement admet la réalisation de l'idée, mais encore conçoit, plus ou moins nettement d'ailleurs, son propre rôle dans cette réalisation. La perspective de l'action devient de plus en plus envahissante — mais le sujet lutte et offre une certaine résistance; cette dernière est fonction de la force morale de chaque individu. Le futur délinquant hésite, imagine des défenses ou bien se réfugie momentanément dans la possibilité d'une réalisation de son désir sans son intervention directe : au lieu de tuer, il se bornera par exemple à ne pas porter secours. Ces états contraires conduisent à la troisième et ultime phase, celle de la crise.

La crise commence lorsque le sujet constate qu'il devra lui-même passer à l'acte, lorsqu'il en accepte à la fois le risque et la honte. A vrai dire, à ce stade, le jugement est obsédé par la lutte. La sensibilité, l'émotivité sous toutes leurs formes, sont exaspérées. Dès lors, un événement tout à fait minime peut résoudre la crise en déclenchant l'exécution, en faisant passer le sujet à l'acte. Les circonstances qui président à la préparation immédiate de l'infraction peuvent d'ailleurs varier de manière considérable. Tout dépend du travail dont l'esprit de l'agent est le siège. Ainsi, une lecture, un spectacle, une conversation peuvent stimuler brusquement l'idée meurtrière et en précipiter l'accomplissement. L'on sera peut-être alors en présence d'une préparation insuffisante et d'une exécution défectueuse : par exemple le coupable n'aura pas pris les précautions suffisantes pour assurer son impunité (12).

(11) R. ALLIER, *La psychologie de la conversion chez les peuples non civilisés* (1925). Pour une critique du rapprochement entre processus criminel et processus de la conversion religieuse, v. Dr HESNARD, *Psychologie du crime*, 1963, p. 258 : la mentalité du converti religieux, apte à la sublimation par la foi, paraît bien éloignée de la mentalité égocentrique et inapte à la sublimation du criminel.

(12) V. HESNARD, *op. cit.*, p. 257.

De Greef complète ce tableau du processus d'acte grave par quelques précisions concernant le crime passionnel à l'étude duquel il s'est particulièrement attaché. Les trois stades, acquiescement mitigé, acquiescement formulé et crise se retrouvent, certes, dans le crime passionnel, mais ils s'accompagnent d'autres processus et notamment du processus de réduction et du processus suicide. Le processus de réduction consiste pour le meurtrier à ramener sa future victime au rang d'abstraction; l'amour disparaît et la primauté est rendue à des valeurs jusque-là délaissées : le criminel, par exemple, donne la première place à son orgueil ou à sa réputation. Dans le processus suicide, l'on peut déceler un désengagement de l'agent qui rompt avec son milieu, avec son avenir et devient, momentanément, indifférent à son propre sort.

La simple description de la tentative et des deux types de passage à l'acte montrent déjà combien les deux points de vue, pénal et criminologique, sont différents. Mais les différences essentielles apparaissent encore mieux si l'on procède à une analyse comparative des éléments retenus.

B. Il serait excessif d'affirmer que les conceptions pénale et criminologique s'opposent radicalement. Bien au contraire, dans certaines de ses étapes, l'iter criminis, selon la description classique, correspond à une phase déterminée de l'une ou l'autre forme de passage à l'acte. Il n'en demeure pas moins qu'en dépit de ces similitudes les divergences sont nombreuses et profondes.

Il est indubitable que l'idée de l'infraction, retenue par la doctrine pénaliste, correspond à la phase de l'acquiescement mitigé dans le processus d'acte grave : le sujet se trouve dans une situation donnée, spécifique selon les criminologues. Cette situation particulière fait jaillir l'idée du crime. C'est la tentation. Sur ce point donc les données du Droit pénal et celles de la criminologie coïncident parfaitement.

On peut admettre qu'il en va de même pour la résolution criminelle, tout au moins, en ce qui concerne le processus de maturation criminelle. En Droit pénal, la résolution d'agir c'est la volonté lucide de commettre l'infraction. Cette même volonté tout aussi lucide se retrouve chez les sujets dont la maturation criminelle est achevée<sup>(13)</sup> et qui retiennent un projet criminel déterminé.

Enfin le processus de maturation criminelle offre un autre point de concordance avec la tentative du Droit pénal : l'acte préparatoire, première manifestation de la résolution criminelle, se retrouve chez

(13) PINATEL, *La théorie de la tentative*, p. 247.

le délinquant professionnel. C'est alors la mise en place du dispositif qui permettra la réalisation de l'entreprise. L'agent prend les dispositions qui, normalement, doivent lui permettre de réussir. La volonté délibérée retenue par le Droit pénal, la préparation rationnelle de l'acte, sont bien des traits incontestables du processus de maturation criminelle.

Malheureusement, il ne paraît pas possible de pousser plus loin le tableau des analogies. Et combien plus vaste apparaît le champ des divergences, voire des oppositions, entre les données du Droit pénal et celles de la Criminologie.

Ces divergences apparaissent tout d'abord à propos du processus de maturation criminelle. En dépit des similitudes relevées le processus de maturation criminelle est loin de coïncider en tous points avec le schéma classique de la tentative. L'origine en effet n'est pas la tentation. C'est plutôt un certain état d'esprit adopté peu à peu suivant une progression régulière. Pour expliquer la genèse de l'infraction commise par le délinquant, il ne suffit donc pas de remonter au moment où il a eu l'idée de telle infraction particulière. Il faut remonter bien au-delà, à l'époque où a été entamé le processus de maturation. Le schéma de la tentative ne couvre en réalité qu'une période, partielle, de la genèse de l'acte infractionnel et il est insuffisant pour en rendre compte de manière totale. Bien plus, l'application ici du schéma pénal aboutit à masquer toute une partie, importante, de la réalité et de la personnalité du sujet.

Mais c'est surtout à propos du processus d'acte grave que les données de la criminologie paraissent impossible à concilier avec celles du Droit pénal. En effet, en dehors de la première phase, celle de l'assentiment mitigé qui paraît bien correspondre à l'idée-tentation, rien dans l'analyse criminologique ne correspond aux autres étapes de l'iter criminis. Bien au contraire les oppositions sont vives et deux d'entre elles méritent d'être largement soulignées.

En premier lieu, il n'y a rien de commun entre la résolution criminelle décrite par les pénalistes et la phase de l'assentiment formulé ou de la crise dégagée par De Greef. La décision criminelle est la décision prise après un temps de libre réflexion, en toute connaissance de cause. Aucun de ces éléments ne se retrouve dans l'assentiment formulé : le sujet ne réfléchit pas. Il ne met pas en balance les avantages et les inconvénients du crime envisagé. Il en est incapable. Son esprit, en effet, est tout occupé par la lutte qui se déroule entre la perspective de l'action et les hésitations ou les réserves que suscite cette perspective. Mais il ne paraît pas possible de dire que le sujet arbitre cette lutte. Toute notion de résolution est ici

à exclure formellement. Bien plus, si l'idée du crime se précise peu à peu, c'est néanmoins à travers de nombreux méandres. La pensée est sans cesse marquée par des avances et des reculs. Que l'on considère ici l'un des cas relaté par De Greef lui-même : il s'agissait d'un homme qui, un matin en se levant, avait étranglé sa femme alors qu'elle dormait encore. De Greef indique qu'en réalité l'idée chez le meurtrier de se débarrasser de sa femme lui était venue sept ans auparavant; mais, pendant une très longue période, l'homme avait été partagé entre son projet criminel et la perspective d'une solution moins compromettante, espérant tantôt un accident, tantôt plus simplement un divorce. En même temps, la phase de l'assentiment formulé comporte le processus de désengagement qui n'est volontaire qu'en apparence : le sujet s'interdit certaines pensées ou certains comportements pour en arriver à un très net appauvrissement sur le plan affectif. Il s'enferme dans un sentiment d'injustice subi. Seulement assez souvent cette transformation du sujet est inconsciente ou tout au moins n'est pas nettement perçue par lui; au début le criminel s'est abandonné, il a consenti à subir le processus et, peu à peu, sa personnalité consciente et volontaire s'est effacée. Le « Je » a subi; tout au plus dans le crime passionnel a-t-il toléré. Mais dans ces conditions, l'on ne peut pas recourir à la notion de résolution car celle-ci est incompatible avec l'état de crise dans lequel se trouve l'agent.

Pour les mêmes raisons il est également impossible de retrouver dans le processus d'acte grave les actes préparatoires tels qu'ils sont conçus par le Droit pénal. Suivant l'analyse criminologique en effet, le sujet prépare et exécute son crime alors qu'il est en pleine crise. Comment admettre alors qu'il puisse, rationnellement comme le voudrait le Droit pénal, organiser son acte et en aménager l'exécution ? Sur ce point, les deux analyses sont incompatibles. L'acte préparatoire, au sens du Droit pénal, est inconcevable dans le processus d'acte grave. Certes il se peut que l'agent prépare matériellement son acte, qu'il se procure par exemple les moyens de tuer. Dans le cas relaté par De Greef, le soir avant de se coucher, l'homme avait pris la précaution de dissimuler sous son lit le fil de fer qui devait lui servir le lendemain à étrangler sa femme. Apparemment c'est bien là l'acte préparatoire. Seulement, en raison de l'état de crise, il n'est pas certain que cet acte demeure un acte préparatoire. Il se peut fort bien que pour une raison quelconque le projet criminel soit au dernier moment abandonné. L'acte univoque n'existe pas car la résolution criminelle n'est jamais irrévocable dans le processus d'acte grave. Celui-ci en effet rejette le concept de préparation méthodique et définitive.

Ainsi, grâce aux données de la criminologie, l'on s'aperçoit qu'en réalité la genèse de l'acte infractionnel n'est pas toujours — il s'en faut — celle que suppose le Droit pénal. Ici encore, à l'autonomie de la volonté, il convient souvent de substituer des mécanismes beaucoup plus complexes. Le délinquant n'est pas forcément l'homme lucide et froid qui après avoir décidé son crime en prépare méthodiquement la réalisation. Bien souvent, au contraire, la consommation n'est que le dénouement d'une longue crise dont les phases sont étroitement mêlées et où la volonté ne joue pas le rôle principal. Le Code pénal voulait comme sujet un héros cornélien, mais la pratique n'offre à l'observateur que des personnages de François Mauriac. Ce divorce est inquiétant. Ne pourrait-on l'éviter ? N'est-il pas souhaitable, en effet, d'insufler au Droit pénal une vigueur nouvelle en le faisant profiter des données fournies par la Criminologie ? L'entreprise mérite au moins une esquisse.

## II

Du point de vue de la pure criminologie, l'on considère que la notion de passage à l'acte est susceptible d'une double utilisation<sup>(14)</sup>. En premier lieu, elle offre un critère permettant de différencier les criminels entre eux : suivant le processus qui a conduit à l'infraction, il est possible d'opérer des classifications parmi les délinquants. En second lieu, la notion de passage à l'acte doit aider à différencier les criminels des non-criminels, les individus dangereux des individus non-dangereux; c'est là un point de vue qui a été longtemps négligé mais qui est aujourd'hui très généralement admis<sup>(15)</sup>.

Les préoccupations du Droit pénal ne sont pas les mêmes et il serait vain de vouloir transposer purement et simplement les méthodes criminologiques. En revanche, ne serait-il pas opportun de rechercher si, et dans quelle mesure, les résultats obtenus en criminologie ne permettent pas d'apporter au Droit pénal des perfectionnements ou tout au moins des améliorations ?

S'agissant de la genèse de l'acte infractionnel l'on est tout naturellement porté à se demander d'abord si l'analyse du passage à l'acte n'est pas susceptible de fournir l'instrument d'un progrès

(14) PINATEL, *Traité*, pp. 377 et suiv.

(15) PINATEL, *Traité*, pp. 387 et suiv.

dans la répression de l'infraction tentée. N'est-ce pas là le meilleur moyen pour corriger les imperfections d'un système qui paraît désormais très artificiel ?

Mais la recherche paraît également souhaitable dans une perspective plus large. Au-delà de l'infraction tentée ne peut-on tenir compte des enseignements de la criminologie lorsqu'il s'agit de considérer l'infraction consommée ? Ne pourrait-on songer à différencier la répression en fonction précisément du type de passage à l'acte ? En d'autres termes la sanction ne devrait-elle pas varier suivant qu'il y a processus d'acte grave ou processus de maturation criminelle ?

A. — La théorie de la tentative en Droit Pénal s'est toujours heurtée à une difficulté majeure, celle de la distinction de l'acte préparatoire et du commencement d'exécution. Or, sur ce point, peut-être la notion de passage à l'acte permet déjà d'apporter quelques éclaircissements. Mais, en même temps, les données de la criminologie amènent à réviser une solution traditionnelle, celle de l'impunité du désistement volontaire.

La distinction de l'acte préparatoire et du commencement d'exécution a toujours présenté de vives difficultés aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence. La doctrine, on le sait, s'est divisée (16) ; la thèse objective exige, pour qu'il y ait tentative punissable, le commencement d'exécution de l'infraction elle-même ou, ce qui est une atténuation, de la tentative seulement (17).

Plus répressive en revanche, la thèse subjective déclenche la répression dès qu'apparaît chez le délinquant la décision irrévocable d'aller jusqu'au bout (18). La jurisprudence s'est efforcée de maintenir un équilibre entre les exigences de la répression et la nécessité du commencement d'exécution. Aussi affirme-t-elle que le « commencement d'exécution n'est caractérisé que par des actes devant avoir pour conséquence directe et immédiate de consommer le crime, celui-ci étant ainsi entré dans la période d'exécution » (19). Il est certain, cependant, que les Tribunaux reconnaissent le commencement d'exécution punissable dès que le comportement du sujet trahit sans aucune équivoque le but vers lequel il tend. Une importance considérable est donc attachée à l'intention, déduite de l'attitude

(16) MERLE et VITU, *Traité*, n° 367.

(17) Dans le sens objectif, ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, t. I, n° 1012. En faveur de l'objectivisme atténué : GARRAUD, *Traité*, t. I, p. 494.

(18) En ce sens, DONNEDIEU DE VABRES et VIDAL & MAGNOL : pour ces derniers il y a tentative lorsque l'agent s'est montré décidé à courir les risques de l'entreprise, quand il a entendu couper les ponts derrière lui (I, p. 150).

(19) Crim., 25 octobre 1962, D. 1963, 221, note BOUZAT, J.C.P., 1963, 12.985, note VOUIN (aff. LACOUR).

du délinquant. Comment expliquer autrement que la tentative de vol, par exemple, soit retenue à l'égard d'un individu qui s'est introduit dans une voiture automobile, mais qui a été surpris avant même d'avoir mis le moteur en marche (20) ?

Ces solutions, fondées sur la psychologie du délinquant, paraissent perfectibles si l'on veut bien tenir compte des résultats de l'analyse criminologique.

En premier lieu, il est un point de concordance entre le Droit pénal et les données de la psychologie et il faut éviter qu'une conception trop subjective ne le fasse disparaître. L'article 2 du Code pénal, en effet, exige pour la tentative punissable un commencement d'exécution. Or les psychologues contemporains nous apprenent la nécessité de l'acte car l'acte engage l'être tout entier et le marque profondément (21). La répression ne doit donc intervenir que dans la mesure où, par un acte, le délinquant s'est manifesté en tant que tel.

En second lieu et surtout, la conception jurisprudentielle de la tentative pourrait être différenciée en fonction du type considéré de passage à l'acte. La conception subjective actuellement dominante est parfaitement admissible en ce qui concerne le processus de maturation criminelle et il convient à son égard de la conserver ; toute la personnalité du sujet est en effet orientée vers la délinquance ; considérer que certains comportements trahissent un projet criminel arrivé au stade de l'exécution, correspond donc parfaitement à la réalité. Ainsi, à l'égard du voleur professionnel d'automobiles, il est tout à fait exact de retenir la tentative dès qu'il s'est introduit dans un véhicule et avant même qu'il n'en ait lancé le moteur. Ce sujet est bien arrivé en effet au commencement d'exécution. La notion jurisprudentielle de la tentative paraît donc ici parfaitement adaptée. Malheureusement elle ne l'est pas du tout lorsqu'il s'agit du processus d'acte grave et ici les observations de De Greef devraient permettre d'améliorer la solution.

La jurisprudence n'est pas adaptée à l'hypothèse du processus d'acte grave parce qu'elle est trop subjective. Il n'y a là aucun para-

(20) Crim., 28 octobre 1959, D. 1960, 314, note CHAVANNE, la solution n'est d'ailleurs pas toujours exactement la même ; si en matière de vol la jurisprudence paraît avoir définitivement adopté une conception subjective, en matière d'escroquerie, au contraire, le point de vue est plus objectif. Pour M. LEAUTE, « la théorie unitaire de la tentative est remplacée par une pluralité de théories adaptées à chaque forme de délinquance in L'influence de la criminologie sur le droit pénal. *Travaux de la semaine internationale de Strasbourg*, 1954, p. 202. »

(21) Cf. M<sup>me</sup> FAVEZ-BOUTONNIER, *Bulletin de psychologie*, juin 1965. V. également PINATEL, *Rapport à ce Congrès*, pp. 9 et 10.

doxe. En matière d'acte grave en effet il n'est pas, à proprement parler, d'acte préparatoire. Tel comportement, au moment où il est adopté, est peut-être destiné dans l'esprit de l'agent à permettre l'exécution du crime. Mais l'état d'esprit de l'agent peut changer très vite étant donné l'état de crise. Au moment d'exécuter son acte l'agent peut brusquement se dérober alors même qu'il paraissait très résolu. De Greef n'a pas hésité à écrire que, bien souvent, le crime passionnel ne doit d'avoir été réalisé qu'à l'épaisseur d'un cheveu. Dans ces conditions, toute conception subjective de la tentative est à bannir. A aucun moment l'on ne peut dire que l'agent a entendu couper les ponts derrière lui (22) ou que, laissé à lui-même, il aurait achevé de franchir la distance qui le séparait de l'infraction consommée (23). Ici donc, pour éviter toute erreur d'appréciation, seule pourrait être utilisée une conception aussi objective que possible de la tentative. Cette dernière, dans l'hypothèse de l'acte grave, ne devrait être entendue que du commencement d'exécution de l'infraction elle-même. C'est donc à deux notions de la tentative que devraient conduire les données de la criminologie : l'une subjective en cas de processus de maturation criminelle — l'autre étroitement objective en cas de processus d'acte grave.

Cette dernière solution peut évidemment effrayer les esprits soucieux de répression ou tout au moins de prévention criminelle. Attendre que l'exécution de l'infraction soit déjà entamée, n'est-ce pas dangereusement étendre le champ de l'impunité ? C'est là un problème fort délicat à résoudre; pour les criminologues toutefois, la difficulté peut être aisément tournée. Il suffit en effet de considérer les manifestations qui précèdent la consommation comme autant de symptômes d'un état dangereux exigeant une intervention efficace. C'est là notamment le point de vue exprimé par De Greef lui-même : « Plus de 70 % des criminels avertissent antérieurement aux faits, les uns par actes, les autres par paroles. Généralement on ne les comprend pas, ou on les comprend mal. Cette période dure de quelques jours à plusieurs années et peut être mise à profit pour faire avorter l'idée criminelle » (24). Dès lors, il faut organiser une action prophylactique. Celle-ci consistera d'abord à ne pas aggraver l'état de crise : on pourra, si cela est possible, agir auprès de la future victime et notamment la conseiller de manière utile. Mais l'essentiel de l'action prophylactique doit concerner l'éventuel assas-

(22) Selon VIDAL et MAGNOL.

(23) Selon DONNEDIEU DE VABRES.

(24) DE GREEF, *L'homme chez le criminel*, « Revue de Droit pénal et de criminologie, 1932, p. 465.

sin : après diagnostic de son état, il conviendra de le soigner et spécialement de l'adresser à un dispensaire d'hygiène mentale (25).

Il n'est pas question, dans le cadre de ce rapport, d'envisager dans son ensemble le problème de l'état dangereux et de sa prise en considération par le droit pénal. Certes, en dehors d'interventions purement officieuses, il paraît bien difficile de mettre en application, de manière générale, les directives de De Greef. Il semble cependant que, dans des hypothèses bien déterminées, telle manifestation de l'état de crise puisse être utilement retenue par le Droit pénal. La chronique judiciaire des dernières années fournit à cet égard un exemple riche d'enseignements. Les péripéties de l'affaire Lacour sont encore dans toutes les mémoires et il est inutile de les rappeler (26). Le Docteur Lacour avait soudoyé un tueur à gage. Ce dernier s'étant dérobé, l'on finit par s'apercevoir qu'aucune prévention ne pouvait être retenue à l'encontre de Lacour : il n'y avait pas complicité punissable puisqu'il n'y avait pas infraction principale; quant à la tentative de complicité, elle n'est pas incriminée par notre droit. Or, l'état dangereux de Lacour, parvenu au stade de la crise, ne faisait aucun doute. Ne pourrait-on dès lors, au moins dans ce cas, remédier aux lacunes de la législation pénale (27) en s'aidant des données fournies par la criminologie ? Ne pourrait-on, par exemple, incriminer cette manifestation particulièrement grave du processus qu'est le recrutement d'un tueur ? Il y a certainement là matière à réflexion et l'on pourrait, semble-t-il, prendre en considération, à titre autonome, sinon l'instigation en général, du moins certaines formes d'instigations jusqu'à présent ignorées.

Mais, en même temps, l'analyse criminologique devrait permettre d'apporter quelque nuance dans la règle traditionnelle qui assure l'impunité du désistement volontaire.

En vertu de l'article 2 du Code pénal, le commencement d'exécution volontairement interrompu échappe à la répression. La justification de cette règle paraît évidente : d'une part, il est juste de récompenser celui qui, par un ultime sursaut, parvient à se ressaisir — d'autre part, dans un but de prévention, il est habile d'in-

(25) DE GREEF, *Introduction à la criminologie*, pp. 370 et suiv.

(26) *Crim.*, 25 octobre 1962, précité.

(27) Il est à noter, toutefois, que la lacune en question disparaît si l'on retient l'interprétation de l'art. 59 CP proposée par M. CARBONNIER. (Du sens de la répression applicable aux complices selon l'art. 59 CP, *J.C.P.*, 1952, I, 1034). Pour l'éminent auteur, en effet, s'il est nécessaire que l'acte principal soit qualifié crime, il n'est pas indispensable qu'il réunisse en lui-même tous les éléments du délit légalement punissable. L'inachèvement de l'entreprise ne fait donc pas obstacle à la répression à l'égard de l'instigateur.

viter le délinquant à abandonner son entreprise (28). A l'heure actuelle une meilleure connaissance du processus de passage à l'acte devrait permettre de mieux sanctionner le désistement volontaire.

Déjà, la jurisprudence s'est efforcée de distinguer l'abandon pleinement volontaire de celui qui ne l'est qu'en apparence. N'échappe à la répression que le désistement spontané, indépendant de toute circonstance extérieure, telle que la crainte d'être surpris (29), ou la difficulté imprévue de l'entreprise (30). Ce sont là des solutions dignes d'être approuvées. Mais la connaissance du processus de passage à l'acte doit permettre d'aller plus loin encore et d'apprécier plus exactement la valeur du désistement. Dans l'hypothèse du processus d'acte grave, le désistement étranger à toute circonstance extérieure possède certainement un portée morale qui justifie l'impunité : au dernier moment, la résistance intérieure a été la plus forte. Cette opinion cependant a été critiquée. L'on a fait valoir notamment que l'absence de libération par l'action était susceptible d'engendrer des complications ultérieures, spécialement la dissimulation et l'hypocrisie (31). En réalité, c'est là ne tenir aucun compte, ni du mécanisme de la catharsis mentale, ni des équivalents de l'agressivité. Le sujet peut se trouver libéré, la crise peut atteindre son dénouement en l'absence de consommation de l'acte entrepris (32).

Dans le processus de maturation criminelle en revanche, l'impunité du désistement volontaire paraît beaucoup plus difficile à admettre. En présence d'un sujet ayant atteint la plénitude de la maturation, le désistement ne peut être généralement qu'utilitaire. Dans ce cas, il est fort rare qu'un sentiment de remords intervienne devant le caractère odieux de l'infraction. En réalité, si l'exécution est abandonnée, c'est à la suite d'un calcul démontrant que les risques sont trop grands. Dès lors, le désistement volontaire n'est qu'un désistement intéressé et l'impunité qui lui est accordée ne repose plus sur aucun fondement. L'agent n'a pas à être récompensé et l'espoir de prévention n'est qu'illusion car l'agent récidivera après une meilleure préparation.

(28) MERLE et VITU, p. 361, n° 371.

(29) Crim., 5 juillet 1951, B. 198.

(30) Crim., 25 mai 1946, *Gaz. Pal.*, 1946, I, 255.

(31) MIRA y LOPEZ, *Manuel de psychologie juridique*, pp. 107 et suiv.

(32) Cf. PINATEL, *La théorie de la tentative*, p. 250.

(33) La définition du Code pénal est en effet fort peu satisfaisante : « La préméditation consiste dans le dessein, formé avant l'action, d'attenter à la personne d'un individu déterminé ou même de celui qui sera trouvé ou rencontré (quand même ce dessein serait dépendant de quelque circonstance ou de quelque condition) » (art. 297 du Code pénal à propos de l'assassinat).

Déjà, on le voit, apparaît l'idée de différencier le régime de la sanction suivant le type de processus de passage à l'acte. Mais, jusqu'à présent seule était considérée l'infraction tentée. N'est-ce pas le moment de dépasser ce premier stade et d'envisager également en fonction du processus de passage à l'acte, la sanction de l'infraction consommée ?

B. — L'idée de tenir compte, à propos de la sanction, du processus qui a conduit à l'acte n'est pas totalement étrangère au Droit pénal. Elle se rencontre en effet, dans une hypothèse au moins, celle de l'homicide volontaire : l'homicide avec préméditation, qualifié assassinat, est plus sévèrement puni que le simple meurtre; de même la sanction est aggravée à l'égard des coups et blessures prémédités ou des violences exercées avec préméditation contre les fonctionnaires publics. Il est cependant difficile de rapprocher la notion pénale de préméditation des analyses criminologiques du passage à l'acte.

La préméditation procède, elle aussi, très étroitement, de la conception anthropologique qui est à la base de notre Droit pénal. Comment, en effet, se caractérise la préméditation ? C'est encore Garraud qui nous donne ici la meilleure définition (34) : « La préméditation est une forme de volonté persistante et résolue et dont le signe caractéristique est le calme et le sang-froid de l'agent ». La préméditation constitue donc la meilleure illustration de l'anthropologie du Code pénal : la volonté formée un certain temps avant l'action est, plus encore qu'à l'ordinaire, mûre et réfléchie; l'agent, après avoir surmonté la colère ou la passion, a réfléchi froidement, a médité son crime (35). C'est évidemment dans cette méditation préalable que la loi voit une circonstance grave, génératrice d'une culpabilité accrue.

Très tôt la préméditation, ainsi conçue, a suscité les critiques des criminologues. Garofalo a souligné que la rapidité de l'acte n'a aucun rapport avec la nature corrigible ou incorrigible de l'agent (36). L'étude du passage à l'acte permet aujourd'hui de se rendre encore mieux compte de l'insuffisance de la notion de préméditation. Certes, les caractéristiques essentielles de cet état peuvent se retrouver à propos de la maturation criminelle : dans ce cas, et pour une infraction déterminée, il y a souvent préméditation au sens du Code pénal : le délinquant professionnel médite à l'avance le crime qu'il

(34) GARRAUD, *Traité*, n° 1391.

(35) GARÇON, *Code pénal annoté*, 2<sup>e</sup> édition, art. 297, n° 12.

(36) GAROFALO, *La criminologie*, p. 406. L'auteur estime, d'ailleurs, que la préméditation ne signifie pas l'exclusion de la passion qui, selon le tempérament de l'individu, se manifeste par une action plus ou moins immédiate.

a projeté de commettre. Mais la préméditation est incompatible avec le processus d'acte grave. Ici encore, il est impossible de retrouver dans les phases d'assentiment formulé ou de crise la réflexion calme et lucide qui constitue l'essentiel de la préméditation.

Dans ces conditions, pourquoi ne pas rejeter la notion traditionnelle de préméditation dans les cas où elle est retenue et pourquoi, de manière très générale, ne pas différencier la sanction en fonction du type de passage à l'acte ? Il ne s'agirait plus ici d'ailleurs d'aggraver ou d'atténuer la répression mais, de manière beaucoup plus souple d'adapter le traitement quel qu'il soit. Le diagnostic du passage à l'acte n'est-il pas un élément important dans la connaissance de la personnalité du criminel ? Pourquoi alors, d'un point de vue clinique, ne pas en faire une large utilisation ?

L'idée peut paraître séduisante. Sa mise en œuvre constituerait certainement l'une des meilleures utilisations de la criminologie par le droit pénal. Malheureusement cette mise en œuvre paraît, en l'état actuel, se heurter à des difficultés considérables.

En premier lieu, la jurisprudence, on le sait, n'est guère soucieuse de favoriser les examens médicaux et médico-psychologiques. L'attitude adoptée à l'égard de l'enquête sur la personnalité de l'inculpé est significative de cette tendance : les solutions admises par la Cour de Cassation ont pratiquement réduit à néant l'heureuse innovation de l'article 81 du Code pénal (37).

En second lieu, le diagnostic du passage à l'acte n'est pas sans poser un problème. Il ne s'agit pas ici de la détermination des moyens d'investigation dont dispose le clinicien. Il ne s'agit pas davantage de la place à faire à telle ou telle méthode d'examen et notamment aux méthodes psychanalytiques. Certes, De Greef a très fortement subi l'influence des travaux de Freud, mais il s'est toujours efforcé de considérer la psychanalyse comme un moyen de connaissance et non comme une métaphysique. En réalité, le problème relatif au diagnostic est un problème de temps : les observations nécessaires à l'étude du passage à l'acte peuvent être très longues. De Greef a reconnu lui-même que « seule la durée sur laquelle porte l'observation permet de juger ». Par exemple, le diagnostic du phénomène de désengagement peut être fort long car il n'est vraiment établi qu'au jour où le sujet est redevenu normal. Ainsi, les

(37) Crim., 5 et 29 avril 1960, B. 10 et 233 — qui en pratique rendent facultatif l'examen de personnalité. Crim., 29 avril 1960, D. 1960, 654, Note CHAMBON — qui déclare irrecevable l'appel formé par l'inculpé contre l'ordonnance du juge d'instruction refusant les examens prévus par le Code de Procédure Pénale. Sur tous ces points, voir MERLE et VITU, n° 956.

observations de De Greef ont été pratiquées sur des individus déjà condamnés et dont certains l'étaient depuis de nombreuses années. Or, il serait souhaitable, évidemment, que le diagnostic du passage à l'acte soit fait avant tout jugement. Comment concilier cette nécessité avec le régime de la détention préventive ? Le problème est d'autant plus délicat à résoudre que de toutes parts s'élèvent des voix pour dénoncer précisément l'excessive durée de la détention préventive. L'on en vient alors à se demander si la prise en considération du passage à l'acte ne suppose pas au préalable d'importantes modifications apportées à la structure du Procès Pénal. Il est incontestable à cet égard que la césure proposée par l'École de la Défense Sociale nouvelle permettrait de résoudre des difficultés qui, à l'heure présente, paraissent difficilement surmontables.

\*\*

(38) DE GREEF, *Introduction à la Criminologie*, p. 164.

(39) DE GREEF, *Le devenir, élément du processus criminogène*, in *L'homme criminel*, p. 186.

# Etude de l'élément moral de l'infraction

PAR

*M. Georges LEVASSEUR*

*Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Paris*

Le thème des débats du Colloque a été posé de façon très claire dans le rapport introductif de M. Pinatel. Chacun des rapporteurs juristes en exprimant son opinion personnelle (qui ne sera pas forcément celle de ses collègues, du moins en ce qui concerne la présente étude) devrait sans doute éviter de reprendre le débat général, mais il nous paraît inévitable de jeter cependant un coup d'œil sur les positions de départ et d'indiquer notre sentiment afin d'éclairer quelque peu l'esprit des développements qui vont suivre.

La philosophie du droit pénal devrait avoir pour objet, nous dit-on, de porter des jugements de valeur sur le droit pénal, et spécialement sur ses fondements scientifiques. Ces derniers paraissent entendus ici d'une façon étroite, il s'agit uniquement de la concordance des règles du droit pénal avec les dernières acquisitions de la criminologie et des sciences de l'homme.

Il est permis de penser que la valeur scientifique du droit pénal doit être également appréciée à d'autres points de vue, notamment au point de vue de sa conformité avec les données des sciences sociales. En effet le droit pénal ne doit pas se soucier uniquement des criminels avérés ou en puissance et des meilleurs moyens de prévenir ou d'arrêter leur activité antisociale par un traitement individualisé approprié, il doit tenir compte de la société pour laquelle il légifère, composée en majeure partie de non délinquants, et il doit en connaître les sentiments profonds et les réactions possibles en fonction de la composition variable de cette société et de l'évolution des

mœurs. Bien souvent les réformes scientifiquement les moins contestables en matière de traitement, voire de prévention, de la délinquance, ne pourront être appliquées avant une éducation suffisante de l'opinion générale et de la conscience publique, sous peine de courir aux échecs les plus regrettables.

D'autre part, il faut tenir compte également de la science juridique (même s'il entre plus d'art que de science dans l'organisation des rouages de la grande machine à élaborer et à appliquer les normes). Si le droit pénal rencontre à chaque instant le phénomène criminel dans ce qu'il a de plus concret sous sa forme individuelle ou sous sa forme de masse, il n'en reste pas moins une branche du droit, et sa « déjuridicisation » ne peut aller jusqu'à lui faire quitter l'orbite de celui-ci pour en faire une science des formes pathologiques de la vie sociale.

Les juristes sont à bon droit conviés à un examen de conscience certainement nécessaire mais non pas à une abdication. Tel est bien d'ailleurs l'orientation de ce colloque, ainsi que son promoteur l'indique à diverses reprises, et notamment dans sa conclusion.

Que les sciences de l'homme, dès leurs premiers balbutiements aient été prises en considération par les législateurs répressifs n'est pas douteux. A moins de dénier tout bon sens aux autorités publiques, il faut admettre que, dès les époques anciennes, elles ont appliqué (généralement de façon confuse et hétérogène) une certaine politique criminelle, et que celle-ci était organisée en fonction de ce que l'on savait ou croyait savoir des instincts de l'homme, de ses réactions fondamentales, des valeurs morales qu'il devait reconnaître et des moyens (généralement coercitifs) auxquels il devait être sensible. La plupart de ces points ont dû évidemment être révisés; en particulier l'école positiviste a joué dans cette évolution un rôle capital qui a permis la naissance de la criminologie.

Comment ne pas adhérer aussi à la déclaration de Donnedieu de Vabres au 2<sup>e</sup> Congrès International de 1950 ? Est-il encore un criminaliste français qui ne soit pas convaincu que l'effort scientifique effectué en criminologie est indispensable au progrès du droit pénal, et qui pour cette raison ne soit attentif au développement de cette science ? (1).

(1) Voir, en 1956 le précis Dalloz de « Droit général et Criminologie », où nous écrivions avec M. Stéfani (p. 2) : « Le dessein des auteurs est d'exposer avant tout les notions générales du droit pénal, mais ils le feront à la lumière des conclusions les plus récentes et les moins contestables des recherches criminologiques, qui apportent en effet des données dont ni le législateur ni le juge répressif ne peuvent plus ne pas tenir compte ». Et les auteurs souhaitaient que l'on puisse « mesurer et expliquer l'évolution du droit pénal sous l'influence des sciences criminologiques ».

C'est par l'intermédiaire de la criminologie, nous dit-on, que les acquisitions des sciences de l'homme doivent être intégrées dans le droit pénal. Nous sommes entièrement d'accord que cet intermédiaire n'est pas de ceux qu'il convient de supprimer, et qu'il faudra y recourir dans la mesure où les acquisitions en question paraîtront susceptibles d'être intégrées dans le droit pénal sans apporter de perturbations sociales.

Mais nous n'oublions pas que le droit pénal ne constitue qu'un secteur de la politique criminelle, et que la criminologie doit sans doute agir d'abord à ce niveau. Son influence sur l'élaboration et la mise en place des mesures de prophylaxie sociale sera probablement sa plus forte contribution à la lutte contre la criminalité. Ensuite, et dans le même esprit, elle devra inspirer le pouvoir normatif dans tous les domaines de la vie sociale où celui-ci est appelé à intervenir. Enfin elle infléchira le droit pénal dans la plupart de ses domaines, en particulier celui de l'incrimination (quels comportements convient-il d'incriminer ? Comment les incriminer ? Quelles sanctions faut-il prévoir ?) (2), celui de la décision judiciaire (qui devra avoir la possibilité de fixer son choix sur la mesure la plus adéquate à la personnalité du délinquant) et celui du traitement pénitentiaire. Mais nous pensons que cette influence ne peut pas se faire sentir de la même façon à ces différents niveaux.

Or, M. Pinatel estime que jusqu'à présent l'influence de la criminologie sur le droit pénal n'a été que sporadique, et qu'il convient de s'attaquer aujourd'hui aux structures fondamentales, dont il passe en revue les plus saillantes.

Il va sans dire que nous adhérons aux formules alors si novatrices, lancées par Saleilles, et que nous ne suivrons pas M. Andenaes dans la voie où il s'engagerait. Tout au plus serons-nous appelés à faire une différence entre le stade de l'incrimination du comportement, celui de la fixation de la gamme des pénalités, celui du prononcé judiciaire de la sentence et celui de l'exécution de cette dernière; d'un stade à l'autre la place faite à la personnalité du délinquant doit aller en croissant, et l'on doit passer d'un plan objectif à un plan de plus en plus subjectif, concret et différencié.

Nous ne sommes pas certains que le législateur du XIX<sup>e</sup> siècle se soit référé à une conception anthropologique sous-jacente quelconque. Les valeurs qu'il a entendu protéger, et les moyens qu'il a employés pour cela, font plus de place au maintien de l'ordre et à l'intimidation qu'à ces valeurs fondamentales dégagées par de Greef.

(2) On notera avec satisfaction que M. Pinatel se prononce sans équivoque pour le maintien du principe de la légalité.

On a trop insisté sur les différences entre le droit pénal et la morale; on a trop dit que le droit pénal était matérialiste, pour qu'il soit besoin d'insister. Que la criminologie mette aujourd'hui en lumière l'importance de certaines valeurs pour le bon équilibre individuel, la bonne adaptation sociale, et le fonctionnement harmonieux d'une société, sera une acquisition scientifique de la plus haute importance, et il est souhaitable que le législateur se décide à la prendre en considération.

Une révision des valeurs à protéger (et en quelque sorte du « cours » de celles-ci) est certainement inévitable; il est souhaitable qu'elle se fasse à la lumière de données scientifiques sûres; les pouvoirs publics devront prendre en considération l'évolution des mœurs (non peut-être sans essayer d'apporter un frein à certaines tendances) et celle des techniques, pour rester en harmonie avec la conscience publique et ils recevront en outre de la criminologie et des sciences de l'homme une aide très précieuse sur les dosages à utiliser (3).

Mais il est certain que le problème qui se pose à nous aujourd'hui le fait sur le terrain des concepts techniques destinés à assurer la protection des valeurs. C'est là, estime le rapport introductif, le terrain d'élection du droit pénal; il y est chez lui, mais ne gagnerait-il pas à vérifier si cette technique ne va pas à l'encontre de données scientifiques désormais établies? L'hypothèse de travail est, très précisément, que « le droit pénal, à partir d'une conception anthropologique et psychologique dépassée, n'est plus en harmonie avec la criminologie et les sciences de l'homme ».

Le domaine assigné à la présente étude est celui de l'« élément moral ».

#### I. L'EMBARRAS DE LA DOCTRINE.

En dénonçant l'inadéquation du concept technique d'« élément moral de l'infraction », M. Pinatel a mis le doigt sur un point particulièrement sensible.

La doctrine se trouve en effet extrêmement embarrassée lorsqu'elle s'efforce de construire un système cohérent, complet et logique susceptible de rendre compte de textes législatifs fort concis et

(3) Nous ne sommes pas sûrs que la place de l'intérêt collectif aille en s'accroissant dans tous les domaines; l'individualisme paraît faire des progrès rapides dans le domaine de la famille et de la vie sexuelle pour ne parler que de ce secteur (sur le premier point, d'ailleurs, les textes d'incrimination réagissent).

d'une jurisprudence à la fois variée, confuse sur de nombreux points et évoluant pour certaines infractions.

Les auteurs français sont unanimes à vouloir maintenir le vieil adage familier aux juristes anglo-américains « Actus non sit reus nisi mens sit rea », mais l'antique façade tombe en ruines et des replâtrages plus ou moins habiles laissent inquiet sur la solidité de l'ensemble. Il n'y a peut-être pas une autre partie du droit pénal où le criminaliste se sente aussi mal à l'aise.

Le regretté Lebret, dans une des rares études doctrinales consacrées à ce difficile problème (4) avait souligné le silence des premiers commentateurs. En effet le Code pénal ne contient aucun texte (5) visant spécialement cet objet; la disposition la plus importante est l'article 64 et nous verrons combien elle est embarrassante. S'il est vrai, comme le prétend la doctrine, qu'il n'y a pas d'infraction sans élément moral, c'est au législateur de préciser dans chacun de ses textes d'incrimination en quoi consiste cet élément, comme il doit décrire l'élément matériel; or il se montre le plus souvent très laconique sur ce point.

Aussi ne faut-il pas s'étonner que les premiers commentateurs aient quelque peu négligé l'élément moral (6). Sa dénomination elle-même est souvent confuse. Il n'est pas rare de parler d'élément « intentionnel », et M. Pinatel persiste aujourd'hui encore dans ce rapprochement (« l'élément moral de l'infraction se concrétise dans la théorie de l'intention »).

Pour les criminalistes contemporains, l'intention n'est que l'un des degrés de l'élément moral. Il est certain que des notions sociologiques solidement ancrées, la croyance au libre arbitre, l'aspect rétributif de la répression, voulaient que cette dernière soit réservée à celui qui avait consciemment et volontairement commis le mal. Dans le code de 1810 les agissements punissables sur simple imprudence occupent peu de place; l'intention est la forme normale de la volonté coupable, et c'est elle que le législateur punit lorsqu'il parle des actions ou abstentions commises « volontairement ».

(4) « Essai sur la notion de l'intention criminelle », *Rev. Sc. Crim.*, 1938, p. 438; comp. MERCADAL, « Recherches sur l'intention en droit pénal », *ibid.*, 1967, p. 1.

(5) MAGNOL s'était étonné, commentant le projet de 1934, que celui-ci conserve le même silence au sujet d'une notion si importante et si controversée.

(6) LEBRET note que BERTAULD estimait que l'intention coupable devait être présumée chez l'auteur de l'acte et qu'au début du XX<sup>e</sup> siècle encore. DEGOIS ne connaît que des faits justificatifs.

Mais il a fallu séparer plus tard les « infractions intentionnelles » des « infractions non intentionnelles » ; certaines législations étrangères ont même voulu en faire leur *summa divisio*. Il a fallu constater ensuite que la seconde catégorie ne cessait de s'enfler et surtout, phénomène encore plus inquiétant, qu'elle se subdivisait ; non seulement la « faute » s'opposait au « dol », mais cette « faute » elle-même pouvait prendre, à côté de la forme ordinaire (imprudence, négligence) une forme beaucoup plus souple, plus vague, plus vide, plus inconsistante, celle de « faute contraventionnelle ». Or les infractions de cette catégorie deviennent de plus en plus nombreuses et l'interprétation jurisprudentielle minimise sans cesse l'élément moral (7).

Non seulement les degrés de l'élément moral se multiplient et se fondent les uns dans les autres, mais la portée juridique précise de cet élément perd de sa netteté. Quelle est la place de l'élément moral dans les rapports de ces notions dont le domaine exact apparaît mal au premier abord, et qu'il est difficile d'expliquer aux étudiants : responsabilité, imputabilité, culpabilité, capacité pénale (8) ?

Certains auteurs et certaines décisions vont jusqu'à parler d'« infractions matérielles » (9), ce qui semblerait indiquer que l'élément matériel et l'élément légal suffiraient seuls à constituer l'infraction. Mais la doctrine s'unit en général pour considérer qu'il n'y a là qu'une expression trop abrégée et que ces agissements (beaucoup de contraventions et de nombreux délits dits « contraventionnels ») comportent bien un élément moral ; on en donne comme preuve qu'ils cessent d'être punissables en cas de démence de leur auteur ou de force majeure (10).

La majorité de la doctrine estime donc que l'élément moral, ou psychologique, est constitué par une faute, laquelle peut être de nature et de gravité diverses. C'est la faute commise qui réalise la culpabilité de son auteur ; s'il n'y a eu aucune faute, il ne saurait y avoir responsabilité pénale au sens classique, mais tout au plus la

(7) Le recel est devenu, pratiquement, une infraction d'imprudence, et il en est de même, par exemple, de la tromperie sur la marchandise vendue, quoique la Cour de Cassation continue à affirmer bien haut qu'il s'agit d'infractions intentionnelles.

(8) GARRAUD, I, n° 267 et ss.; DONNEDIEU DE VABRES, n° 120 à 140, 322 à 378; BOUZAT et PINATEL, I, n° 119 à 126, 170 à 184, 222 et ss.; VIDAL et MAGNOL, I, n° 107 à 141 bis, 162 et ss.; MERLE et VITU, n° 431 et ss.; STÉFANI et LEVASSEUR, I, n° 190 à 209 bis, 278 et ss.

(9) Crim., 7 mars 1918, S. 1921-1-89; Crim., 17 novembre 1937, Gaz. Pal. 1937-2-942.

(10) ROUX, note S. 1928-1-33; DONNEDIEU DE VABRES, obs. Rev. Sc. Crim., 1937, p. 58; MAGNOL, obs. *ibidem*, p. 290; BOUZAT et PINATEL, I, n° 149 et 176; STÉFANI et LEVASSEUR, I, n° 205; MERLE et VITU, n° 473.

réaction sociale pourrait-elle prendre la forme d'une mesure de sûreté si les agissements reprochés laissent craindre un état dangereux chez le sujet.

Les degrés de la faute susceptible d'être retenue comme élément moral de l'infraction sont complexes. Le dol, élément moral des infractions intentionnelles, connaît de multiples nuances : dol général et dol spécial, dol aggravé par la préméditation, dol indéterminé, et surtout dol éventuel qu'il convient de distinguer de l'élément moral des infractions practerintentionnelles... Le seul point sur lequel la jurisprudence soit formelle lorsqu'il s'agit de ces diverses variétés, c'est qu'elles ne doivent pas être confondues avec les mobiles et que ceux-ci doivent rester parfaitement indifférents à l'existence de l'infraction. C'est là précisément un point sur lequel l'école positiviste, puis les criminologues dans leur ensemble, ont abondamment critiqué le système classique.

Quant à la faute non intentionnelle, c'est elle qui soulève les difficultés les plus graves. Depuis 20 ans combien de congrès scientifiques se sont penchés sur le problème des infractions non intentionnelles, des infractions « culpeuses », des atteintes dites « involontaires » à l'intégrité corporelle, pour essayer d'adapter notre système répressif aux besoins de la société contemporaine ?

Que l'article 319 C. pén., énumérant les causes de l'homicide involontaire, ait mentionné à côté de l'imprudence, de la négligence et de la maladresse, la simple inobservation des règlements, n'a pas été pour faciliter les choses, car l'imprudence s'est trouvée amenuisée du même coup au niveau de la *mens rea* des contraventions, lesquelles sont punissables, dit-on, communément, « malgré la bonne foi de leur auteur ». Cette même bonne foi, le droit pénal se refuse pareillement à en tenir compte lorsqu'elle provient d'une ignorance de la loi : « nemo jus ignorare censetur » ; la faute d'ignorance, simple négligence de l'individu, pourra servir de base à la condamnation, même pour une infraction intentionnelle.

Devant la multiplication des infractions non intentionnelles et particulièrement des délits contraventionnels, devant la rigueur du législateur et la sévérité d'une jurisprudence, qui, pour mieux assurer la répression, entend éviter de se pencher sur la psychologie et les mécanismes psychiques du prévenu, on en arrive à se demander s'il n'existe pas de plus en plus en notre droit une responsabilité sans faute, qui parfois même sera une responsabilité pénale du fait d'autrui (11).

(11) LÉGAL, « La responsabilité sans faute », *Mélanges Patin*, p. 129.

C'est précisément le moment où les criminologues ont poussé fort avant l'étude de la psychologie criminelle, la recherche des mobiles conscients et des motivations profondes, l'analyse de la dynamique du crime et du passage à l'acte; en sorte que les criminalistes, embrouillés dans un invraisemblable écheveau dont ils ne retrouvent pas le fil, sont bien embarrassés pour présenter une explication cohérente, alors surtout qu'ils se trouvent face à une jurisprudence retranchée derrière le triple rempart de l'accomplissement matériel d'un acte antisocial, de la règle « nul n'est censé ignorer la loi » et du système de la preuve par l'intime conviction. Comment les subtilités de l'*aberratio ictus* ou de l'*error personae*, les réalités concrètes incontestables des troubles de la conscience et le peu de cas que les tribunaux sont décidés à en faire, pourraient-elles ne pas donner l'impression que, sur ce point au moins, le droit pénal accuse un retard considérable sur les données de la science ?

Dans l'étude citée plus haut, Leuret constatait que la notion d'intention criminelle apparaissait « de plus en plus dépouillée de toute base concrète, ayant rompu toute attache avec les choses vivantes, avec les réalités; elle est à la fois peu précise et purement abstraite », et s'indignait des « solutions déconcertantes » du droit français. A cela, Leuret ne concevait pas de meilleur remède que de faire de l'état dangereux l'élément moral de l'infraction (12). Mais cette proposition a laissé fort réticents les meilleurs criminologues restés suffisamment juristes (13).

En effet les criminalistes qui mettent en parallèle responsabilité classique et responsabilité sociale, peines et mesures de sûreté, soulignent que si la peine ne peut intervenir en l'absence de l'élément moral de l'infraction, il n'en est pas de même de la mesure de sûreté, dont le choix ne repose précisément pas sur une appréciation de la faute.

M. Pinatel estime que la théorie classique de l'intention n'a pas, aujourd'hui, de fondement scientifique, car sa prise en considération impliquerait une étude générale et approfondie de la personnalité du délinquant. S'il en est ainsi c'est parce que les criminalistes (juges ou professeurs) ont une formation de civilistes, et raisonnent en civilistes, édifiant une construction systématique et par là même abstraite et artificielle (on peut penser que M. Pinatel est optimiste en prêtant aux juristes une théorie générale ordonnée de l'élément moral de l'infraction, qui reste à faire et qui s'avère

(12) *Op. cit.*, pp. 465 et 479.

(13) PINATEL, « La théorie pénale de l'intention devant les sciences de l'homme », *Mélanges Leuret*, p. 181.

précisément de plus en plus difficile à mesure que les sciences humaines font davantage de progrès).

Faut-il donc envisager de supprimer purement et simplement un élément moral décidément bien embarrassant ?

Pour examiner le problème qui nous est confié, il semble que le découpage établi par M. Pinatel, qui a nettement séparé le concept technique de responsabilité pénale de celui d'élément moral de l'infraction puisse être d'un grand secours.

Trop souvent, en effet, certains criminalistes sont tentés de lier les deux choses. Certes l'étude de l'élément moral prend place au chapitre (ou au titre) des éléments constitutifs de l'infraction, mais on retrouve généralement ses conséquences au chapitre de la responsabilité (14). Il est même possible de relever une certaine évolution de la doctrine, et un transfert de plus en plus net vers ce dernier secteur (15). Le pas décisif semble avoir été franchi dans le récent ouvrage de MM. Merle et Vitu (16); ces derniers auteurs n'hésitent pas à détacher l'élément moral de l'infraction proprement dite (17). Pour eux l'infraction est un acte purement objectif dont l'étude se limite à celle de ses conditions objectives d'existence : d'une part à sa structure juridique, et d'autre part à sa structure matérielle. Mais comme le note M. Stéfani (18), ce n'est pas à dire pour autant que l'élément moral n'ait plus rien de commun avec l'infraction : étranger à la constitution morphologique de celle-ci, il reste malgré tout nécessaire à sa répression, aussi le voit-on reparaître avec l'étude de la culpabilité, où il est envisagé comme un aspect psychologique de cette culpabilité (19).

C'est dans cette voie que nous serons tenté personnellement de nous engager; ne reconnaissant à l'élément moral qu'un caractère assez abstrait dans la structure juridique de l'infraction au stade de l'incrimination (où le législateur est nécessairement tenu à une

(14) VIDAL et MAGNOL, I, n° 107 à 141 *bis* d'une part, n° 162 à 184 d'autre part; DONNEDIEU DE VABRES, n° 120 à 140 d'une part, 332 à 378 d'autre part; BOUZAT et PINATEL, I, n° 119 à 126 (élément moral) d'une part, n° 170 à 184 (infractions intentionnelles et non intentionnelles) d'autre part, n° 222 à 269 (responsabilité pénale) enfin; STÉFANI et LEVASSEUR, I, n° 190 à 209 *bis* d'une part, n° 278 à 307 d'autre part; VOUIN et LÉAUTÉ, pp. 203 à 222 d'une part, 266 à 277 d'autre part.

(15) Voir en particulier, VOUIN et LÉAUTÉ, *op. cit.*

(16) Voir déjà la présentation de l'« imputabilité » par M. MERLE dans son « Droit pénal général complémentaire », pp. 181 à 300.

(17) p. 260.

(18) Compte rendu du Traité de MM. MERLE et VITU, *Rev. Sc. Crim.*, 1968, p. 182.

(19) p. 425.

objectivité très forte) nous pensons que les acquisitions des sciences de l'homme et de la criminologie doivent exercer leur influence au stade de la décision judiciaire, qui doit être nécessairement de plus en plus subjective.

## II. RÉFLEXIONS.

A. Sans doute convient-il de partir du texte le plus important en la matière, l'article 64 du Code pénal. Les conditions précises de son libellé et de son adoption restent assez obscures, et on lui fait dire a contrario peut-être davantage que ce que ses auteurs y avaient mis (20). Son examen suscite deux sortes de réflexions.

1. La formule initiale « il n'y a ni crime ni délit », a soulevé depuis la fin du siècle dernier, les critiques de la doctrine. Autant on reconnaît l'exactitude de cette même formule pour les faits justificatifs des articles 327 et 328 (puisque la justification fait disparaître exceptionnellement, dans ces conditions objectives bien précisées, l'élément légal de l'infraction), autant on la critique dans le cas de la démence. L'infraction existe bien, dit-on, puisque le complice du dément est exposé aux poursuites, ce qui suppose un fait principal punissable; ce n'est pas la criminalité de l'acte qui a disparu, comme en cas d'existence d'un fait justificatif, mais seulement la culpabilité de l'un des participants. Et cet argument prend encore plus de force depuis le code de procédure pénale, dont l'article 474 al. 2 permet de condamner aux frais du procès le prévenu acquitté pour cause de démence.

Pour soutenir la correction juridique de l'article 64, il faut dire que, du fait de la démence, un élément de l'infraction fait défaut, précisément l'élément moral; par suite, faute d'un des éléments constitutifs requis, il est exact de dire que l'infraction n'est pas réalisée. Mais précisément là est tout le problème. Le code pénal a-t-il voulu régler ici une question de structure juridique de l'infraction, ou bien plutôt une question de responsabilité, en fait l'irresponsabilité pour défaut de culpabilité ? Mais cette référence à la faute ne fait que déplacer l'élément moral et non le supprimer. Au surplus n'est-il

(20) On peut se demander, quand on se rappelle l'attrait de la procédure pénale britannique sur le législateur révolutionnaire, si l'article 64, illustrant à l'avance les dispositions de l'article suivant sur l'interdiction des excuses et mitigations en dehors des prescriptions légales (on remarquera au surplus que ce dernier texte se place davantage au stade de la sanction judiciaire qu'à celui de la structure de l'infraction), n'a pas voulu consacrer l'une des « défenses » que le droit anglais, à la différence de notre droit actuel (car l'ancien droit inclinait lui aussi en ce sens), systématise avec soin.

pas troublant que, devant la Cour d'Assises, les faits justificatifs apparaissent eux aussi au stade de la culpabilité ? C'est en répondant négativement à la question de culpabilité que la Cour d'Assises (hier le jury) admettra implicitement soit le fait justificatif, soit la cause de non imputabilité; ni pour l'un ni pour l'autre on ne posera de question spéciale, et il y a peut-être dans cette technique quelque chose de fâcheux, qui contribue à la confusion.

La querelle rebondit si l'on se place au point de vue de la preuve de la démence. Si l'équilibre mental est un élément de l'infraction, c'est au ministère public de démontrer son existence. Or la jurisprudence ne l'entend aucunement de cette façon, peut-être par une application (bien abusive en droit pénal) de l'adage « reus in exceptione fit actor ». Elle paraît sous-entendre une présomption que le droit anglo-américain (si chatouilleux pourtant sur la présomption d'innocence) n'hésite pas à consacrer expressément; mais dans la conception qui fait de la démence une « défense » parmi beaucoup d'autres, la solution adoptée est plus logique qu'en droit français.

L'embarras risque encore d'augmenter si l'on se souvient que faits justificatifs ou causes de non imputabilité mettent fin, les uns comme les autres, à l'action publique dès qu'ils sont établis, par opposition aux excuses absolutoires qui n'interviennent que devant la juridiction de jugement, donc au stade de la sanction, et, pour cette cause d'impunité, il n'est pas douteux que l'infraction soit juridiquement constituée (21).

2. L'article 64 suscite une autre cause de gêne. Il met sur le même plan la démence et la contrainte. Or le dément, dans la conception de l'article 64, ne se rend pas compte de ses actes, il ne sait ce qu'il fait, sa volonté n'a pas de sens ou plutôt pas d'existence. Celui qui fait l'objet d'une contrainte n'a pas une volonté libre, mais il a une volonté, « qui mavult, vult ».

Et ceci présente un intérêt sur le plan des mesures de sûreté. On enseigne couramment que la cause de non imputabilité diffère du fait justificatif en ce que le second entraîne une relaxe pure et simple (et presque des félicitations car son acte n'était pas antisocial et il a au contraire suppléé heureusement à la défaillance de l'autorité publique), alors que la première peut laisser place à une

(21) On notera le changement de terminologie entre le Traité théorique et pratique de droit pénal du doyen BOUZAR, et le Traité de droit pénal et criminologie du même auteur associé à M. PINATEL. Alors que l'édition précédente parlait de « causes d'irresponsabilité » (n° 214), la nouvelle parle de « causes de non imputabilité » (n° 233) et subdivise celles-ci en causes de non culpabilité d'une part et faits justificatifs d'autre part.

autre forme de réaction sociale s'il y a état dangereux. Malheureusement, on prend toujours l'exemple de la démence; en effet on ne voit pas très bien pourquoi on prendrait des mesures de sûreté à l'encontre de celui qui a agi par contrainte (à moins de trouver des mesures de nature à empêcher que cette même contrainte s'exerce de nouveau sur lui)...

B. D'autres réflexions peuvent être puisées dans un examen de la jurisprudence sur les infractions non intentionnelles (22). L'imputabilité paraît bien dépendre de l'appréciation portée sur la personnalité du sujet qui, par hypothèse, a commis matériellement un acte antisocial, notamment un dommage dit « involontaire ». Cet individu a-t-il commis une faute ?

Il n'est guère contestable que, pour le savoir, la jurisprudence apprécie le comportement du prévenu par comparaison avec celui d'un modèle fortement abstrait, celui du citoyen éclairé, discipliné, prudent, avisé, etc. Le juge incrimine ici l'inertie du psychisme du prévenu qui n'a pas fait ce que le robot modèle, le justiciable « lambda » aurait fait; le prévenu ne s'est pas comporté comme un membre moyen de la société doit le faire.

Il est piquant de constater que le même procédé est employé pour l'application de l'article 64 lui-même. Lorsqu'il s'agit de la contrainte, et en dépit du texte formel de la loi (... « par une force à laquelle il n'a pu résister ») la jurisprudence fait incontestablement de la notion de contrainte une appréciation presque entièrement objective; elle se souvient ici de l'adage « qui mavult, vult ». Il y a défaillance coupable à ne pas avoir résisté comme un homme normal l'aurait fait.

De même l'application de la règle « Nemo jus ignorare censetur » procède de la même appréciation objective et abstraite. L'homme normal connaît l'existence et le sens des lois et des règlements; il sait qu'il a le devoir de s'informer. Bien heureux sera le prévenu si le tribunal veut bien reconnaître qu'un homme normal, s'étant enquis auprès des services compétents, aurait été, lui aussi, induit en erreur; alors peut-être pourra-t-il bénéficier sinon de l'adage « error communis facit jus » (car l'apparence n'est pas admise en droit pénal) tout au moins de l'« erreur invincible » dont il a été victime (23). D'une façon générale la jurisprudence exige, aussi bien

(22) Voir l'ouvrage à paraître de M. DASKALAKIS sur la notion d'unité ou de pluralité d'infractions (chapitre sur l'imputabilité). Adde : Franchimont, « Notules sur l'imputabilité », *Rev. dr. pen. et criminologie*, 1962.

(23) Voir : COURTURIER, « L'erreur de droit invincible en matière pénale », *Rev. Sc. Crim.*, 1968, p. 547.

# CONTINUED

## 1 OF 2

en ce qui concerne la connaissance de la loi que la façon de se comporter, que l'on fasse preuve du degré de diligence normalement requis dans les relations humaines.

Ainsi, le contenu de l'imputabilité n'est pas véritablement d'ordre psychologique (constatation d'un état psychique de l'auteur) mais d'ordre normatif : l'auteur est responsable non parce qu'il a voulu l'acte, mais parce qu'il aurait dû ne pas le vouloir. La « faute » ne consiste pas dans le jugement de réalité que l'auteur a voulu son acte, mais dans le jugement de valeur qu'il aurait pu et dû ne pas le vouloir.

De même la contrainte n'exclut pas la volonté, elle rend simplement l'agent excusable d'avoir manifesté cette volonté.

Certains auteurs (24) ont justifié cette position jurisprudentielle en faisant remarquer que le droit pénal accomplissant une mission sociale et non une mission morale, il était naturel qu'il tînt compte du pouvoir de l'homme socialement normal et non pas des capacités individuelles. Au surplus, dit-on, puisque la faute consiste à s'être montré défaillant par rapport au membre social normal dans les relations humaines (relations dont le déroulement paisible constitue la mission du droit pénal), le tribunal constate l'infériorité sociale du prévenu, sa « sub-socialité » ; et par là ne se rapproche-t-on pas des sciences criminologiques, tout en restant sur le terrain propre au droit pénal ? Celui-ci, en effet, est une discipline normative, attachant une conséquence juridique à une certaine attitude humaine vis-à-vis d'une norme.

L'appréciation du sujet pour *ce qu'il a fait* déterminera l'existence de la sub-socialité (transformation de l'élément moral de l'infraction) ; l'appréciation de ce même sujet pour *ce qu'il est* déterminera au contraire la quantité ou le degré de sa sub-socialité, et par suite la nature et l'ampleur de la réaction sociale, laquelle devra avoir pour but la resocialisation de ce sujet.

### III. SUGGESTIONS.

Il semble en définitive souhaitable de reconnaître une scission (et celle-ci contribuera à justifier la fameuse scission du procès pénal en deux phases) entre le délinquant que le législateur considère abstraitement pour lui imputer une infraction dont il a déterminé dans son texte d'incrimination la structure matérielle, et le délinquant concret que le juge va avoir sous les yeux.

(24) DASKALAKIS, *op. cit.*

N'est-ce pas Prinz qui disait déjà (25) que si le rôle de l'Etat est de protéger l'ordre social par ses incriminations, qu'il établit de façon aussi objective que possible, le rôle du juge, lui, est d'appliquer la forme voulue (et légalement possible) de réaction sociale de façon très largement subjective. L'individualisation de la peine est souhaitable et possible; l'individualisation des incriminations n'est ni l'une ni l'autre.

Mais il y a un « élément moral » dont le législateur doit cependant exiger la présence pour l'application d'une peine au sens classique (sans en faire obligatoirement un élément de l'infraction), c'est cette « capacité de comprendre et de vouloir » en laquelle tous les auteurs s'accordent à voir le degré liminaire au-dessous duquel le comportement délictueux ne saurait relever du droit pénal mais tout au plus de soins hospitaliers ou de l'aide sociale. Il s'impose même en cas d'infraction contraventionnelle, hypothèse où la hantise d'avoir à trouver une faute a conduit à admettre l'existence d'une faute présumée (26).

En effet, le fameux arrêt de la Cour de Cassation qui a donné droit de cité en France à l'expression « capacité de comprendre et de vouloir » (27), en se référant, pour ce faire, aux « principes généraux du droit », a précisément décidé qu'à défaut de cette capacité il n'y avait pas d'infraction, et par suite qu'aucune mesure ne pouvait intervenir à l'encontre d'un mineur en bas âge (ce qui aurait été possible au contraire en cas de cause de non-imputabilité telle que la démence ou la minorité de moins de 13 ans). Ainsi cet élément irréductible constituerait-il le degré minimum de l'élément moral indispensable à la structure juridique de l'infraction (28). Il constituerait le support indispensable de toute culpabilité.

L'équilibre mental minimal ou une certaine maturité (fixée objectivement et abstraitement à 13 ans par notre législation) sont donc nécessaires pour qu'il y ait infraction quel que soit le comportement antisocial de l'agent.

A cela doit s'ajouter au moins la possibilité humaine de connaître la loi et de se conformer à celle-ci (possibilité que le législateur fait apprécier par référence au modèle abstrait du bon citoyen normal).

(25) *Science pénale et droit positif*, p. 168.

(26) Cette outrage, où nous sommes tombés nous-mêmes à maintes reprises, est imputable à un juridisme excessif et à une fâcheuse influence des concepts du droit civil; elle a été, en tout cas, acceptée par d'éminents privatistes (MAURY, *Mélanges MAGNOL*, p. 316).

(27) *Crim.*, 13 décembre 1956, D. 1957-349, note Patin.

(28) *Comp. MERLE et VITU, loc. cit.*, et not. n<sup>os</sup> 446 et 447.

Il est évident que dans certains cas le législateur, gardien des valeurs sociales peut estimer inutile de sévir si une certaine intention mauvaise ne vient pas se joindre au comportement réprimé, ou au contraire peut juger opportun de renforcer la répression si une telle intention existe. On ne peut pas interdire au législateur de tenir compte de cet état psychologique, mais il est clair qu'il ne pourra le faire que de façon objective.

Il est arrivé que le législateur le fasse de façon assez claire (surtout pour les infractions anciennes; et encore la jurisprudence n'hésite pas, souvent, à dénaturer son texte). Parfois son adoption d'un élément moral suffisamment étoffé sera simplement implicite et ne résultera que de la nature des agissements incriminés (29), ce qui laissera à la jurisprudence une liberté d'évaluation encore plus large. Rien d'étonnant par suite à ce qu'en cas de silence de la loi, elle ait de plus en plus tendance à admettre que l'infraction est « matérielle ».

C'est en effet une constatation commune que l'accroissement contemporain des infractions de cette catégorie. Il est logique qu'à partir du moment où les pouvoirs publics multiplient à l'infini les obligations pénalement sanctionnées (et, pour faire bonne mesure, ils font appel aux sanctions correctionnelles si les sanctions de police, dont le plafond a été pourtant singulièrement relevé en 1958, paraissent insuffisantes), le manquement apparaisse à peu près aussi inévitable pour le justiciable moyen que l'imprudence de l'ouvrier d'usine ou celle de l'usager de la route, en sorte que la notion de faute devient singulièrement diluée. De là à la responsabilité pénale sans faute, il n'y a plus qu'un pas, et voilà le champ libre ouvert à la responsabilité sociale et à toutes les mesures de réadaptation.

C'est un fait que la loi s'est occupée quasi exclusivement de l'élément matériel; dès lors les juges, tenus étroitement en lisière par la description de cet élément matériel, ne peuvent jouer que sur l'élément moral (et ne s'en privent pas) pour parvenir à sanctionner tous les comportements matériellement incriminés. Plus l'élément matériel est mince, plus l'élément moral prendra de place, remplissant le vide du précédent : l'exemple de l'homicide et des blessures involontaires est significatif (30). Pourtant ce délit n'est pas « matériel », il exige une « imprudence »; mais le même phénomène se constate pour certaines infractions intentionnelles (31).

(29) *MERLE et VITU*, n<sup>o</sup> 449.

(30) Voir aussi, à un moindre degré, l'abstention de porter secours.

(31) Voir les exemples précités du recel ou de la tromperie sur les marchandises vendues.

Ainsi est-ce finalement le juge qui, grâce à ce travail habile, que lui facilitent au surplus la règle de l'intime conviction et son appréciation souveraine des faits, remodèle à sa guise les infractions édictées par le législateur.

Mais si le juge rend systématiquement l'élément moral encore plus abstrait que le législateur n'avait voulu le prévoir, vidant le concept juridique d'infraction de la quasi totalité de son contenu humain, vécu et concret, par contre, une fois affirmée la culpabilité dans une décision dont on critique volontiers la rigueur, il se montre tout disposé à rechercher la sanction adéquate en tenant un large compte de la personnalité du prévenu. Il a d'ailleurs pour cela toute latitude; le législateur ne lui a-t-il pas remis à cette fin, par les transformations successives de l'article 463 C. pén. les pouvoirs les plus étendus ? Il conviendrait peut-être cependant que, pour tenir compte des dernières acquisitions des sciences humaines, sociales et criminologiques, la Cour de Cassation (ou au besoin le législateur) lui reconnaisse plus de latitude dans le choix des obligations spéciales imposées au probationnaire.

\*\*

Dans la situation présente, et dans l'esprit du présent Colloque, il est sans doute moins utile de conclure que d'essayer de présenter un inventaire, bien incomplet, des principaux aspects de notre droit positif (32).

Il est bien difficile de discerner la voie où le droit pénal devrait s'engager. La doctrine la plus récente paraît laisser une place à l'élément moral, considéré objectivement et de façon largement arbitraire de la jurisprudence (qui paraît avoir de l'appréciation moyen, une idée que les sciences de l'homme ne confirment peut-être pas entièrement).

Cette place laissée dans la structure de l'infraction, mais qu'il faudrait sans doute assouplir sur certains points où la jurisprudence, voire la loi, paraissent inhumaines et choquantes (33), devrait être complétée, au stade du jugement, par une prise en considération

(32) Encore nous sommes-nous dispensés d'entrer dans le détail des variétés de dol, et notamment du dol éventuel. Au sujet de ce dernier, il faut seulement constater que législateur et jurisprudence incriminent et condamnent en fonction du comportement que l'homme modèle abstrait aurait eu (cas de l'ivresse par exemple).

(33) Par exemple sur la prise en considération des mobiles, auxquels le législateur italien a fait aisément place.

aussi large que possible de la personnalité intégrale de celui qu'une référence à un modèle abstrait a fait considérer comme coupable. C'est en fonction de sa « capacité pénale » (pour prendre une expression redevenue nouvelle (34) que le « délinquant » (même s'il doit subir une peine et pas seulement une mesure de sûreté) devra se voir appliquer une forme de réaction sociale destinée à son traitement, à sa réadaptation, voire parfois à sa neutralisation au moins temporaire.

En organisant ainsi le régime « répressif », le droit pénal effectuerait-il un « repliement sur soi-même » ? En allant plus loin pourrait-il rester fidèle à son rôle normatif et à sa fonction sociale ? C'est au Colloque d'en décider (35).

\*\*

(34) Sur cette expression, cf. STANCIU, « La capacité pénale », *Rev. dr. pen. et criminologie*, 1938, p. 854; BOUZAT, 2<sup>e</sup> Cours international de criminologie (état dangereux) Paris, 1953, p. 374; MERLE et VITU, n<sup>o</sup> 474.

(35) Rappelons que dans son article des *Mélanges LEBRET* (p. 193) M. PINATEL mettait en lumière « l'importance de la distinction de l'incrimination et de la pénalité en procédure », et concluait : « C'est sur cette distinction qu'il faut baser la division du procès pénal en deux phases : celle de la conviction et celle de la sentence, distinction sans laquelle la confusion risque de régner longtemps dans l'application du droit pénal ».

# Le concept de responsabilité pénale

PAR

*M. Jean-Marie AUSSEL*

*Professeur à la Faculté de Droit  
et des Sciences Economiques de Montpellier*

Le thème de ce rapport me paraît présenter deux ambiguïtés ou difficultés fondamentales :

— D'abord, le concept de responsabilité pénale recouvre des notions qui, en droit pénal, sont imparfaitement définies et connaissent des appellations flottantes, si bien que les problèmes abordés dans ces quelques pages risquent fort de se recouper avec ceux présentés dans le rapport consacré à l'élément moral de l'infraction.

En effet, pour certains pénalistes, le terme « élément moral de l'infraction » englobe tout ce qui n'est pas « matériel », c'est-à-dire tout ce qui a trait à l'exploration de la mentalité et de la personnalité du délinquant, donc aussi bien les problèmes de l'intention que ceux de la responsabilité, de l'imputabilité et de la culpabilité.

Pour d'autres, au contraire, le terme « élément moral » désignerait uniquement la question de l'intention et de la faute pénale. On sait que le droit français exige que l'acte antisocial commis ait été l'œuvre de la *volonté* de son auteur : l'élément moral, au sens strict, serait alors simplement la *faute*, soit intentionnelle, soit non intentionnelle (faute pénale proprement dite), que l'on doit toujours relever chez un délinquant pour pouvoir mettre en jeu la répression.

La *responsabilité* pénale serait, elle, l'obligation de *répondre* de ses actes délictueux et, partant, de subir les sanctions prévues par la loi. Elle serait très proche de la notion d'*imputabilité*, c'est-à-dire de la possibilité de mettre l'acte antisocial au *compte* de celui qui l'a commis. La responsabilité pénale découlerait ainsi de la capacité personnelle de comprendre et de vouloir.

Pour d'autres encore, la responsabilité pénale serait un terme très général qui engloberait à la fois la culpabilité (l'élément moral stricto sensu) et l'imputabilité : elle ne se trouverait donc réalisée que si les deux éléments étaient réunis. Pour que la sanction pénale puisse intervenir, on exige, d'une part, une faute et, d'autre part, des facultés mentales ayant fonctionné de façon relativement correcte : à la fois la culpabilité, c'est-à-dire un certain rapport entre le sujet et son acte, et l'imputabilité) c'est-à-dire une appréciation du sujet lui-même indépendamment de son acte.

Pour ma part, je m'attacherai à peu près exclusivement à la notion d'imputabilité, qui me paraît être le cœur du concept de responsabilité pénale : l'auteur d'une infraction est responsable parce que l'acte peut lui être imputé. Une fois l'infraction constituée avec ses éléments classiques, le juge ne peut prononcer la sanction normalement encourue que s'il estime que l'individu était apte à saisir la portée de son acte et à agir librement. Sinon, l'infraction ne pourra pas être mise à son compte et il sera irresponsable.

— La deuxième source d'ambiguïté provient de l'idée même de responsabilité. En effet, ce concept, parmi toutes les notions qu'utilisent les sciences sociales et les sciences humaines, est un des plus difficiles à cerner : c'est un de ces mots courants, employés par tous, un terme familier qui atteint chacun en son centre le plus profond, mais qui, finalement, se révèle à l'analyse plutôt inconsistant; en tout cas, il prend des significations diverses selon la personne qui l'emploie.

La notion de responsabilité apparaît même à certains comme un concept d'un autre âge, comme une sorte de hochet dérisoire pour sociétés non encore majeures, engluées dans une ère théologique ou métaphysique. Ou encore, on réduit la responsabilité à un vague sentiment subjectif, sans doute illusoire, qui masque des déterminismes implacables. Et, d'ailleurs, toujours sous-jacente, sans cesse enterrée et sans cesse renaissante, la vieille querelle du libre arbitre et du déterminisme (que tout le monde déclare vouloir écarter en la disant dépassée) se dresse en véritable toile de fond de tout problème de responsabilité.

Le présent rapport n'a nullement la prétention de renouveler la question ou de jeter une lumière crue sur des notions complexes et controversées. Je me bornerai à faire quelques constatations simples et à poser des problèmes, laissant aux congressistes le soin de préciser et d'approfondir les points de vue et de discuter. Ce colloque, à mon avis, ne peut avoir qu'un caractère expérimental et ses travaux, en apparence très ambitieux, seront utiles dans la mesure où ils permettront la confrontation de mentalités divergentes. Ce rapport lui-même n'est qu'une sorte d'introduction, de base de discussion, et non une étude fouillée et complète. D'ailleurs, pour ce problème de la responsabilité, l'exploration de l'immense littérature existante est particulièrement décevante (c'est du moins mon impression). En définitive, j'avoue avoir été incapable de percevoir quelles sont les données et les conclusions sûres des sciences de l'homme en la matière : on peut déceler quelques orientations, des perspectives, mais les certitudes scientifiques sont à peu près inexistantes.

Les criminalistes sont souvent plus désireux qu'on ne le croit de réformer le droit pénal en fonction des progrès réalisés par les sciences humaines. Encore faut-il que les données scientifiques qui pourraient les amener à modifier leurs concepts soient suffisamment claires et sûres, sinon ils demeurent perplexes et insatisfaits...

Je vais donc me borner à résumer des positions, à évoquer des suggestions, à poser des questions, en envisageant d'abord le concept traditionnel de responsabilité pénale, puis les possibilités de rénovation de ce concept en fonction de certains apports des sciences de l'homme.

## I

### LE CONCEPT TRADITIONNEL DE RESPONSABILITE PENALE

La notion de responsabilité pénale, telle que nous la connaissons encore aujourd'hui dans de nombreux droits pénaux, a été forgée au cours des siècles, mais a été formulée de la manière la plus achevée et la plus pure à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle et au début du XIX<sup>e</sup>, à la lumière d'une certaine conception de l'homme élaborée avant le développement de la plupart des sciences humaines modernes. Elle est ainsi le reflet de l'anthropologie alors existante, qui, elle-même, était l'aboutissement d'une longue évolution de la notion de responsabilité en général.

## A. LA FORMATION DU CONCEPT DE RESPONSABILITÉ PÉNALE.

— Dans les sociétés archaïques ou primitives, la responsabilité se présentait essentiellement sous un aspect collectif, objectif et automatique :

La répression à l'égard des délinquants était dominée par la croyance en une action permanente des forces surnaturelles, et elle était réglée sur l'organisation sociale qui se caractérisait par une très forte cohésion du groupe. Les faits criminels étaient attribués aux puissances surnaturelles qui agissaient par l'intermédiaire d'être variés, hommes surtout, mais aussi animaux et objets. Les sanctions répressives avaient pour but principal d'éliminer le désordre introduit au sein du groupe social par les actes délictueux, sans aucune prise en considération de l'individu (1).

L'auteur de l'acte délictueux, s'il était connu, était considéré comme automatiquement responsable. Il était « frappé en tant qu'agent vecteur du mal, sans qu'il y ait lieu de rechercher des circonstances atténuantes ou aggravantes à travers l'analyse de ses motivations : car la personnalité du coupable disparaît devant son acte » (1). Le professeur Poirier remarque que la responsabilité archaïque retient l'acteur, celui par le fait duquel le préjudice a été cause, plutôt que l'auteur, celui par la faute duquel il y a eu dommage (2). La responsabilité était objective, en ce sens du moins qu'elle était fondée sur l'acte et non sur la personne.

Plus précisément encore, la société archaïque attachait la responsabilité au personnage social et non à la personne; elle tenait compte des caractères externes et non pas internes de la personnalité du délinquant : « Ce qui l'intéresse n'est pas l'homme saisi dans ses motivations psychiques, l'être individuel, c'est l'homme en tant que membre du groupe, et défini par un système de références qui s'attache à la qualité sociale du sujet, à sa condition d'articulation avec le groupe » (3).

— L'évolution du concept de responsabilité pénale semble apparaître dans les sociétés de l'Antiquité. On peut déceler une affirmation progressive de la responsabilité individuelle dans diverses civilisations, notamment au sein du peuple hébreu, et surtout en Grèce et à Rome (4).

(1) Cf. LEVY-BRUHL in « La responsabilité pénale », Travaux du colloque de philosophie pénale de Strasbourg, 1959, pp. 35 à 48.

(2) M. POIRIER, « Les caractères de la responsabilité archaïque », in « La responsabilité pénale », op. cit., p. 22.

(3) M. POIRIER, op. cit., p. 32.

(4) J. GAUDEMET, « Le problème de la responsabilité pénale dans l'Antiquité », in « La responsabilité pénale », op. cit., p. 51 et suiv.

En dépit de la persistance des notions archaïques, les autorités sociales se livrent à une analyse de la volonté du délinquant et découvrent les notions de faute et d'intention. Peu à peu, on écartera la sanction lorsqu'on se trouvera en présence d'un fou, d'un impubère, ou lorsqu'il y aura légitime défense.

Les penseurs chrétiens, en particulier saint Augustin, auront tendance à scruter psychologiquement la mentalité du délinquant ou du pécheur. L'essentiel du concept de responsabilité pénale est alors dégagé : il y a responsabilité si l'individu a agi avec intelligence et volonté. Et il y a volonté dès lors que l'acte est fait librement, en connaissance de cause.

— Le droit canonique médiéval, à partir du concept déjà mis en lumière, a ébauché une doctrine de la responsabilité pénale (5). L'auteur de l'infraction, s'il est convaincu de l'avoir commise, ne peut être puni que s'il a été moralement responsable de l'acte. Au XII<sup>e</sup> siècle et plus encore au XIII<sup>e</sup> siècle, il semble que la notion de contingence bouscule vigoureusement les notions archaïques subsistantes, pour mettre au premier plan la volonté dans l'acte délictueux. Alors que le monde authentiquement primitif ignore le hasard et la contingence (« Son univers, écrit M. Poirier, est omnisciant : tout geste, tout acte, a un sens, est susceptible d'une sanction; rien n'arrive qui ne soit l'expression d'une volonté : celle de l'auteur de l'acte, ou celle du pouvoir invisible qui en est l'instigateur » (6)), le monde médiéval tend avec force à admettre qu'un phénomène donné peut être le résultat de facteurs non significants.

Il s'agit là d'un progrès très important : on fait un partage fondamental entre tous les phénomènes : ceux qui sont l'expression de la volonté d'un être, et ceux qui sont la conjonction de forces matérielles. Dès lors, la volonté est la condition primordiale à toute imputabilité, donc à la responsabilité pénale, qui est devenue ainsi une responsabilité éminemment subjective.

Saint Thomas s'efforcera de préciser ce concept de responsabilité pénale. Il le fera surtout en moraliste, mais en introduisant toutes sortes de nuances et en manifestant souvent un tempérament de criminologue (7). Il insiste certes sur la liberté fondamentale de l'homme, et il affirme que c'est en tant que l'acte est volontaire, siège d'une volonté perverse, qu'il est coupable et qu'il engage la responsabilité morale. Mais il analyse aussi toute la gamme des autres

(5) Abbé METZ, « La responsabilité pénale dans le droit canonique médiéval », in « La responsabilité pénale », op. cit., p. 83 et suiv.

(6) POIRIER, op. cit., p. 33.

(7) M. VILLEY, « La responsabilité chez saint Thomas », in « La responsabilité pénale », p. 117 et suiv.

facteurs qui concourent à la réalisation de l'action (le caractère, le corps, l'infirmité, les influences sociales...), et qui sont pour lui autant de facteurs d'atténuation de la responsabilité morale. Cependant, saint Thomas n'identifie pas absolument, comme on le fera si souvent au XIX<sup>e</sup> siècle, la responsabilité *morale* et la responsabilité *pénale* : pour lui, la responsabilité morale ne peut être appréciée en définitive par aucun tribunal humain; en jugeant les délinquants, on doit se contenter d'une approximation avec le concept de responsabilité pénale.

Dans les siècles qui ont suivi, et en particulier au XVIII<sup>e</sup> siècle, on va réduire le concept de responsabilité pénale à une notion claire, mais qui nous apparaît aujourd'hui particulièrement simpliste et artificielle, ou du moins qui correspond à une image de l'homme qui ne peut plus nous satisfaire.

#### B. LE CONTENU DU CONCEPT TRADITIONNEL DE RESPONSABILITÉ PÉNALE.

Il s'agit d'une notion simple, puisqu'on isole à un instant donné un élément de la vie psychique du délinquant, indépendamment de l'ensemble de la personnalité et de l'histoire vécue par l'individu.

● La responsabilité pénale est liée à la *liberté morale* du délinquant au moment où il a accompli l'acte délictueux. Elle est fondée sur le postulat métaphysique du libre arbitre. Seul l'individu qui a agi avec une volonté libre et une conscience lucide peut être déclaré responsable pénalement et subir une condamnation. On se réfère indiscutablement à la vision d'hommes égaux en droit et en fait, la plupart du temps raisonnables, et parfaitement maîtres de leurs actes et de leurs choix.

De façon plus technique, le délinquant sera responsable pénalement si, d'une part, il est coupable (s'il a commis une faute, qui est un exercice défectueux de ses facultés mentales), et si, d'autre part, l'acte lui est imputable, c'est-à-dire si l'on peut le mettre à son compte (et on pourra le mettre à son compte dans la mesure où il aura agi avec des facultés mentales à peu près intactes ou normales).

● Une telle conception de la responsabilité pénale a un caractère très *individualiste* conformément à la mystique de l'époque et au dogme de l'autonomie de la volonté. Chaque individu, « présumé libre de ses décisions, répond du choix fait à la croisée des chemins quand se sont ouvertes à lui, également larges, les voies du Bien et du Mal » (8).

(8) J. LÉAUTÉ, Introduction à l'ouvrage collectif « *La responsabilité pénale* », *op. cit.*, p. 5.

● La responsabilité du délinquant est appréciée à l'instant précis de la commission de l'infraction : elle a un caractère *instantané*. On prélève en quelque sorte, dans la vie du délinquant, une tranche très courte, et même toute l'attention de la justice se concentre sur un moment de très faible amplitude, l'instant de l'infraction. D'un point de vue extérieur et abstrait, le juge se livre à une analyse psychologique (ou apparemment psychologique) très élémentaire.

● En conséquence, la répression ne pourra s'exercer chaque fois que la preuve sera rapportée que l'individu n'a pas agi avec une conscience lucide et une volonté libre : la démence, la contrainte, et même le fait d'être mineur de dix-huit ans, sont des causes d'irresponsabilité pénale.

Et c'est pourquoi, en principe, dans la logique interne du système, la responsabilité pénale n'est pas susceptible de degrés : ou bien l'individu est dément, ou bien il ne l'est pas; ou bien le délinquant a agi sous l'influence d'une contrainte irrésistible, ou bien il a agi avec une volonté libre; ou bien encore le mineur a commis l'infraction avec discernement, ou bien il a opéré sans discernement. Le juge pénal doit donc se désintéresser de tout délinquant qui n'a pas agi avec conscience et volonté.

Le concept traditionnel de responsabilité pénale a été assoupli certes avec les doctrines néo-classiques du XIX<sup>e</sup> siècle qui ont essentiellement introduit la notion de responsabilité atténuée et fait jouer aux circonstances atténuantes un rôle très important. Mais, ce faisant, les pénalistes se placent toujours dans le cadre d'un système qui veut une sanction proportionnée à la gravité de la faute et à l'ampleur de la responsabilité morale.

## II

### VERS UN NOUVEAU CONCEPT DE RESPONSABILITÉ PÉNALE.

La notion classique de responsabilité pénale connaît depuis longtemps une défaveur considérable auprès d'un certain nombre de juristes, mais plus encore auprès de nombreux criminologues et spécialistes des sciences humaines. On lui adresse des critiques virulentes en soulignant à quelle anthropologie dépassée et simpliste elle se rattache. Et, en effet, rien n'est plus facile que de mettre en lumière le caractère artificiel et anachronique d'un concept qui entraîne des conséquences souvent peu favorables au traitement

des délinquants et à la poursuite d'une politique criminelle efficace.

Seulement, si la contestation en ce domaine est quasi générale, elle n'aboutit guère, me semble-t-il, à des propositions concrètes, réalistes, utilisables par les magistrats. En tout cas, la substitution au notionnel ancien d'un concept technique nouveau apparaît comme une tâche très délicate, d'autant plus que les divergences, parmi les spécialistes, sont nombreuses et souvent inconciliables.

Je me contente ici d'évoquer quelques-uns de ces problèmes, envisageant, d'abord, les critiques qui sont adressées au concept traditionnel, ensuite un certain nombre de propositions qui sont faites pour tenter de mettre le concept de responsabilité en harmonie avec les données scientifiques modernes.

#### A. CRITIQUES PRINCIPALES ADRESSÉES AU CONCEPT TRADITIONNEL :

● La critique la plus générale porte sur l'a priori philosophique qui est la clef de voûte du système classique : la croyance au libre arbitre. Point n'est besoin d'insister, me semble-t-il, sur les objections maintes fois formulées à l'égard d'une telle doctrine métaphysique, à la fois sur le plan philosophique et sur le plan scientifique.

Une telle position n'implique d'ailleurs pas que l'on adopte le postulat opposé du déterminisme, qui est aussi arbitraire et aussi contestable scientifiquement que celui du libre arbitre. La plupart des penseurs et des spécialistes des sciences humaines refusent de se laisser enfermer dans le dilemme libre arbitre-déterminisme.

Ce que l'on dénonce surtout c'est l'assimilation que fait la doctrine classique entre sentiment subjectif de la responsabilité, imputabilité et libre arbitre métaphysique. Beaucoup de délinquants savent ce qu'ils font et éprouvent le sentiment de responsabilité personnelle; ils n'en sont pas moins parfois des anormaux mentaux ou même des individus présentant une personnalité franchement psychopathique. Le sentiment de responsabilité et la culpabilité vécue sont susceptibles de s'étendre dans une zone largement pathologique (9). Et l'on sait aussi que, même pour les aliénés mentaux, les psychiatres insistent de plus en plus sur le sentiment résiduel de responsabilité et même sur une certaine aptitude à la sanction qui existeraient chez de nombreux malades et qui seraient parfaitement utilisables dans le traitement.

(9) Cf. J. PINATEL, « La faillite du système actuel de la responsabilité pénale », *Rev. Sc. crim.*, 1968, pp. 675 et 676.

● Une deuxième critique fondamentale me paraît porter sur la rigidité du concept traditionnel de responsabilité pénale. Cette rigidité entraîne des solutions pratiques peu scientifiques et peu protectrices de l'intérêt social, en particulier lorsque le délinquant est atteint d'aliénation mentale, et plus encore lorsqu'il présente certaines anomalies de la personnalité.

En effet, si le juge estime l'individu dément au sens de l'article 64 du Code pénal, le délinquant est déclaré totalement irresponsable et il échappe à la justice pénale, qui se trouve complètement désarmée. La protection de l'aliéné mental, et plus encore celle de la société, est ainsi très mal assurée, et ce n'est pas la décision administrative d'internement dans un établissement psychiatrique ordinaire qui résoud le problème de façon satisfaisante.

Si le délinquant ne souffre que d'« anomalies mentales » ou ne présente qu'un état d'« anormalité mentale », la situation présente, découlant de l'extrême rigidité du concept de responsabilité pénale, est encore plus contestable au regard des sciences de l'homme, et même dans la perspective d'une lutte efficace contre la criminalité : un délinquant affligé de déficiences et de troubles mentaux ou caractériels qui ne dégèrent pas en maladie mentale précise et profonde, doit être considéré comme totalement responsable sur le plan pénal, et il encourt les sanctions rétributives normales.

Bien sûr, on sait comment les néo-classiques, dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, ont essayé d'introduire la notion de responsabilité atténuée, mais on sait aussi combien ce système est artificiel et très peu scientifique (il est dénoncé aussi bien par de nombreux magistrats que par la plupart des psychiatres et des psychologues), et à quels résultats souvent désastreux il aboutit : les juges prononcent de courtes peines d'emprisonnement, qui non seulement ne protègent pas le corps social puisque les individus sont rapidement réinsérés dans la société, mais qui accentuent trop fréquemment leurs déséquilibres antérieurs et fortifient leurs penchants délictueux.

Les inconvénients du système actuel ont été encore mieux perçus au cours des dernières années, lors de la comparution en justice de délinquants atteints d'aberrations chromosomiques portant sur les gonosomes. Selon M. Pinatel, « ... Jamais la faillite du système actuel de responsabilité pénale ne se sera avérée plus évidente, car ces sujets constitutionnellement dangereux bénéficieront, par suite de la liaison existant entre le degré de culpabilité et la mesure de la peine, d'une diminution non souhaitable de la peine privative de liberté encourue » (10).

(10) J. PINATEL, « Biologie et responsabilité », *Rev. Sc. crim.*, 1968, pp. 672 et suiv.

②. Pour certains criminologues, le concept classique de responsabilité pénale serait un obstacle fondamental à l'efficacité du traitement des délinquants : dans la phase judiciaire, le traumatisme provoqué chez le délinquant par l'accent mis sur la responsabilité morale, ainsi que le choix de la sanction en fonction uniquement de l'acte et de la responsabilité, sont, dit-on, de graves handicaps qui souvent stérilisent les efforts de traitement et de récupération de l'individu condamné; ils hypothéqueraient l'action des organismes pénitentiaires ou de resocialisation et le succès des méthodes thérapeutiques.

#### B. PERSPECTIVES NOUVELLES.

Les critiques appellent naturellement un effort d'imagination pour trouver des formules juridiques plus conformes à une anthropologie moderne. Comment donc rénover le concept traditionnel de responsabilité pénale ?

Faudrait-il même le supprimer ?

Il semble que la plupart des juristes, des criminologues et des chercheurs en matière de sciences humaines dissocient de la façon la plus nette le concept classique de responsabilité pénale de la notion même de responsabilité : autant un grand nombre d'entre eux dénoncent vigoureusement le caractère dépassé du concept traditionnel, autant ils paraissent insister sur la valeur plus que jamais actuelle de la responsabilité personnelle. La notion de responsabilité, à condition bien sûr qu'on la considère dans toute sa complexité, sa relativité, et parfois avec toutes ses équivoques, me paraît être, à l'heure actuelle, reconnue par presque tous comme une notion fondamentale, liée à l'existence même de l'homme.

Seulement le contenu de la responsabilité et le rôle que ce concept doit jouer en droit pénal font l'objet d'interprétations et de solutions pratiques assez divergentes.

Voici quelques points de vue, parmi tant d'autres :

— *Le point de vue d'un philosophe* : M. Georges Gusdorf (11).

Dans le très substantiel rapport qu'il a présenté au Colloque de philosophie pénale de Strasbourg, M. Gusdorf exprime une pensée stimulante que l'on peut, il me semble, résumer ainsi : l'anthropologie contemporaine exige l'abandon de la théorie de la responsabi-

(11) G. GUSDORF « Une interprétation existentielle de la responsabilité pénale », in « La responsabilité pénale », *op. cit.*, p. 387.

lité pénale classique, mais en aucune façon le rejet de l'idée de responsabilité. A la pensée juridique traditionnelle, à ce « schéma de la responsabilité métaphysique qui n'est qu'une sorte de maquette épistémologique, une conceptualisation qui ne se rencontre pas dans l'expérience courante », à ce « scénario de dessin animé », M. Gusdorf propose de substituer « un nouvel esprit juridique, largement influencé par la compréhension existentielle des phénomènes humains », qui tiendra compte d'une responsabilité humaine concrète et relative, en fonction de la personnalité globale du délinquant.

« Toute conception du droit pénal, écrit-il, suppose une philosophie. Les théories classiques se fondaient sur une métaphysique du libre arbitre; les théories positivistes appliquaient à l'être humain les mécanismes de type matérialiste en usage dans les sciences de la matière. La théorie et la pratique juridique d'aujourd'hui doivent s'inspirer des principes que l'anthropologie fournit pour la compréhension des actes humains. Le premier de ces principes serait sans doute la reconnaissance d'une responsabilité concrète qui résiste à toutes les tentatives de réduction, sauf dans les cas extrêmes d'aliénation, d'ailleurs reconnus par la loi, où l'individu, ayant perdu son statut d'être humain, ne peut plus être appelé à répondre de ses actes. Dans l'immense majorité des cas, le criminel doit être considéré comme ayant fait usage de sa liberté; il est responsable » (12).

Seulement cette responsabilité est concrète, relative, reliée à une liberté qui est elle-même limitée par tout un ensemble de conditionnements et de pressions sociales : « chaque vie se déploie à travers une succession de situations; l'homme doit s'adapter à ces situations successives, c'est-à-dire qu'il doit adapter les situations à sa personnalité. C'est pourquoi il ne saurait jamais être question d'une responsabilité totale... La responsabilité existe, mais, dans chaque cas particulier, elle n'est pas donnée d'avance, et, peut-être, elle est impossible à définir en toute rigueur. Un acte criminel est un drame qui se situe dans la réalité humaine d'une histoire personnelle, c'est-à-dire qu'il n'est pas un fait, matériellement défini une fois pour toutes, mais plutôt un événement, aboutissement et point de départ pour d'autres événements, expression d'une personnalité... Ce qui est en question, c'est un espace vital humain, ou plus exactement l'ensemble d'une zone d'action interhumaine » (13).

(12) GUSDORF, *op. cit.*, p. 405.

(13) GUSDORF, pp. 405, 408.

Ainsi, dans la perspective existentielle ou phénoménologique de M. Gusdorf, il n'y a pas de responsabilité absolue et intégrale, pas plus d'ailleurs qu'il n'y a de responsabilité nulle parce que « lorsque l'homme cède aux circonstances, c'est encore lui qui fait les circonstances en se faisant leur complice » (14). Et puis « la pluralité même, la concurrence des déterminismes permet de sauver la responsabilité et la liberté. Le tissu des prédispositions et influences biologiques et culturelles n'est jamais assez serré pour que l'affirmation individuelle n'ait aucune possibilité de se faire jour » (15).

Dès lors, en utilisant le concept de responsabilité pénale, la justice pénale moderne doit renoncer à déployer, « dans un espace pénal universel et objectif, des schémas abstraits chargés de mettre en équation les événements humains » (16). Les règles juridiques ne devraient fournir qu'un cadre pour la rencontre décisive entre le criminel et le juge. En définitive, « le jugement ne doit pas se borner à dégager une responsabilité, pour la punir; il doit coopérer à la mise en œuvre d'une liberté dévoyée » (17).

— *Le point de vue de la « Défense Sociale Nouvelle ».*

M. Ancel insiste, lui aussi, sur la notion de responsabilité *concrète*, mais il ne croit pas que les magistrats puissent avoir pour rôle d'évaluer cette responsabilité et de prononcer une sanction en fonction de cette évaluation : « La Défense sociale nouvelle, écrit-il, conteste très exactement que l'imposition automatique d'une peine soit exigée par la reconnaissance du principe de la responsabilité personnelle. Elle soutient, au contraire, que la sanction, aussi individualisée que possible, doit être choisie et prononcée par un juge conscient de son action sociale. Elle entend également que la prise de conscience exacte de sa responsabilité par le délinquant soit le début et le moteur d'un processus de resocialisation qui, dans de nombreux cas, mais non pas uniformément ou nécessairement d'ailleurs, devra s'appuyer sur une véritable *pédagogie de la responsabilité* » (18).

Ainsi, pour le Mouvement de Défense sociale nouvelle, la notion de responsabilité morale et de faute n'est pas du tout éliminée; il

(14) *id.* p. 405.

(15) *id.* p. 402.

(16) *id.* p. 410.

(17) *id.* p. 411.

(18) M. ANCEL, « Responsabilité et défense sociale », in « La responsabilité pénale », *op. cit.*, p. 366.

prétend même restaurer la notion de libre arbitre, en la dégageant des notions métaphysiques et des fictions légales. Mais, selon l'analyse pénétrante de MM. Merle et Vitu, « le concept de responsabilité pénale n'est ici ni le postulat ni le point de départ de la construction du droit criminel. Il est envisagé comme le point d'arrivée, le but terminal de l'action sociale anticriminelle. C'est, en effet, une véritable pédagogie de la responsabilité qui doit être entreprise dès le premier jour du procès, poursuivie tout au long de la procédure, et qui, au terme du traitement pénitencier, développera chez le délinquant la notion d'un devoir de l'homme envers ses semblables, et d'une conduite en rapport avec le sentiment intime et collectif de la responsabilité » (19).

En définitive, pour M. Ancel, la responsabilité que doit prendre en considération le droit pénal « consiste essentiellement, sinon même uniquement, dans ce sentiment intime et collectif de responsabilité susceptible d'être rationnellement utilisé à des fins de justice sociale, et dans une action méthodique, résolue, de protection anticriminelle » (20). Il ne faut plus faire payer au délinquant son passé en fonction d'une responsabilité abstraite, mais il faut que la prise de conscience de sa responsabilité par le délinquant soit l'amorce d'un effort personnel de reconversion dans le cadre d'un traitement stimulant.

— *Le point de vue des néo-classiques contemporains.*

Un certain nombre de criminalistes restent très attachés, sinon au concept traditionnel de responsabilité pénale, du moins à la présomption de libre arbitre et au principe rétributif, mais parmi eux une tendance récente envisage le concept de responsabilité pénale de façon nouvelle.

M. Léauté, essayant de résumer la position de quelques pénalistes actuels que l'on peut qualifier de néo-classiques, écrit : « Après les progrès de la science comme avant, la loi doit doser l'expiation en établissant des degrés dans la sévérité de la peine, selon la gravité des fautes. Il y a des hypothèses où l'on abaisserait l'homme qui viole la loi en le considérant comme poussé par des forces dont il n'a pas le contrôle ». Ou encore cette phrase significative : « Que la responsabilité pénale soit mythe ou réalité, l'essentiel est de maintenir la notion chez les êtres humains » (21).

(19) MERLE et VITU, « Traité de droit criminel », p. 38.

(20) M. ANCEL, *op. cit.*, p. 366.

(21) J. LÉAUTÉ, « Le néo-classicisme », in « La responsabilité pénale », *op. cit.*, p. 352.

Cependant cette attitude figée et cet attachement renouvelé à des notions très classiques n'empêchent pas une évolution importante chez certains criminalistes. Ainsi, par exemple, MM. Merle et Vitu, dans leur récent « Traité de droit criminel » soutiennent des positions fort nouvelles, à mon avis, lorsqu'ils déclarent : « Les néo-classiques se gardent de lier indivisiblement la responsabilité pénale à la responsabilité morale, et la responsabilité morale au libre arbitre. Ils ne nient pas les déterminismes qui jouent sur l'exercice de la liberté humaine. A leurs yeux la responsabilité pénale est une notion dynamique et complexe influencée par l'avenir du délinquant autant que par son passé. Le passé du délinquant, classiquement apprécié au jour de l'infraction par référence au concept de culpabilité (culpabilité matérielle et culpabilité psychologique), fournit à l'intervention étatique son fondement juridique. Mais c'est l'aptitude du sujet à supporter le châtement et à en bénéficier dans l'avenir, et non pas le libre arbitre, qui doit constituer le critère réaliste de la condamnation pénale » (22).

On mesure davantage encore l'ampleur de l'évolution dans la mentalité néo-classique lorsqu'on découvre les affirmations suivantes : « Ce qui importe ce n'est plus tant de savoir si le délinquant disposait de son libre arbitre au jour de l'infraction, que de déterminer au jour du jugement s'il sera susceptible de comprendre la nécessité de la sanction, de la supporter et d'en tirer profit » (23). Ou encore cette définition révolutionnaire : « la responsabilité pénale moderne c'est l'aptitude à assimiler le châtement, à profiter de la punition. L'individu qui commet une infraction se met dans la situation de subir le traitement nécessaire à sa rééducation pendant tout le temps requis pour la réussite de ce traitement... » (24).

— *Le point de vue de l'« Ecole d'Utrecht ».*

Ce groupe de criminologues et de criminalistes des Pays-Bas essaie, on le sait, de rénover le concept de responsabilité pénale en tenant compte à la fois des nécessités juridiques et des apports scientifiques modernes. Ils s'en prennent au déterminisme des théories positivistes et à la notion de responsabilité sociale née d'un état dangereux, et ils veulent montrer que la thèse de la liberté est parfaitement compatible avec des découvertes récentes de la biologie, de la psychologie et même de la psychiatrie.

(22) MERLE et A. VITU, *Traité de Droit criminel*, p. 40.

(23) *id.*, p. 470.

(24) *Id.*, p. 488.

L'Ecole d'Utrecht propose donc, non la suppression des anciens concepts qui ont fondé le droit pénal, mais leur modernisation. En particulier, à propos de la notion de responsabilité pénale, M. Pompe propose une responsabilité « relative » et « dynamique » (25), en remarquant que « le traitement qu'appelle le délinquant anormal doit consister à développer son sens de la responsabilité réelle qui, plus ou moins restreinte, s'impose d'ailleurs à tous les hommes ». Il insiste sur le maintien nécessaire de la notion de responsabilité personnelle, tout en estimant que le concept de responsabilité doit être libéré de sa trop grande rigidité, de façon qu'il puisse être adapté à une réalité qui apparaît fort complexe. Ce n'est qu'à cette condition que le droit criminel pourra, pense-t-il, être maintenu sur le plan de l'humain.

— *Le point de vue d'un criminologue : M. Pinatel.*

La notion classique de la responsabilité pénale apparaît à nombre de criminologues comme dépassée et même dérisoire. Toute recherche de responsabilité au moment de l'infraction ou lors de la comparution du délinquant devant les autorités judiciaires leur semble même superflue et surtout nocive pour l'efficacité d'un traitement véritable.

M. Pinatel estime (du moins ai-je ainsi compris sa pensée) que le juge, au lieu de se laisser accaparer par le problème nécessairement abstrait et insoluble de la responsabilité, devrait accepter de prendre surtout en considération la personnalité de l'individu. Très préoccupé par le problème des anormaux mentaux criminels, il affirme que ce n'est pas parce qu'un sujet est relativement lucide ou qu'il éprouve le sentiment personnel de la responsabilité qu'on doit le déclarer responsable pénalement. C'est pourquoi « au critère de la *responsabilité* on doit substituer le critère de la *personnalité pathologique* éclairé par le concept d'état dangereux, comme fondement de la réaction judiciaire » (26). Selon M. Pinatel, la criminologie appliquée se propose pour but de préciser non la « *responsabilité* », mais « *l'état dangereux* » du sujet traité. Ainsi, au concept de responsabilité pénale, les criminologues feraient correspondre le concept d'état dangereux. Plus précisément, lorsque le juriste parle d'« *imputabilité* », le criminologue pense « *adaptabilité* » ; lorsque le juriste essaie de déceler la « *culpabilité* », le criminologue songe à détecter la « *capacité criminelle* ».

(25) POMPE « La nouvelle théorie de la responsabilité pénale » in « Une nouvelle école de science criminelle : l'école d'Utrecht », p. 61 et suiv.

(26) PINATEL, *Rev. Sc. crim.*, 1968, p. 677.

Quelle est la valeur de telles correspondances que l'on croit déceler entre le langage des juristes et le langage de certains criminologues ? Il est très difficile de le dire car, d'une part, la pensée de M. Pinatel me semble sur ce point assez floue et, d'autre part, une discussion sérieuse devrait s'engager sur ces affirmations : le présent colloque me semble précisément le cadre idéal pour approfondir la pensée des uns et écouter les objections des autres.

\*\*

Il est bien évident que, dans ce court rapport, je n'ai fait qu'effleurer le problème de la responsabilité pénale et que j'ai oublié de mentionner de nombreuses opinions ou positions juridiques ou scientifiques. Mon but était simplement de préciser les notions essentielles et de préparer les discussions et les échanges d'idées.

En terminant, je voudrais vous faire part de deux questions, parmi tant d'autres, que je me pose à propos de ce concept si difficile de responsabilité pénale :

D'abord, la différence de perspective que l'on constate entre de nombreux juristes d'une part, et de nombreux criminologues et spécialistes des sciences de l'homme d'autre part, est-elle fondamentale et irréductible ? En effet, alors que les pénalistes semblent se soucier autant de la fonction de la notion de responsabilité pénale dans le corps social que de son rôle à l'égard du délinquant, les criminologues ont tendance à envisager exclusivement des cas personnels dans leur complexité existentielle. Les uns sont obsédés par les résonances vraies ou supposées de l'acte criminel, tandis que les autres se situent dans une perspective phénoménologique pure et font abstraction de la conscience collective. D'un côté, c'est le souci d'une certaine intimidation et du rôle tonique de la notion de responsabilité qui domine, de l'autre, l'accent est mis uniquement sur l'effort de compréhension en vue d'un traitement individualisé. Peut-il y avoir convergence de ces deux types de mentalité ?

Ensuite, n'y a-t-il pas contradiction entre le refus de certains de se prononcer sur la responsabilité morale des délinquants et leur affirmation insistante de la maturité croissante des êtres humains, des valeurs modernes d'autonomie, de responsabilité, de participation, d'indépendance et de liberté ? Pourquoi les gens seraient-ils irresponsables et considérés comme soumis à des déterminismes assez pesants lorsqu'ils commettent une infraction, et ensuite considérés comme sensés, mûrs et responsables, lorsqu'il s'agit de gérer une université ou une usine, de faire usage de sa liberté sexuelle ou d'utiliser les contraceptifs ? Toute l'éducation, écrivait

récemment un médecin, « cherche, à partir du permis et du défendu de la petite enfance, à rendre les êtres capables d'assumer peu à peu leur liberté. Si, a priori, on semble douter d'un bon usage de cette liberté, si on ne fait plus appel à une maturité sans cesse grandissante et à une *responsabilité* des actes sans cesse mieux assumée, ne risque-t-on pas précisément d'empêcher le progrès, la découverte des vraies valeurs en cause dans les comportements ? » (27).

En définitive, il me semble que tout le problème est de savoir comment élaborer un concept de responsabilité pénale qui soit utilisable par les magistrats, qui puisse s'insérer dans une procédure pénale fonctionnelle, et que l'opinion publique puisse accepter. Comment trouver une notion de responsabilité qui soit le plus possible en harmonie avec les connaissances scientifiques les plus modernes, et qui reste un concept *juridique* et non *criminologique* ?

(27) Docteur Odile CONDIER, *Cahiers Universitaires Catholiques*, 1968-1969, p. 174.

La confrontation du système français  
de la sanction pénale avec les données  
de la criminologie et des sciences  
de l'homme

PAR

*M. Raymond GASSIN*

*Professeur à la Faculté de Droit  
et des Sciences Economiques d'Aix-en-Provence*

I. De toutes les théories du droit pénal, la théorie de la sanction pénale est sans doute celle qui se situe le plus au cœur du droit criminel.

Ce qui caractérise, en effet, principalement le droit criminel et permet de le distinguer des autres branches du droit, c'est la nature particulière des sanctions encourues par les délinquants. Les infractions pénales consistent bien souvent dans la violation d'obligations prescrites par le droit civil, le droit commercial, le droit administratif, etc. A ce titre, ces obligations sont sanctionnées par les sanctions du droit civil, commercial ou administratif : annulation, révocation, déchéance, dommages-intérêts. Mais ce qui confère à la violation de ces obligations la nature d'infractions pénales, c'est le caractère particulièrement contraignant des mesures qui peuvent être prises à l'encontre de leurs auteurs; il ne s'agit plus de simples sanctions patrimoniales à caractère compensatoire au profit de la victime directe de ces agissements, mais de mesures qui portent atteinte à l'honneur, à la liberté, voire à la vie des délinquants.

La plupart des définitions traditionnelles du droit criminel mettent d'ailleurs particulièrement en évidence cette caractéristique essentielle du droit criminel lorsqu'elles présentent cette discipline comme « l'ensemble des lois qui réglementent l'exercice de la répression par l'Etat » (1) et les définitions plus modernes demeurent également pénétrées de cette donnée fondamentale quand elles définissent le droit criminel, « l'ensemble des règles juridiques qui organisent la réaction de l'Etat vis-à-vis des infractions et des délinquants » (2).

L'organisation des sanctions pénales constituant ainsi la notion centrale autour de laquelle s'ordonnent toutes les autres notions du droit criminel, la valeur d'un droit pénal déterminé dépend ainsi de celle du système des sanctions qu'il prévoit. Le but du droit criminel est, en effet, de prévenir les agissements délictueux et d'empêcher qu'ils ne se renouvellent lorsqu'ils ont déjà été commis. Ces objectifs ne peuvent avoir de chance d'être atteints que si le système des sanctions pénales mis en place par le législateur est lui-même susceptible de parvenir à un tel résultat.

Il est significatif à cet égard de constater que la préoccupation essentielle commune à toutes les politiques criminelles a été de rechercher quel est le système de sanctions le plus efficace. L'Ancien droit avait cru le découvrir dans les châtements corporels les plus cruels. Montesquieu et Beccaria mirent au contraire l'accent sur la certitude de la punition qui peut dès lors être modérée. A la suite de Bentham, la privation de liberté fut considérée comme l'arme absolue de la répression, d'abord en raison de l'intimidation qu'elle exerce, puis avec l'Ecole pénitentiaire en raison de l'amendement qu'elle peut procurer. Malgré le renouvellement des méthodes de reclassement social par les mesures privatives de liberté depuis la réforme pénitentiaire, l'échec relatif de l'amendement pénitentiaire conduit aujourd'hui à mettre en avant l'intérêt des mesures restrictives de liberté. Mais c'est toujours la même préoccupation de la recherche du meilleur système des sanctions que l'on retrouve à travers ces variations historiques.

L'ampleur et la nature de ces variations traduit cependant une intuition fondamentale : c'est que la valeur et l'efficacité d'un système de sanctions dépendent de sa correspondance avec les causes réelles et les mécanismes effectifs de la délinquance. Sans doute

(1) DONNEDIEU de VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3<sup>e</sup> éd., n° 1.

(2) MERLE et VITU, *Traité de Droit criminel*, n° 85.

a-t-on pu faire observer que les lois pénales sont avant tout conçues de façon à établir et à protéger les normes de la société et non à prendre en considération la personnalité du délinquant (3). Mais, de même qu'un remède n'a de chance de guérison que s'il est choisi en fonction de la nature du mal que l'on entend soigner, de même un système de sanctions pénales ne peut endiguer et réduire la criminalité que s'il est adapté aux causes et aux mécanismes de celle-ci.

Cette intuition fut pendant longtemps purement implicite en raison du caractère simpliste et grossier des conceptions sur les facteurs et les circonstances du crime. Mais depuis l'apparition de la criminologie scientifique à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, elle est devenue une hypothèse consciente et délibérée de la politique criminelle. Les positivistes ont élaboré leur système de « défense sociale » à partir d'une analyse entièrement nouvelle des mécanismes de la criminalité. De même le mouvement de la défense sociale nouvelle estime que le traitement de resocialisation du délinquant doit être déterminé à partir de la connaissance scientifique de sa personnalité propre. Une telle hypothèse est parfaitement justifiée car elle s'appuie sur une conception réaliste du phénomène criminel. Si l'on considère, en effet, que derrière l'abstraction juridique que constitue l'infraction, le phénomène criminel représente une réalité humaine et sociale résultant de facteurs personnels au délinquant et du milieu dans lequel il évolue, il n'est pas douteux que le succès du traitement pénal est conditionné par la connaissance de ces divers facteurs et le recours à des méthodes propres à les réduire pour prévenir la récidive. Ainsi apparaît-il que la confrontation du système actuel des sanctions pénales avec les données de la criminologie présente le plus grand intérêt.

II. — Mais cette confrontation est-elle réalisable d'une manière satisfaisante en l'état actuel des connaissances ? Suivant M. Pinatel, la tâche du chercheur doit être relativement simple : « Il s'agit, écrit-il, de rechercher à travers les techniques pénales, quelle est la conception de l'homme, quelle est l'anthropologie, qui est à la base du droit pénal. Puis, ayant précisé ce qu'est la conception de l'homme du droit pénal, il importe de se demander si elle est justifiée par rapport aux acquisitions scientifiques contemporaines » (4). Mais en réalité les choses ne sont pas aussi simples car chacun des deux termes de la confrontation, la criminologie d'une part, la

(3) ANDENAES, Rapport au 5<sup>e</sup> Congrès international de criminologie de Montréal 1965, cité par PINATEL in *Revue Sc. Crim.*, 1966 - III.

(4) J. PINATEL, Les rapports de la Criminologie et des Sciences de l'homme, *Rev. Sc. Crim.*, 1966, pp. 107, 112 et sp. p. 112.

conception contemporaine de la sanction pénale d'autre part, présente une certaine marge d'incertitudes, qui place le chercheur dans une position délicate.

1) Pour ce qui est en premier lieu des difficultés tenant à la science criminologique, elles résultent de la multiplicité des théories explicatrices de la délinquance et par voie de conséquence de la diversité des méthodes possibles de traitement qui en résultent. « Les théories ou les systèmes sont très divers et présentent presque autant de nuances que de criminologies », a-t-on pu écrire (5).

Il suffit, en effet, d'ouvrir un traité de criminologie pour constater l'extrême diversité des théories criminologiques. Les unes, très marquées par la théorie Lombrosienne du criminel-né, situent l'explication de la délinquance dans la constitution biologique de l'individu; d'autres, au contraire, voient les causes de la criminalité dans l'influence du milieu social personnel; d'autres encore attribuent la primauté au psychique dans l'apparition de la délinquance. Lors du XVII<sup>e</sup> cours international de criminologie (Montréal août-septembre 1967) consacré au « bilan de la criminologie contemporaine dans ses grands domaines d'application », l'opposition entre la criminologie américaine à orientation sociologique et la criminologie européenne à orientation clinique a été particulièrement mise en évidence (6).

De telles divergences entre les auteurs sur les causes de la délinquance ont une incidence directe sur l'appréciation des types de sanctions qui doivent être employées pour réduire la criminalité.

Les explications de type biologique conduiront à des traitements curatifs ou, à défaut de thérapeutiques valables, à des mesures de neutralisation du délinquant. Les théories psychologiques donneront leurs préférences aux traitements de resocialisation par l'emploi des méthodes psychothérapeutiques. Quant aux conceptions sociologiques, elles déboucheront plutôt sur des programmes de prévention et inclueront, le cas échéant, dans cette expérience le recours à l'intimidation par la prévision de sanctions destinées à peser sur le groupe social environnant. Ainsi les divergences des théories criminologiques et de leurs prolongements dans le domaine du traitement rendent-elles bien délicat un jugement de valeur certain sur la conception de la sanction pénale en droit positif. Des observations analogues pourraient également être faites à propos des autres sciences de l'homme : psychologie et sociologie en particulier.

(5) STEFANI, LEVASSEUR et JAMBU-MERLIN, *Criminologie et Science pénitentiaire*, n° 190.

(6) Actes du XVII<sup>e</sup> cours international de criminologie, Montréal, 1968.

2) Mais la difficulté s'accroît encore si l'on se tourne vers le deuxième terme de la confrontation qui est précisément la conception même de la sanction pénale en droit positif. Ce qui frappe, en effet, à cet égard, c'est la complexité et l'imprécision des fonctions de la sanction pénale en droit criminel moderne.

L'hypothèse de base retenue par M. Pinatel dans son rapport introductif (7) est que la sanction pénale contemporaine demeure essentiellement rétributive, c'est-à-dire tournée vers le passé et fonction de l'acte commis. Ce point de vue est également celui du mouvement de la défense sociale nouvelle non seulement dans sa position extrémiste caractérisée par la lutte contre la peine, mais également dans sa tendance modérée. Selon M. Ancel, en effet, le droit pénal néo-classique, qui domine encore largement le droit positif, est essentiellement dominé par la conception de la peine — châtement et c'est d'abord contre cette conception de la sanction pénale que prétend réagir le mouvement de la défense sociale nouvelle (8).

Pour d'autres auteurs au contraire, le système actuel des sanctions pénales se caractériserait plutôt par des préoccupations de reclassement social. « Contribuer à l'éducation ou à la rééducation du délinquant, favoriser sa réadaptation sociale, tels sont à l'heure actuelle les objectifs essentiels de la peine privative de liberté », écrivent MM. Schmelck et Picca (9). Ces propos ne font d'ailleurs que reprendre le premier principe de la réforme pénitentiaire posé en 1945 par la commission de réforme : « La peine privative de liberté a pour but essentiel l'amendement et le reclassement social du condamné », qui a été consacré législativement en 1958 dans l'article 728 al. 2 du C.P.P. (10). Ainsi, pour les peines privatives de liberté du moins, qui demeurent les sanctions pénales les plus importantes, il semblerait que la conception légale abandonnant la vieille conception rétributive en fasse avant tout un instrument de réadaptation sociale.

A la vérité, les choses sont loin de se présenter d'une manière aussi simple. Le système actuel des sanctions pénales retenu par le

(7) V. *supra*.

(8) M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 2<sup>e</sup> éd., 1966, p. 194 et suivantes.

(9) SCHMELCK et PICCA, *Pénologie et Droit pénitentiaire*, 1967, p. 23. Ces auteurs adoptent toutefois dans d'autres passages un point de vue plus prudent et nuancé tant à propos de l'objet et de la peine en général (n° 39) que des fonctions de la privation de liberté en particulier (n° 106 à 110). Voir également GERMAIN, *Eléments de Science pénitentiaire*, 1959.

(10) Art. 728, al. 2 : « Dans les prisons établies pour peine, le régime intérieur des établissements pénitentiaires sera institué en vue de favoriser l'amendement des condamnés et de préparer leur reclassement social ».

droit positif se présente d'une manière singulièrement complexe et ceci pour trois raisons.

a) Il importe tout d'abord de souligner que le droit français utilise non seulement des peines, mais aussi des mesures de sûreté. Sans doute la législation française fait-elle à ces dernières une place encore restreinte, mais elle n'en est pas moins certaine <sup>(11)</sup>. Or, on sait que les mesures de sûreté sont des mesures sans coloration morale imposées à des individus dangereux pour l'ordre social afin de prévenir les infractions que leur état dangereux rend probables. Elles diffèrent précisément des peines parce qu'elles n'ont pas de but rétributif <sup>(12)</sup> : mais il est vrai que certaines mesures de sûreté ne parviennent que très imparfaitement à éviter le caractère afflictif et infamant de la peine, comme par exemple la mesure de la relégation <sup>(13)</sup>.

b) Il est non moins essentiel d'observer que les diverses peines proprement dites remplissent en droit moderne des fonctions multiples : intimidation, élimination, rétribution et réadaptation. Des peines telles que l'amende, la confiscation ou la courte privation de liberté ont principalement pour objet l'intimidation et l'avertissement. D'autres, comme la peine de mort ou certaines privations perpétuelles de droit visent essentiellement à l'élimination. D'autres encore comme les longues privations de liberté tendent au relèvement de délinquants <sup>(14)</sup>. S'il est vrai que depuis le Code pénal de 1810 l'intérêt s'est progressivement déplacé de l'intimidation vers la réadaptation sociale, il n'en demeure pas moins vrai que ces trois aspects existent toujours à l'heure actuelle dans notre législation <sup>(15)</sup>.

c) Enfin, une même peine et en particulier la peine privative de liberté peut tendre simultanément à des buts divers et difficilement conciliables. Elle prétend à la fois remplir sa fonction éducative moderne, sans compromettre pour autant ses fonctions traditionnelles : rétribution, intimidation et neutralisation <sup>(16)</sup>. Ainsi, même lorsqu'il s'agit d'une peine aussi importante que la privation de liberté, la complexité de ses buts rend très délicate sa confrontation avec les données de la criminologie, car au moment même où l'on prétend opérer cette confrontation, la peine a elle-même déjà gran-

(11) STEFANI et LEVASSEUR, I - n° 325.

(12) STEFANI et LEVASSEUR, I - nos 346 et 347.

(13) STEFANI et LEVASSEUR, I - n° 350; Savy-Casard, *Les caractères juridiques de la relégation*, D. 1962, chron. 169.

(14) SCHMELCK et PICCA, *op. cit.*, n° 39.

(15) STEFANI et LEVASSEUR, I - n° 329 et suivants.

(16) SCHMELCK et PICCA, pp. 125 à 143.

dement évolué dans sa fonction et son régime pour tenir compte précisément de certains acquis de l'expérience pénitentiaire et clinique.

III. En présence de ces données mouvantes et complexes, il apparaît finalement que la confrontation du système actuel de la sanction pénale avec les acquisitions scientifiques de la criminologie et des sciences de l'homme ne peut avoir de sens et d'utilité que dans la mesure où l'on s'efforce de procéder à des investigations systématiques sur tous les fronts, depuis celui des fonctions classiques de la peine, jusqu'à celui de ses fonctions modernes de neutralisation et de réadaptation sociale. Ce n'est qu'au terme de cette double recherche qu'il sera possible de se demander dans quelle mesure les acquisitions de la criminologie et des sciences de l'homme contemporaines devraient entraîner de nouvelles modifications du système actuel des sanctions pénales. On va donc examiner dans trois chapitres successifs :

I. La valeur scientifique des fonctions traditionnelles de la peine;

II. L'efficacité des fonctions modernes de la sanction pénale;

III. La double incidence des constatations précédentes sur la modification du système actuel des sanctions pénales.

## CHAPITRE PREMIER

LA VALEUR SCIENTIFIQUE  
DES FONCTIONS TRADITIONNELLES DE LA PEINE

Dans le droit pénal traditionnel, les peines recherchent principalement l'intimidation collective et la rétribution de la faute commise (17).

L'accent a été mis d'abord par Beccaria et Bentham sur le rôle de l'intimidation collective, et le Code pénal de 1810 a été dominé essentiellement par ce point de vue (18). Par la suite l'école éclectique de la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, inspirée par la doctrine kantienne de la justice absolue, a au contraire, insisté sur l'idée de rétribution de la faute commise (19).

Ces deux fonctions classiques de la peine conservent aujourd'hui une certaine importance. Le législateur et le juge contemporains demeurent en particulier encore très attachés au souci de prévention générale, notamment sous la pression de l'opinion publique (20). La peine conserve d'autre part un caractère rétributif certain dans la construction légale et dans l'opinion des juges et du public.

Il convient dès lors de rechercher quelle est la valeur scientifique respective de chacune de ces fonctions traditionnelles de la peine.

## Paragraphe 1 — Valeur scientifique de l'intimidation collective (21).

Parmi ses multiples fonctions, la peine contemporaine a encore pour but de détourner du crime les délinquants éventuels par la

(17) ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 2<sup>e</sup> éd., 1966, pp. 197 et 198.

(18) BOUZAT et PINATEL, *Traité de Droit pénal et de Criminologie*, I - n° 319; SCHMELCK et PICCA, *Pénologie et Droit pénitentiaire*, n° 108.

(19) MERLE et VITU, *Traité de Droit criminel*, n° 9.

(20) SCHMELCK et PICCA, *op. cit.*, n° 108, STEFANI, LEVASSEUR et JAMBU-MERLIN, *Criminologie et Science pénitentiaire*, n° 245.

(21) Johannes ANDENAES, général Prévention : Illusion or Reality, *Journal of Criminal law, Criminology and Police Science*, vol. 43, 1952-1953, p. 179; O. KINBERG, Réflexions critiques sur la prévention soi-disant générale, *Théoria*, Lund, 1953 et *Rev. Int. Criminologie et Pol. techn.*, 1954, p. 8; J. PINATEL, La prévention générale d'ordre pénal, *Rev. Sc. Crim.*, 1955, 554; Th. SELLIN,

crainte d'un châtement exemplaire inscrit dans la loi sous la forme d'une menace abstraite, et actualisée quotidiennement par les décisions de condamnation prononcées par les tribunaux, exécutées par les soins de l'Administration et portées à la connaissance du public par des moyens divers (22). Cette fonction est appelée la fonction d'« intimidation collective » ou encore de « prévention générale » de la peine (23).

Pour atteindre ce résultat, on estime généralement que les quatre conditions suivantes doivent être remplies :

1° Le choix par le législateur de peines très élevées pour punir les délinquants (24). Autrefois les délits considérés aujourd'hui comme mineurs étaient d'ailleurs réprimés par la peine de mort au nom de la « terreur salutaire » qu'il convenait d'imprimer aux délinquants éventuels (25). Du moins aujourd'hui l'intimidation collective est-elle recherchée par une gradation des peines établie en fonction de la gravité du trouble social causé par l'infraction.

2° L'application effective par les juges des peines prévues par la loi. Les juges prononcent notamment de telles peines lorsqu'ils constatent la multiplication de certaines infractions et qu'ils ont le

L'effet intimidant de la peine, Etude de sociologie criminelle. *Rev. Sc. Crim.*, 1960, 579; O. KINBERG, *Les problèmes fondamentaux de la criminologie*, 1960, chap. V, la Prévention dite générale du Droit pénal, p. 75; John BALL, The Deterrence Concept in Criminology and law, *Journ. of criminal law, criminology and Police Science*, vol. 40, 1965 - 1966, p. 347; Johannes ANDENAES, The General Preventive Effects of Punishment, *University of Pennsylvania law Review*, vol. 114, mai 1966, p. 953; A. LEGAL, Rapport au 6<sup>e</sup> Congrès français de criminologie, Ann. Fac. Droit Toulouse, t. XIV, 1966, fasc. 1, p. 49; A. NORMANDEAU et B. SCHWARTZ, Evaluation de l'effet intimidant de la peine. Le cas du viol à Philadelphie, *Rev. dr. pen. et criminologie*, 1967, 1968, p. 456.

(22) STEFANI et LEVASSEUR, *Droit pénal général et procédure pénale*, I, *Droit pénal général*, n° 330; BOUZAT et PINATEL, *op. cit.*, I, n° 319; MERLE et VITU, *op. cit.*, n° 493.

(23) Les deux termes sont généralement employés comme synonymes. Cependant le terme de « prévention générale » est plus large que celui « d'intimidation collective », car l'intimidation n'est que l'un des moyens de l'action préventive supposée du Droit pénal sur les individus. Dès l'Antiquité, Sénèque avait souligné la valeur pédagogique et moralisatrice des lois pénales. En tant qu'elles tendent à associer dans les esprits la notion du fait incriminé à celle d'un acte entraînant pour le coupable des conséquences pénibles, les lois pénales, dit-on, créent ou raffermissent les valeurs morales définies par elles (LEGAL, *Rev. Sc. Criminologie*, 1965, 169 et rapport au 6<sup>e</sup> Congrès français de Criminologie, *op. cit.*, pp. 53, 54). Mais la portée de cette affirmation est discutée par certains criminologues pour qui les valeurs morales préexistent à la loi pénale et qui soulignent d'autre part que parfois le Code pénal et son application ont au contraire une influence démoralisatrice sur les citoyens (KINBERG, Réflexions critiques sur la prévention générale. *Rev. Int. Criminologie et Pol. techn.*, 1954, pp. 14, 15).

(24) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, n° 330.

(25) MERLE et VITU, *op. cit.*, n° 4.

sentiment que celle-ci est imputable à la faiblesse des peines antérieurement prononcées pour des faits analogues (26).

3° L'exécution des peines prononcées, par les soins de l'administration pénitentiaire.

4° La publicité donnée, tant à la loi pénale qu'aux jugements de condamnation et à leur exécution.

Pendant longtemps, on a attribué à la sévérité des peines une force de dissuasion décisive. Mais depuis la fin du siècle dernier, l'École Positiviste, puis le mouvement de la Défense Sociale ont avancé l'idée que la prétendue prévention générale pourrait bien n'être qu'une simple illusion et qu'en tout état de cause, celle-ci n'avait jamais fait l'objet du moindre commencement de preuve. Ce serait en réalité pour des causes toutes différentes que la majorité des citoyens ne commettrait pas de délit. Ces affirmations ont provoqué chaque fois de vives réactions parmi les juristes. La « terza scuola », tout d'abord, tout en retenant de l'école positiviste son déterminisme et sa négation de la responsabilité morale, a déclaré maintenir à la peine son rôle d'intimidation collective (27). Aujourd'hui, les partisans du néo-clacissisme se prononcent en faveur du maintien de la prévention générale contre les tenants de la défense sociale nouvelle, du moins tant que des données scientifiques certaines n'auront pas permis de déterminer la valeur exacte de ce facteur et la place qu'il convient de lui réserver suivant les délits et suivant leurs auteurs (28).

En présence de ces affirmations contradictoires, il est dès lors indispensable de rechercher quels sont les résultats auxquels ont abouti les diverses recherches effectuées sur cette question. A cet égard les données dont on dispose sont de trois ordres. Il s'agit de données d'ordre statistique, sociologique et psychologique.

#### A. Les données d'ordre statistique.

Les données statistiques utilisables se réfèrent à plusieurs questions. Les unes se rapportent à l'incidence supposée de l'intimidation collective sur le mouvement général de la criminalité; d'autres concernent les rapports de l'homicide volontaire et de la peine de mort; une troisième catégorie de statistiques enfin, a trait à l'influence de l'aggravation des pénalités sur certains crimes.

(26) STEFANI et LEVASSEUR, *op. cit.*, t. I, n° 330 et 331.

(27) BOUZAT et PINATEL, *op. cit.*, t. I, n° 47.

(28) Cf. par exemple LEGAL, *Rev. Sc. crim.*, 1955, p. 169 et *Rev. pénit.*, 1959, 924.

#### a) Les rapports de la sévérité des peines et de l'évolution générale de la criminalité.

Le mouvement général de la criminalité se trouve-t-il influencé par la sévérité ou, à l'inverse, par l'adoucissement de la répression ? Deux séries de statistiques contribuent à éclairer le problème, l'une ancienne, l'autre plus récente.

1. *La statistique ancienne* est celle qui a été dressée par E. Ferri sur l'évolution comparée de la criminalité et de la sévérité de la répression au XIX<sup>e</sup> siècle (29).

Après avoir constaté l'augmentation considérable de la criminalité de 1826 à 1895, Ferri s'est demandé si, corrélativement, la répression judiciaire avait été plus ou moins sévère pendant la même période. La conclusion à laquelle il a abouti est celle d'une augmentation de la sévérité de la répression (30). Cette conclusion a été critiquée par Tarde et Garofalo qui se sont au contraire prononcés en faveur de l'idée d'un affaiblissement de la répression au cours de la même période et ont par conséquent nié que l'on puisse tirer des données statistiques accumulées par Ferri des conclusions contre la valeur de l'intimidation générale.

En présence de cette contradiction, M. Pinatel s'est efforcé de réinterpréter les données rassemblées par Ferri. Bien que son interprétation soit quelque peu différente de celle de ce dernier quant au sens de l'évolution de la répression, puisqu'il estime qu'il y a eu égalité dans la sévérité des peines, cet auteur n'en conclut pas moins, comme Ferri, que la sévérité de la peine a été sans influence sur l'évolution de la criminalité (31).

2° M. Pinatel a abouti à une conclusion analogue en étudiant la statistique sur l'évolution de la criminalité apparente depuis 1946 jusqu'en 1953. Les données relatives à cette période accusent une baisse importante tant de la délinquance générale que de la criminalité de droit commun la plus grave (assassinats, meurtres, vols qualifiés, vols simples, escroqueries et abus de confiance). On a cependant assisté au cours de la même période à une dévaluation générale de la peine, selon la forte expression de M. Sauvageot (32). M. Pinatel en conclut dès lors qu'il est vain d'aborder le problème

(29) FERRI, *Sociologie criminelle*, p. 241 et suivantes; voir les tableaux reproduits par J. PINATEL in *Rev. Sc. crim.*, 1955, pp. 557, 559 et BOUZAT et PINATEL, *op. cit.*, t. III, n° 79.

(30) FERRI, *Sociologie criminelle*, p. 246.

(31) J. PINATEL, La prévention générale d'ordre pénal, *Rev. Sc. crim.*, 1955, p. 559.

(32) La dévaluation de la peine, *Rev. polit. et parlement.*, oct. 1946.

de la politique criminelle du seul point de vue répressif, alors que la politique de prévention sociale a joué un rôle essentiel dans ce mouvement de baisse (33).

b) *Les rapports du taux des homicides volontaires et de la peine de mort.*

La peine de mort est la peine la plus grave prévue par notre législation contemporaine et par certaines législations étrangères. Comme elle met en jeu la vie du criminel, elle constitue assurément la peine test la plus significative dans la recherche de l'effet intimidant de la peine.

Les études statistiques entreprises sur sa fonction de prévention générale dans ses rapports avec le meurtre aboutissent à des résultats quelque peu contradictoires.

On peut certes citer des données importantes tendant à prouver que le taux des homicides dans un pays est indépendant du fait que ce pays a ou n'a pas la peine de mort. C'est ainsi qu'au Portugal, l'examen de l'évolution du pourcentage d'homicides avant 1846, date à partir de laquelle on cessa d'exécuter la peine capitale, jusqu'à son abolition en 1867 s'est révélée fort encourageante et servit même d'argument en faveur de l'abolition de cette peine (34). De même, E. Ferri avait accumulé à la fin du siècle dernier des chiffres impressionnants contre l'effet intimidant de la peine de mort en observant que de 1826 à 1881 le total des procès jugés pour assassinats, empoisonnements, parricides et homicides avait diminué de 560 à 423 alors que dans le même temps le chiffre des exécutions capitales était tombé de 197 à 1 (35).

Récemment encore, une étude très approfondie de M. Thorsten Sellin sur les rapports de la peine de mort et du meurtre est venue projeter une lumière particulièrement vive sur l'effet prétendument intimidant de la peine de mort (36). Il résulte des recherches de M. Sellin :

1° Que les taux comparés des homicides dans des pays avec ou sans peine de mort varient indépendamment de l'existence ou de l'absence de cette peine en législation.

(33) Sur tous ces points, v. J. PINATEL, L'évolution de la criminalité en France depuis la libération, *Rev. Sc. crim.*, 1954, pp. 167, 168.

(34) E. CORREIA, La peine de mort au Portugal, réflexions sur la problématique et sur le sens de son abolition, *Rev. Sc. Crim.*, 1968, pp. 24-25.

(35) FERRI, *Sociologie criminelle*, p. 590.

(36) Th. SELLIN, *The death penalty*, 1959; La peine de mort et le meurtre, *Rev. Sc. crim.*, 1957, pp. 739 à 766. Voir aussi SAVEY-CASARD, La peine de mort, 1968, pp. 147-148.

2° Que l'abolition ou le rétablissement de la peine de mort dans un même pays n'ont eu aucune répercussion significative sur le taux des homicides (37).

3° Que l'exécution elle-même de la peine capitale est sans effet préventif.

4° Qu'enfin la sécurité des policiers ne se trouve pas davantage compromise dans les Etats abolitionnistes que dans ceux qui conservent cette peine.

Sur ce dernier point cependant Sir Richard Jackson, ancien Assistant Commissioner de Scotland Yard et ancien président de l'O.I.P.C. Interpol, a insisté récemment sur la fréquence des détentions illégales d'armes à feu et sur l'augmentation du nombre des infractions commises avec usage d'armes à feu en Angleterre en 1965 et 1966 après l'abolition de la peine de mort même à l'égard des crimes les plus graves (38).

D'une manière plus générale, on oppose aux données statistiques qui précèdent d'autres chiffres desquels on prétend tirer argument en faveur de l'effet intimidant de la peine de mort. On a fait ainsi observer qu'en Suède, après l'abolition de la peine de mort en 1921, le nombre des condamnations pour homicide volontaire a augmenté de 20 %; de même en France la criminalité a augmenté lorsque les exécutions capitales furent suspendues de 1906 à 1909 par l'effet des grâces systématiques du Président Fallières (39). On insiste également sur l'abaissement spectaculaire de la courbe des vols à main armée après que la loi du 24 novembre 1950 ait prévu la peine de mort pour atteindre cette sorte de crimes (40). Mais cette dernière observation concerne aussi les rapports de l'aggravation des pénalités avec certains crimes.

c) *L'influence de l'aggravation des pénalités sur les divers crimes.*

1° Ce qui vient d'être dit au sujet des rapports de la peine de mort et du taux des homicides volontaires conduit à penser que

(37) Sur la vérité de cette affirmation pour le cas particulier de la Nouvelle-Zélande, R. THOMPSON, Le rétablissement de la peine capitale en Nouvelle-Zélande, *Rev. Sc. crim.* 1957, 821.

(38) Sir RICHARD JACKSON, préface à l'ouvrage de Tom TULLETT, No answer fox-trot eleven, London, 1967. On sait cependant que, dans les pays anglosaxons, la police s'est toujours montrée hostile à l'abolition de la peine de mort au motif que celle-ci porte atteinte à la sécurité personnelle des policiers. Sur ce point et sur l'attitude de la police en général vis-à-vis de la peine de mort, v. SUSINI, La police et la peine de mort, *Rev. Sc. crim.* 1960, 512.

(39) BOUZAT et PINATEL, *op. cit.*, t. I, n° 378.

(40) V. VOUIN, L'article de la mort, *Rev. Sc. crim.* 1966, pp. 564 et 565.

l'aggravation des pénalités prévues pour ce genre de crime est sans influence véritable sur son volume.

Mais une autre statistique particulière établie récemment à propos du viol à Philadelphie aboutit également à la même conclusion (41). A la suite d'un viol collectif particulièrement odieux commis le 3 avril 1966 à Philadelphie, une loi de l'Etat de Pensylvanie en date du 12 mai 1966 a porté les peines prévues pour ce crime de 15 ans de prison et 7 000 dollars d'amende à respectivement 30 ans de prison et 10 000 dollars d'amende pour le viol sans blessure, et l'emprisonnement à vie et 10 000 dollars d'amende pour le viol avec blessure. Les auteurs de cette étude statistique ont recherché quelle avait été l'incidence de la nouvelle peine sur la fréquence des viols à Philadelphie tant après le 12 mai 1966, date de la loi nouvelle élevant les pénalités, qu'après le 3 avril de la même année, car le crime commis à cette date avait été suivi d'une action publicitaire très intense en faveur de l'augmentation des pénalités prévues pour sanctionner le viol. Ils ont constaté :

— Que le nombre des viols n'avait pas diminué après le 1<sup>er</sup> juin 1966 par rapport à la même période de référence pour 1965, elle-même assez près de la moyenne des années antérieures depuis 1958.

— Que, dans la masse totale des viols, la proportion des viols consommés par rapport à celle des simples tentatives n'accusait aucune diminution significative dans les périodes du 4 avril au 12 mai 1966 et du 13 mai au 31 juillet 1966 eu égard à la période de référence immédiatement antérieure (1<sup>er</sup> mars - 3 avril 1966).

— Que la gravité des viols consommés n'a pas davantage diminué après les 3 avril et 12 mai 1966.

— Qu'enfin les viols accompagnés de blessures n'ont pas diminué au cours des mêmes périodes.

Il apparaît ainsi que la simple aggravation des sanctions pour viol dans l'Etat de Pensylvanie en 1966 n'a eu aucune influence significative non seulement sur la fréquence ou le volume des viols, mais encore sur leur intensité et leur gravité.

2° En revanche les données que l'on possède sur la diminution notable des vols à main armée après la loi du 23 novembre 1950 conduisent à penser que pour cette sorte de crime qui est principalement l'œuvre de criminels professionnels, la sévérité des pénalités n'est pas exempte de tout effet intimidant. Il est vrai que

(41) NORMANDEAU et SCHWARTZ, Evaluation de l'effet intimidant de la peine. Le cas du viol à Philadelphie, *Rev. dr. pén. et criminologie*, 1967-1968, pp. 456-464.

l'on a répondu que l'abaissement spectaculaire de la courbe des vols à main armée au lendemain de cette loi était dû principalement à l'action policière. « C'est moins la sévérité de la peine en soi, a-t-on écrit, que l'efficacité de l'action policière qui a abouti à faire diminuer cette forme de criminalité » (42). Il n'est pas douteux que la police a joué un rôle de premier plan dans ce phénomène, mais, on peut légitimement se demander si cette action aurait été aussi efficace si elle ne s'était pas appuyé sur un renforcement spectaculaire des pénalités.

d) L'examen de ces diverses données statistiques conduit finalement aux *conclusions* suivantes :

1° A s'en tenir aux données de statistiques générales utilisées, l'égalité dans la répression ou l'adoucissement de celle-ci ne paraissent pas avoir d'influence significative sur l'évolution de la courbe générale de la criminalité. Celle-ci semble augmenter ou diminuer pour des causes indépendantes de la sévérité de la loi pénale.

Toutefois les deux études sur lesquelles se fonde cette conclusion ne nous paraissent pas suffisantes. La première (statistique Ferri) a fait l'objet de critiques tendant à aboutir à la conclusion inverse. La seconde porte sur une période (1946 - 1953) qui est consécutive à une époque de sursaturation criminelle due à la guerre et à l'occupation. L'accroissement continu de la délinquance depuis 1957 (43), malgré le maintien de la dévaluation de la peine, pourrait tout aussi bien conduire à des conclusions très différentes. Il serait dès lors souhaitable de reprendre la question en choisissant des périodes de comparaison significatives et en procédant à des confrontations avec des données statistiques étrangères.

2° L'influence anticriminelle de la peine de mort sur les homicides est douteuse. Quoique l'on puisse avancer quelques statistiques en sens contraire, les études les plus sérieuses effectuées dans ce domaine conduisent à penser que la présence ou l'absence de la peine de mort en législation n'a pas d'incidence significative sur le taux des homicides (44).

(42) J. PINATEL, *Rev. Sc. crim.* 1954, p. 161; cf. aussi l'évolution de la criminalité en France, *Rev. Sc. crim.* 1965, p. 923.

(43) PINATEL, L'évolution de la criminalité en France, *Rev. Sc. criminologie*, 1965, pp. 916-924.

(44) Colloque commémoratif du centenaire de l'abolition de la peine de mort au Portugal, Coïmbre, 11-16 septembre 1967, compte rendu M. A. in *Rev. Sc. crim.* 1968, 170.

Il en va sans doute différemment en matière de vol à main armée, ce qui conduit à s'interroger sur les rapports de l'effet intimidant de la peine de mort et de la psychologie criminelle, encore qu'il y ait quelque hésitation sur la cause véritable de la diminution des vols à main armée en France après la loi du 23 novembre 1950.

3° Le renforcement de la sévérité des peines paraît sans influence sur certains crimes pourtant très graves (homicides volontaires, viols), alors qu'il semble avoir une incidence importante sur le volume de certains autres crimes (vol à main armée). Mais dans le deuxième cas, il est difficile de dire si l'influence anticriminelle n'est pas à attribuer à l'activité renforcée de la police plutôt qu'à l'augmentation de la sévérité de la loi, les deux éléments ayant probablement agi simultanément. Des recherches plus variées et plus systématiques demeurent nécessaires pour faire le départ entre les crimes pour lesquels l'effet de prévention générale de la loi est nul ou insignifiant et ceux pour lesquels il n'est pas contestable.

4° De toute manière l'apport de la statistique criminelle dans ce domaine se trouve nécessairement limité pour deux séries de raisons. D'une part, la statistique ne permet de connaître que les cas où l'effet intimidant de la peine n'a pas joué; elle est en revanche impuissante à déterminer le nombre de projets criminels dont l'auteur aurait été détourné par la seule représentation du châtement encouru (45).

D'autre part, l'accroissement ou la diminution de la criminalité sont dus à un ensemble de causes complexes (économiques, sociales et politiques) parmi lesquelles il n'est pas possible de déterminer la place exacte qu'occupe l'intimidation. Aussi est-il nécessaire de s'orienter vers d'autres types d'investigations de nature qualitative.

#### B. Les données d'ordre sociologique.

Les données de la sociologie et de la psychologie sociale ont trait d'une part à la variabilité de l'effet de dissuasion de la sanction pénale et d'autre part, au rôle du renforcement de l'action policière sur la criminalité.

##### a) Variabilité de l'effet de dissuasion de la sanction pénale.

Dans la conception classique de l'intimidation collective, la peine est censée posséder un pouvoir de dissuasion semblable dans toutes les hypothèses. Les données sociologiques et psycho-sociales mon-

(45) KINBERG, *Réflexions critiques*, op. cit.; LEGAL, Rapport au 6<sup>e</sup> Congrès français de criminologie, op. cit., p. 52.

trent au contraire que cet effet varie suivant la nature du délit, le caractère de la peine, et la connaissance par les citoyens du contenu des lois pénales et de leur application.

##### 1° La nature du délit.

Dans les sociétés archaïques simples et homogènes, les crimes constituaient la violation de règles de conduite peu nombreuses qui étaient généralement fortement et spontanément ressenties et approuvées de tous (46).

Les sociétés modernes se caractérisent au contraire à la fois par la complexité croissante des relations sociales et par une hétérogénéité de plus en plus accusée due à l'isolement au sein d'un même Etat, des diverses ethnies, des diverses classes sociales, des familles et finalement des individus à l'intérieur même de leur famille.

La multiplication et la complication incessante des rapports sociaux dans la société a fait apparaître des occasions nouvelles et multiples de conflits d'intérêts qui ont conduit l'Etat à multiplier les lois pénales pour contraindre les individus à respecter les réglementations innombrables et enchevêtrées qu'il édicte pour normaliser ces rapports sociaux nouveaux. Il en résulte une prolifération des délits souvent dénoncée, mais toujours plus grande. Ces délits constituent pour la plupart des délits artificiels, des « mala prohibita » par opposition aux « mala in se » (par exemple les délits économiques, les délits fiscaux, etc.). Or, il est essentiel d'observer que ces conduites antisociales ne sont pas considérées comme moralement blâmables par la plupart des citoyens ce qui ôte à leur incrimination une bonne part de son effet intimidant (47). Le législateur en est si convaincu qu'il s'efforce de pallier l'absence d'effet inhibiteur de la simple incrimination en prévoyant des peines très sévères eu égard à la gravité du dommage causé par ces actes à l'ordre social.

Parallèlement, l'hétérogénéisation de la société contemporaine fait que le caractère criminel d'actes pourtant parfois réprouvés par la morale traditionnelle n'est pas également ressenti dans toutes les couches de la société. Le phénomène des conflits de culture et le rôle de l'apprentissage dans la formation de la personnalité du criminel sont suffisamment connus pour qu'il ne soit pas nécessaire d'y insister davantage. Il suffit de relever qu'il existe ainsi des cas où une personne préférera choisir d'agir en conformité des

(46) V. J. PINATEL, L'apport de l'ethnographie à la criminologie et au Droit pénal, *Rev. Sc. crim.* 1966, pp. 648-649.

(47) Th. SELLIN, L'effet intimidant de la peine, 1960, p. 582.

taux de criminalité des quatre mois correspondants de l'année précédente choisie comme période de référence.

Toutefois cette expérience a montré que l'on ne doit pas attendre du renforcement de la surveillance policière des résultats semblables pour toutes les catégories d'infractions. Les infractions contre les personnes et contre les mœurs ont nettement moins diminué que les crimes et délits contre la propriété et contre la chose publique; la statistique des assassinats accusait même une augmentation (huit assassinats contre six en 1953 pour la période de référence).

Ces observations ont conduit M. Sellin à opérer, de ce point de vue, une classification des délits en quatre catégories en fonction des conditions dans lesquelles ils sont portés à la connaissance des autorités publiques et des risques d'arrestation de leurs auteurs :

- Les délits qui consistent en une agression contre la personne pour lesquels le risque d'être arrêté est élevé et peut varier entre 70 et 90 %.
- Les délits qui affectent directement une autre personne mais qui ne supposent aucun contact avec la victime (vols ordinaires, vols avec effraction, destructions volontaires de la propriété d'autrui par exemple). Le risque d'arrestation tombe ici à 20 à 30 %.
- Les délits qu'il dénomme « délits de conspiration » (adultère, inceste, corruption, avortement par exemple) parce qu'ils tendent à être commis en secret et que leurs participants conspirent en quelque sorte pour les maintenir hors de l'attention des autorités publiques. Même lorsque ces délits comportent une victime précise (comme par exemple dans le chantage), le risque d'arrestation est infime.
- Enfin les délits qui ne comportent pas d'autre victime que cet ensemble impersonnel que l'on appelle la société (ivresse publique, vagabondage, port d'armes prohibées, etc.).

Th. Sellin estime qu'il n'est guère possible de beaucoup augmenter les arrestations pour les crimes et les délits qui entrent dans les deux premières catégories, alors que pour les deux dernières une exécution plus stricte de la loi et la réduction corrélative de l'impunité qui en résulte sont susceptibles d'en diminuer considérablement le nombre (55).

c) Au terme de l'examen de cette nouvelle catégorie de données de nouvelles conclusions s'imposent.

(55) Th. SELLIN, *op. cit.*, pp. 588-590.

L'effet de dissuasion général et abstrait attaché à la peine par le droit pénal classique constitue une vue de l'esprit comme d'ailleurs la plupart des concepts retenus par ce droit.

L'observation sociologique montre au contraire :

1° Que l'effet intimidant de la peine, si celui-ci existe vraiment, varie considérablement en fonction de trois facteurs : la connaissance ou l'ignorance de la loi pénale et des modalités de son application, la nature des infractions incriminées et les sociétés dans lesquelles les normes pénalement sanctionnées sont en vigueur, enfin le degré de gravité de la peine.

2° L'effet intimidant de la peine se trouve considérablement renforcé par l'ampleur de l'action de la police, quoique ce renforcement ne soit pas semblable pour toutes les catégories de délits.

Ces nouvelles données conduisent ainsi à opérer ou confirmer une double série de distinctions :

1. distinction entre la certitude de la peine et sa sévérité.
2. distinction plus encore entre les divers délits et les divers délinquants que vont permettre de compléter et de préciser les données d'ordre psychologiques.

### C. Les données d'ordre psychologique.

La conception classique de l'intimidation collective (Bentham, Feuerbach) repose sur cette idée que tous les délinquants sont des individus qui, avant de passer à l'acte, mettent en balance, en pleine lucidité, les avantages qu'ils peuvent escompter de la perpétration de l'infraction et la perspective du châtement auquel ils s'exposent. Elle suppose donc que tous les individus sont égaux au point de vue bio-psychique.

La criminologie contemporaine montre au contraire qu'il faut faire des distinctions parmi les délinquants éventuels.

Ferri, vers la fin de sa vie (56), distinguait déjà du point de vue de la force de coercition psychologique de la loi pénale entre trois catégories d'individus : une minorité de gens honnêtes, véritables saints sociaux qui ne commettraient pas de délits même s'il n'y avait pas de sanctions pénales; à l'inverse, une minorité de délinquants agissant par tendance instinctive, par aliénation mentale, par habitude ou par métier et sur lesquels la menace de la sanction pénale n'aurait aucune prise; enfin, entre les deux catégories, l'immense majorité des citoyens sans tendance bien arrêtée pour la vertu ou

(56) E. FERRI, Le nouveau projet de Code pénal italien, *Rev. int. dr. pén.*, 1928, p. 404.

pour le délit et à l'égard desquels la menace législative et judiciaire de la peine entre parmi les motifs qui les déterminent à ne pas commettre d'infractions (57).

Cette approche générale du problème correspond à une certaine vérité psychologique, mais elle demande cependant des précisions au moins en ce qui concerne les deux dernières catégories d'individus, si tant est que la première existe vraiment. Ce qu'il est, en effet, essentiel de rechercher, c'est le rôle que peut jouer la menace de la sanction pénale aussi bien dans le comportement délinquant que dans le comportement non délinquant.

a) *Le rôle de la menace pénale dans le comportement délinquant.*

Les délinquants se caractérisent d'une manière générale en ce qu'ils ne ressentent pas l'inhibition de la menace de la peine. La criminologie a précisément pour tâche spécifique de rechercher comment et pourquoi certaines personnes ne sont pas retenues dans leurs actions par cette menace (58).

Cela ne signifie pas pour autant que la menace de la peine n'intervient jamais à un titre quelconque dans le mécanisme du passage de l'acte. On peut dire au contraire que si elle n'est pas suffisante pour paralyser la réalisation du crime, elle n'est pas nécessairement absente de la psychologie du sujet à ce moment-là. Aussi bien doit-on distinguer dans cette perspective entre trois catégories de délinquants : ceux à l'égard desquels cette menace paraît ne jouer aucun rôle, ceux pour lesquels elle constitue au contraire un facteur favorisant, ceux pour qui à l'inverse elle intervient comme un frein inhibiteur.

1. Dans la *première catégorie*, on peut ranger les délinquants malades et anormaux mentaux, les asociaux imprévoyants et les criminels passionnels.

*Les délinquants malades et anormaux mentaux* sont des personnes qui souffrent d'un déséquilibre mental, des individus défavorisés par la nature dans le domaine de l'intelligence ou doués d'un caractère qui les rend sujets à des émotions fortes et qui leur fait perdre la maîtrise d'eux-mêmes ou encore des psychopathes qui souvent poursuivent leurs seuls désirs semblant insensibles aux sentiments

(57) Antérieurement FERRI se montrait hostile à toute idée de prévention générale : « l'homme qui s'abstient de commettre des crimes le fait pour de toutes autres raisons que la peur de la peine » a-t-il déclaré dans une conférence prononcée au début du siècle et citée par KINBERG. Les problèmes fondamentaux de la criminologie, p. 75.

(58) BOUZAT et PINATEL, *op. cit.*, t. III, n° 23, p. 42.

des autres et incapables d'éprouver des remords pour leur propre conduite. Il est certain que ces personnes ne sont pas capables de sentir et d'apprécier la menace du châtement qui les guette pour les délits qu'ils commettent dans toutes les circonstances et de la même façon que les sujets normaux. Leur pathologie exclut tout sens des responsabilités. Leur conduite criminelle illustre certainement l'échec complet ou tout au moins le fonctionnement imparfait à leur égard du pouvoir d'intimidation collective de la loi pénale (59).

Les délinquants d'habitude *asociaux imprévoyants* agissent sous l'impulsion de forces vitales ou encore parce qu'ils sont convaincus qu'ils ne seront jamais découverts. Au surplus comme ils ont généralement déjà subi une peine, ils ne sont plus arrêtés par la crainte de la note d'infamie que représente la condamnation pénale et d'autre part l'expérience qu'ils ont de l'exécution de la peine diminue la crainte que pourrait leur inspirer une peine de même nature. Une peine privative de liberté de durée déterminée est ainsi peu efficace pour ces individus du point de vue de l'intimidation. En revanche l'expérience montre qu'ils redoutent davantage les mesures de sûreté privatives de liberté en raison de leur caractère plus ou moins indéterminé (60).

Il est bien évident ici encore que, sous cette deuxième réserve, l'imprévoyance de ces sujets ôte à la sanction pénale à peu près toute influence anticriminelle.

Chez les *criminels passionnels* enfin, l'action inhibitrice des lois pénales est bloquée par l'existence d'une surcharge cérébrale occasionnelle entraînant des émotions fortes et des réactions motrices subites et véhémentes où le temps manque pour des considérations sur la nature de l'acte commis et les conséquences qu'il peut entraîner (61). Les nombreux cas de suicides qui succèdent à la perpétration de ces crimes révèlent d'ailleurs que la mort n'est pas toujours redoutée dans ces situations d'abattement et de profond désespoir (62). Cette dernière observation achemine d'ailleurs vers la deuxième catégorie de délinquants à distinguer du point de vue de l'effet inhibiteur de la sanction pénale.

(59) KINBERG, Réflexions critiques, *Rev. intern. criminologie et police techn.*, 1954, pp. 14-15, Problèmes fondamentaux de la criminologie, p. 76; Th. SELLIN, L'effet intimidant de la peine, *Rev. Sc. crim.*, 1960, p. 585; PINATEL, Rapport introductif au 6<sup>e</sup> Congrès français de criminologie, *Ann. Fac. Droit Toulouse*, t. XIV, 1966, fasc. 1, p. 36.

(60) KINBERG, Problèmes fondamentaux de la criminologie, p. 77, LEGAL, *Rev. Sc. crim. op. cit.*, p. 55; CORREIA, *Rev. Sc. crim.* 1968, p. 24.

(61) KINBERG, *op. cit.*, p. 16; dans le même sens LEGAL, rapport au 6<sup>e</sup> Congrès français de criminologie, p. 55.

(62) CORREIA, *op. cit.*, p. 23.

2° Cette *deuxième catégorie* se caractérise précisément par le fait que la menace de la sanction pénale, loin de détourner le délinquant du crime, est au contraire un facteur favorisant celui-ci.

Entrent dans cette catégorie tout d'abord les personnes qui commettent des délits parce qu'elles désirent le châtement. Il existe chez ces personnes un sentiment de culpabilité profondément enfoui dans leur subconscient qui ne peut être apaisé que si elles sont punies. Dans leur cas, la menace de la peine au lieu de prévenir le délit, les y incite plutôt puisque le crime leur procure l'occasion de satisfaire leur désir singulier (63).

On doit encore faire entrer dans cette catégorie les criminels fanatiques qui recherchent dans le martyre et dans la glorification de leur acte la signification de leur propre existence (64).

Enfin on peut également compter dans ce groupe les criminels chez qui le besoin de publicité se trouve bien satisfait par la sévérité de certaines sanctions qui viennent renforcer leur structure délinquante (65).

3° Dans la *troisième catégorie* de délinquants au contraire, il semble que la menace de la sanction pénale ne soit pas dépourvue d'influence dans le mécanisme du passage à l'acte criminel. Toutefois en raison des différences qui existent dans la façon dont elle joue, il faut à cet égard distinguer entre les criminels professionnels et les criminels en col blanc d'une part et les délinquants occasionnels d'autre part.

Les *Criminels professionnels* sont, on le sait, des sujets intelligents, éveillés, pleins d'initiative. Ces traits de leur personnalité expliquent qu'ils mesurent les conséquences de leur conduite antisociale et qu'ils évaluent assez correctement le risque d'être arrêtés et condamnés (66). Mais comme il s'agit d'autre part de sujets dépourvus de toute sensibilité morale et insensibles à la désapprobation sociale, cette connaissance de la sévérité de la peine et du risque d'arrestation ne joue pas l'effet inhibiteur attendu : elle a seulement pour conséquence de les conduire à utiliser leur intelligence pour rechercher les moyens d'échapper à l'application des sanctions pénales,

(63) SELLIN, L'effet intimidant de la peine, *Rev. Sc. crim.*, 1960, pp. 580-581 ; F. CORREIA, La peine de mort au Portugal, *Rev. Sc. crim.* 1968, p. 23.

(64) CORREIA, *op. cit. loc. cit.*

(65) V. PINATEL, Rapport introductif au 6<sup>e</sup> Congrès français de criminologie, *Ann. Fac. droit de Toulouse*, t. XIV, 1966, fasc.1, p. 36.

(66) En ce sens KINBERG, réflexions critiques, *op. cit.*, pp. 12-13 ; PINATEL, *Rev. Sc. crim.* 1955, 560 ; Th. SELLIN estime cependant que le délinquant professionnel évaluerait fort mal le risque de châtement, ce qui nous paraît une erreur : v. *Rev. Sc. crim.* 1960, 591.

par exemple l'utilisation d'un fichier aux Etats-Unis par les voleurs professionnels (67), ou bien la recherche des points faibles du système policier et judiciaire (68). De toute façon, la peine, lorsqu'ils doivent la subir, est considérée par eux comme un risque de travail qu'ils s'attendent à subir et qu'ils acceptent parce qu'elle leur semble un moindre mal que la pauvreté dont ils sont protégé par leur activité illicite (69). On peut observer une attitude analogue vis-à-vis de la sanction pénale chez le « white collar criminal » qui se distingue du précédent en ce qu'il appartient à un rang socio-économique élevé et qu'il commet les délits dans l'exercice de son activité professionnelle (70). Le « délinquant en col blanc » compense le risque de sanction pénale en développant tout un réseau de corruption administrative et politique.

Chez nombre de *délinquants occasionnels* assez bien adaptés à la vie sociale, il semble aussi que la menace de la sanction pénale intervienne comme facteur d'inhibition dans le mécanisme du passage à l'acte. Mais l'incidence de ce facteur est insuffisante face au rôle joué par les facteurs criminogènes, en particulier les facteurs de situation, dans la dynamique du crime.

Toutefois, le rôle exact de l'effet de prévention générale de la sanction pénale chez cette espèce de délinquants ne peut être déterminé que par comparaison avec celui qu'il est susceptible de jouer chez les non-délinquants.

#### b) *Le rôle de la menace pénale dans le comportement non-délinquant.*

Il est bien difficile de savoir dans quelle mesure la sévérité des peines et l'évaluation du risque de leur application interviennent dans l'attitude non-délinquante de la grande majorité des citoyens. Conscient de cette difficulté, Kinberg a écrit à ce sujet : « il n'y a probablement aucune méthode sociologique à l'aide de laquelle il serait possible de connaître dans quelle mesure le Code pénal et son application auraient un effet anticriminel sur tous les citoyens ; peut-être est-il douteux qu'une telle technique puisse jamais être inventée » (71).

(67) V. KINBERG, *op. cit.*, p. 13, se référant à l'ouvrage de H. SUTHERLAND, *The professional Thief by a Professional Thief*, 1950.

(68) Cf. PINATEL, *Rev. Sc. crim.* 1955, 560.

(69) Th. SELLIN, *Rev. Sc. crim.* 591 ; LEGAL, rapport au 6<sup>e</sup> Congrès français de criminologie, *op. cit.*, p. 54.

(70) V. en dernier lieu G. KELLENS, Du « Crime en col blanc » au « délit de chevalier », *Ann. Fac. Droit, Liège*, 1968, pp. 61 à 124.

(71) KINBERG, Réflexions critiques sur la prévention, *op. cit.*, p. 10.

Malgré cette difficulté sinon cette impossibilité, nombre de pénalistes n'hésitent pas à affirmer l'existence de l'intimidation collective sur l'ensemble de la population. Ainsi, pour M. E. Frey, le fait que la plupart des gens ne commettent pas d'actes défendus par la loi et menacés d'une sanction pénale pourrait être considéré comme preuve de l'existence de cette prévention générale (72). De la même façon, pour M. le Doyen Légal, « il ne faut pas oublier que les sanctions légales s'adressent aussi à l'ensemble des citoyens d'une volonté et d'une moralité moyenne, qui pourraient céder à certaines tentations s'ils ne devaient encourir que les reproches de leur conscience, mais que la perspective de la prison et de la note infamante qui s'y attache est fort bien de nature à détourner du passage à l'acte » (73).

D'une manière un peu différente, M. Jeschek situe dans le « blâme social public » de la condamnation pénale l'effet intimidant de la peine, mais il n'en affirme pas moins l'existence de celui-ci. « L'efficacité de la peine dans le domaine de la prévention générale, écrit-il, repose moins sur la crainte d'un mal physique chez le délinquant présumé que sur celle du blâme social public qui peut compromettre gravement la situation de l'homme dans la communauté. Tel est le motif pour lequel la menace de la peine reste sans écho dans le monde des criminels alors qu'elle est largement entendue par le reste de la population » (74).

A l'inverse, pour certains criminologues, la menace de la sanction pénale serait sans influence sur le comportement non délinquant de la majorité des citoyens. Ainsi, pour Th. Sellin, la plupart des individus se conduisent dans la vie sans penser à la loi et particulièrement à la loi qui traite des crimes et des délits graves. S'ils lui accordent à l'occasion une pensée, cette pensée est vague s'il n'y a pas menace immédiate, car après tout, prendre des risques et espérer le meilleur est un phénomène naturel de l'existence (75).

En réalité, il semble qu'il faille distinguer ici, comme le suggère Kinberg, entre les différentes sortes de crimes. Sans doute, pour les crimes les plus graves, tels qu'assassinats, vols à main armée, etc.,

(72) E. FREY, *Bull. Soc. int. criminologie*, 1956, 138.

(73) Obs. LEGAL, *Rev. Sc. crim.*, 1955, 169.

(74) H. JESCHEK, *Politique criminelle moderne en Allemagne et en France*, *Rev. Sc. crim.*, 1968, p. 528. Il semble que dans les sociétés primitives, le respect des règles de conduite était assuré par la pression exercée par ses semblables sur l'individu, par leur approbation ou désapprobation de sa conduite. V. KINBERG, *Problèmes fondamentaux de la criminologie*, pp. 95-98, citant les études de MALINOWSKI sur les mélanésien.

(75) Th. SELLIN, *Rev. Sc. Crim.*, 1960, p. 592.

la résistance intérieure à ce genre de méfait est si grande que la plupart des individus n'ont pas besoin de la menace de la peine pour en être détournés (76).

Il est intéressant de souligner, à cet égard, que l'examen des témoignages de l'histoire sur le comportement des individus dans les périodes où l'effet général des lois pénales a été suspendu pendant quelque temps par arrêt du fonctionnement de la justice en raison d'une situation révolutionnaire confirme ce point de vue. Kinberg (77) a fait à cet égard quelques sondages révélateurs dans la littérature relative à la Révolution française et aux mouvements révolutionnaires en Allemagne à l'issue de la guerre de 1914. Il en a conclu que « tous les hommes ne sont pas également disposés à commettre des crimes, que la plupart d'entre eux, même quand le système légal ne fonctionne plus, continuent à mener des vies honnêtes et que le contingent criminel d'un pays se compose d'un nombre assez restreint d'individus, recrutés dans la catégorie plus large des criminels potentiels » (78).

En revanche, au fur et à mesure que le délit devient moralement moins grave, la résistance intérieure faiblit et c'est ici que l'influence anticriminelle du droit pénal est susceptible de jouer effectivement à l'égard des hésitants qui connaissent bien les règles de conduite mais pour qui celles-ci contiennent encore quelque chose d'extérieur que seul le risque de la peine est de nature à raffermir. Ceci explique en particulier, qu'à l'égard des délits artificiels (délits économiques et fiscaux par exemple) ou de certains délits de négligence (contraventions au Code de la Route, « éthyliisme mondain » par exemple) la réaction sociale ne puisse souvent se proposer d'autre but que l'exemplarité et qu'assez souvent les sanctions prévues par la loi pour ces infractions sont particulièrement sévères. Il est significatif d'ailleurs que le mouvement de la Défense sociale Nouvelle, malgré l'importance essentielle donnée à la resocialisation, ne répudie pas entièrement la peine rétributive dans ces divers cas notamment en raison de l'effet d'intimidation générale qu'elle peut avoir (79).

Une observation analogue peut être faite pour certaines pratiques de castes comme le duel. On a observé que la disparition du duel s'est trouvée liée à la sévérité des peines encourues, ce qui a conduit

(76) *Réflexions critiques*, pp. 16-17; *problèmes fondamentaux*, pp. 79 et 80.

(77) *Problèmes fondamentaux de la criminologie*, pp. 98 à 104.

(78) KINBERG, *Problèmes fondamentaux de la criminologie*, p. 106; LEGAL, *Rapport au 6<sup>e</sup> Congrès français de criminologie*, *op. cit.*, p. 55.

(79) Cf. ANGEL, *Bull. soc. int. criminologie*, 1956, pp. 145-146.

Kinberg a conclu que l'intimidation a certainement joué dans ce cas <sup>(80)</sup>.

#### D. Conclusions générales.

Quelles sont en définitive les conclusions générales que l'on peut tirer des travaux criminologiques que nous avons analysés quant à l'effet intimidant de la sanction pénale ?

a) Ces études permettent tout d'abord d'éliminer les mauvaises façons de poser le problème et par conséquent de le résoudre.

1° Il y a en effet en premier lieu cette manière de le faire qui consiste à se placer sur un terrain purement quantitatif.

De ce point de vue les uns disent que la peine n'a pas d'effet intimidant puisqu'il existe des criminels qui par définition n'ont pas été arrêtés par la menace de la sanction pénale, alors que d'autres rétroquent que le fait que la plupart des gens ne commettent pas de crimes est la preuve de l'existence de la prévention générale (E. Frey).

A poser le problème en ces termes, on ne pourra jamais le résoudre <sup>(81)</sup> et on ne peut mieux faire que de renvoyer dos à dos adversaires et partisans de l'intimidation collective, car il y aura toujours une minorité de délinquants et une majorité de non-délinquants.

Le véritable problème n'est pas en effet de savoir s'il y a des gens qui commettent des crimes et d'autres beaucoup plus nombreux qui n'en commettent pas, mais de se demander quelle est l'influence de la menace de la peine dans le comportement des uns et des autres. La menace de la sanction encourue joue-t-elle un certain rôle inhibiteur dans le mécanisme du passage à l'acte chez les délinquants ? Intervient-elle également dans les motivations des conduites sociales adaptées des non-délinquants et, dans l'affirmative, dans quelle mesure ?

2° Un progrès important a été réalisé lorsque l'on a distingué entre la certitude de la sanction et la sévérité de la peine. On sait que cette distinction a été particulièrement mise en évidence par M. Andenaes dans son rapport au Congrès international de Criminologie de Montréal en 1965 <sup>(81 bis)</sup>. Mais elle avait été auparavant

(80) Problèmes fondamentaux de la criminologie, pp. 93-94.

(81) En ce sens KINBERG, *Réflexions critiques*, p. 19.

(81 bis) Johannes ANDENAES, *The general preventive effects of punishment*, University of Pennsylvania Law Review, vol. 114, n° 7, mai 1966; cf. J. PINATEL, Rapport introductif au VI<sup>e</sup> Congrès français de criminologie, Ann. Fac. Droit, Toulouse, t. XIV, fasc. 1, 1966, p. 36.

retenue par certains auteurs comme principe de solution de la difficulté. L'effet intimidant de la sanction pénale a-t-on dit, n'est pas lié à la sévérité de la réaction judiciaire; elle est simplement fonction de la certitude de la répression et d'une manière plus précise de l'appréciation subjective du risque de sanction par le sujet <sup>(82)</sup>.

Il n'est pas douteux que le risque de sanction, tel qu'il est perçu par le délinquant éventuel, renforce l'effet d'intimidation que peut posséder la menace de la peine. Mais cette distinction au regard de l'effet intimidant de la sanction appelle deux séries de réserves :

1° On a pu observer tout d'abord que la certitude de la sanction ne paralyse pas toujours le passage à l'acte criminel. Il existe en effet des catégories de criminels pour lesquels la sanction pénale, qu'elle soit certaine ou imprécise, n'empêche pas le crime; bien plus, pour d'autres délinquants, la menace de la sanction joue comme un vertige qui les attire vers la réalisation de leur projet criminel.

A l'inverse, il existe certains délinquants qui sont paralysés ou tout au moins gênés dans leur activité criminelle par la sévérité de la sanction. Aussi cherchent-ils à tourner la difficulté en s'efforçant de s'assurer par divers moyens l'impunité.

2° C'est par une pure abstraction de l'esprit que l'on dissocie la certitude de la répression de sa sévérité. Si les délinquants redoutent en général la certitude de la répression, c'est parce qu'ils savent que celle-ci sera sévère. Le terme de sévérité renferme d'ailleurs non seulement la nature et le taux de la peine encourue qui sera effectivement prononcée, mais aussi l'ensemble des inconvénients qui entourent le prononcé de celle-ci : l'arrestation, la longueur de la détention préventive, le blâme social résultant de la condamnation, etc.

L'expérience montre que lorsque la sanction ne comporte pas un minimum de gravité et d'inconvénients, elle a beau être certaine, elle ne détourne pas pour autant les délinquants éventuels de l'infraction. Ils trouvent que ce n'est pas cher en contrepartie du profit tiré de l'infraction et n'hésitent pas à entrer en contravention avec la loi. C'est sur cette observation élémentaire que repose la politique criminelle de renforcement de la sanction suivie à certaines époques dans certaines matières (vols à main armée, contraventions au Code de la Route, délits économiques). On augmente la sévérité

(82) J. PINATEL, *La prévention générale d'ordre pénal*, *Rev. Sc. crim.* 1955, p. 561; BOUZAT et PINATEL, *op. cit.*, t. 3, n° 79, p. 111; Th. SELLIN, *L'effet intimidant de la peine*, *Rev. Sc. crim.* 1960, p. 587; KINBERG, *Réflexions critiques*, p. 19.

des peines en même temps que l'on renforce l'activité policière et la rapidité de son intervention. Il est donc artificiel de dissocier la certitude de l'application de la peine de sa sévérité.

b) Le terrain ayant été ainsi déblayé, quelles conclusions positives autorisent actuellement l'état des travaux criminologiques ?

Les données de la criminologie condamnent indiscutablement d'une manière catégorique la thèse classique de l'effet absolu de dissuasion de la peine sur les délinquants éventuels. Les données de la sociologie comme celles de la psychologie sont formelles en ce sens.

Il ne semble pas en revanche que ces données conduisent à nier d'une manière non moins générale tout effet intimidant à la sanction pénale; celle-ci étant entendue comme signifiant tant la sévérité que la certitude de la sanction, l'une l'autre s'épaulant mutuellement. Tout dépend en réalité de la catégorie des délinquants et de la nature des délits. Le professionnel et l'occasionnel paraissent sensibles dans une certaine mesure à la menace de la peine. D'autre part, l'effet intimidant paraît décisif pour les délits artificiels et ceux qui sont moins moralement blâmables, du moins à l'égard des délinquants occasionnels éventuels et lorsque la prohibition légale est effectivement connue d'eux. Comme ceux-ci représentent l'immense majorité des citoyens, la conclusion revêt une très grande importance sociale. Mais il faut réserver les résultats d'études plus approfondies sur ces points précis qui feraient certainement grandement avancer la question.

*Paragraphe 2 — La valeur scientifique de la fonction rétributive de la peine.*

Outre sa fonction d'intimidation collective, la peine contemporaine conserve encore, parmi ses fonctions traditionnelles, un but de rétribution.

Le droit pénal, comme les autres branches du droit, organise en effet un certain équilibre des intérêts et des valeurs dans la société, un certain ordre social. Cet équilibre s'appelle la justice. Pour le droit pénal, il s'agit d'un équilibre entre les besoins considérés comme les plus essentiels de la vie sociale et la liberté d'action des individus. L'infraction à la loi pénale consiste dans la violation de celui-ci au détriment de la société. La peine a alors pour fonction d'assurer le rétablissement de l'équilibre, antérieur en rétribuant la faute commise. Le délinquant « paye sa dette à la société »,

comme le débiteur la paye à son créancier. La « justice répressive » se trouve ainsi assurée (83).

Autrefois l'idée de rétribution entraînait l'application de la loi du talion « œil pour œil, dent pour dent », car le souci de proportion mathématique qui caractérise l'idée de justice, impliquait la recherche d'une adéquation intégrale entre la peine et le dommage causé. Dans les formes plus évoluées de justice répressive que nous connaissons aujourd'hui il ne s'agit certes plus de faire subir au coupable le mal même qu'il a commis, mais du moins la fonction rétributive de la peine implique-t-elle que la gravité des peines demeure proportionnelle à la gravité du dommage lui-même et à l'étendue de la culpabilité de l'auteur de l'infraction dont les intentions sont prises en compte (84).

La validité scientifique de la fonction rétributive de la peine ainsi définie est subordonnée à plusieurs conditions. Il faut en premier lieu que le délinquant ait une conscience claire et exacte des obligations sociales généralement sanctionnées. Il faut en second lieu qu'il se sente responsable des actes qu'il a accompli en violation de ces obligations. Il faut enfin qu'il perçoive la peine comme la juste et nécessaire conséquence de son comportement antisocial. La conception anthropologique qui sous-tend ainsi la fonction rétributive de la peine dans le droit pénal classique est-elle conforme aux données des sciences humaines en général et de la criminologie en particulier ?

D'ailleurs, est-il tellement certain que cette idée d'une justice répressive rétributive coïncide avec la réalité de son administration ? Ne s'agit-il pas d'une rationalisation idéale a posteriori de phénomènes sociaux irrationnels et différents dans leur essence de l'idée exacte de rétribution ?

Les deux sortes de question sont distinctes dans leur principe, mais il faut bien voir qu'elles sont étroitement liées dans leur

(83) Certains auteurs contemporains persistent à voir dans l'idée de rétribution « l'essence de la peine ». Cf. OSTMAN VON DER LEYDE, VON VERSEN DER STRAFZ (de l'essence de la peine), Francfort sur le Main, 1959, 164 pages, pour qui la peine a pour but de faire régner la justice dans l'ordre des contingences sociales, est justifiée « quia peccatum est » et, en rétablissant la justice, revalorise les normes éthiques; v. également Antonio BERTAIN, Vers un écunisme historique en droit pénal. Réflexions sur la peine rétributive chez les canonistes, *Rev. Sc. crim.* 1965, 559.

(84) La rétribution pénale a fait l'objet de plusieurs tentatives de justifications philosophiques. V. l'exposé de ces doctrines dans J. PINATEL, Les aspects criminologiques du problème de la rétribution pénale, *Rev. sc. crim.* 1964, p. 638 et leur critique tant dans l'article précité que dans NIGEL WALKER, The Aims of a Penal System. The James Seth Memorial lecture, 1966, p. 30.

concrétisation historique. Une justice rétributive prétendue qui ne serait que la manifestation de tendances sociales irrationnelles fausse la perception par le délinquant de la valeur rétributive de la peine; inversement le défaut de perception de celle-ci par le délinquant est de nature à exacerber l'irrationnel dans l'administration de la peine.

Pour répondre à ces diverses questions, la criminologie et les sciences de l'homme fournissent trois séries de données. La première catégorie de renseignements résulte des données de la psychologie et de la psycho-sociologie de la vie morale qui éclairent l'ensemble du problème. Une deuxième série de données provient des indications de la criminologie clinique; elles fournissent des enseignements précieux sur la façon dont les délinquants perçoivent la rétribution pénale. Enfin diverses observations de nature sociologique ont opéré une certaine démystification de la rationalité prétendue de la fonction rétributive de la peine.

#### A. Fonction rétributive et psychologie de la vie morale.

La fonction rétributive de la peine présuppose que l'homme est un être rationnel qui trouve dans sa raison a priori les multiples impératifs de la loi morale et qui d'autre part se conduit conformément aux indications de celle-ci. Elle repose ainsi sur la conception kantienne de la morale et ce n'est pas par hasard que cette fonction a trouvé son développement et sa systématisation les plus poussés dans le droit pénal classique si imprégné de la doctrine de la justice absolue développée par Kant.

Les données de la psychologie de la vie morale montrent cependant que cet être idéal ne constitue qu'une abstraction intellectuelle qui concorde assez peu avec la réalité psychosociale tant en ce qui concerne l'acquisition des valeurs éthiques que leur réalisation dans la vie morale de chaque individu.

##### a) L'acquisition des valeurs morales.

L'origine de la conscience morale en général, et de la notion de justice en particulier, est l'objet de controverses bien connues en philosophie morale. De multiples explications ont été présentées jusqu'à présent pour rendre compte de celle-ci (85).

(85) Pour un exposé complet de ces doctrines à l'exception toutefois de la doctrine freudienne, cf. LE SENNE, *Traité de morale générale*, 5<sup>e</sup> éd., 1967, pp. 332 à 374; v. encore G. MADINIER, *La conscience morale*, PUF, 1954.

Les diverses thèses en présence peuvent être regroupées en deux grandes catégories : les théories innées et les théories de la conscience morale acquise. Pour les premières, les valeurs morales sont données a priori à la conscience soit par Dieu, soit par la raison, soit par le sentiment. Pour les secondes au contraire, l'homme est naturellement amoral; les règles de conduite qui orientent sa conduite dans la vie active proviennent de l'expérience ou de l'influence de la conscience collective sur les consciences.

Il est cependant essentiel d'observer que les partisans les plus convaincus de l'innéisme ne considèrent pas que la conscience morale soit tout entière donnée dans sa structuration et dans sa complexité à la naissance de l'individu. Ils soutiennent seulement qu'il n'existe pas d'état d'amoralité primitif et que la conscience morale est ainsi déjà incluse dans la nature. Mais ils ne contestent pas pour autant que la pure spontanéité de la nature est insuffisante et que le développement bio-psychologique de l'individu et l'éducation vont seuls permettre à la conscience morale de prendre consistance et de s'affirmer. Il en résulte finalement que les valeurs morales en général et la notion de justice en particulier doivent toujours être considérées comme acquises d'une certaine manière.

C'est ce que l'on peut vérifier tant à partir de l'étude générale des conditions d'acquisition des valeurs morales que de l'examen particulier de la formation particulière de la vertu de justice.

#### 1° Les conditions générales de l'acquisition des valeurs morales.

L'acquisition des valeurs morales ne se réalise pas également chez tous les individus ou, du moins, elle n'est pas aussi complète et aussi correcte chez chacun. Cette acquisition est, en effet, subordonnée d'une part au terrain bio-psychologique de l'individu et d'autre part à l'influence du milieu dans lequel il se développe physiquement et mentalement.

Les conditions bio-psychologiques de l'acquisition des valeurs morales :

Pour la psychologie moderne, la conscience morale est composée de trois séries d'éléments : des éléments intellectuels, les intentions et les idées morales, des éléments affectifs, les sentiments moraux qui en sont les composantes énergétiques et des éléments actifs, les tendances et surtout les volitions morales (86). Dès lors l'acqui-

(86) LE SENNE, *Traité de Morale générale*, 5<sup>e</sup> éd., 1967, p. 325.

tion des valeurs morales est subordonnée à l'existence et à l'étendue des aptitudes intellectuelles, affectives et volitives des individus. L'importance capitale des aptitudes intellectuelles dans l'acquisition des valeurs morales est implicitement affirmée dans la morale kantienne. En soutenant que la conscience morale n'est rien d'autre que la raison elle-même, Kant ne renvoie-t-il pas au niveau intellectuel des individus la découverte des valeurs morales ? Les sentimentalistes innéistes eux-mêmes, comme J.-J. Rousseau, ont également fait une certaine place à la raison dans la formation de la conscience morale. Après avoir déclaré que « les actes de la conscience ne sont pas des jugements, mais des sentiments » Rousseau écrit que « la conscience ne se développe et n'agit qu'avec les lumières de l'homme. Ce n'est que par ses lumières qu'il parvient à connaître l'ordre et ce n'est que quand il le connaît que sa conscience le porte à l'aimer ».

La psychologie moderne (87) a permis de vérifier cette intuition globale en particulier au niveau de la psychologie de l'enfant et de la psycho-pathologie. Les règles morales varient selon l'âge de l'enfant. Les principes de son action ne sont pas les mêmes à 3 ans, à 7 ans, à 12 ans, à 14 ans et lors de la crise d'originalité juvénile. Cette évolution est liée à des facteurs divers d'ordre biologique, psychologique et social; parmi ceux-ci, le développement intellectuel de l'enfant joue un rôle essentiel. La précocité de ce développement entraînera une maturation morale plus rapide; à l'inverse, le retard ou l'arrêt du développement intellectuel provoqueront une fixation du niveau de l'évolution morale du sujet (88).

Dans le domaine de la psycho-pathologie, d'autre part, les études faites précisément sur les rapports du niveau intellectuel et de la notion de justice ont conduit à penser que cette notion semble plutôt acquise que véritablement innée (89).

— L'affectivité et la volonté de leur côté jouent un rôle non négligeable dans l'acquisition des valeurs morales. La représentation purement intellectuelle des idées morales ne distingue pas celles-ci des connaissances intellectuelles; l'idée morale n'est pas intégrée dans la conscience morale comme principe d'action, elle pénètre seulement dans la conscience psychologique comme élément de connaissance. Pour que l'idée morale devienne une véritable

(87) V. D. PARODI, *Les bases psychologiques de la vie morale*, Alcan, 1928.

(88) V. Jean PIAGET, *Le jugement moral chez l'enfant*, P.U.F. 1957.

(89) E. O. P. MARTINEZ, *Nivel intelectual y nocion de justicia*, *Rev. psicol. gén. apli.*, 1965, n° 76-77, pp. 61-71.

valeur morale, il faut un minimum d'adhésion de la personnalité et cette adhésion ne peut résulter que d'un mouvement de l'affectivité accompagné d'une intention de réalisation de la valeur dans la vie morale qui procède du jeu de la volonté naissante (90).

Ainsi l'acquisition des valeurs morales se trouve-t-elle subordonnée à des conditions bio-psychiques sur lesquelles vont s'imprimer les influences du milieu.

Les conditions sociales de l'acquisition des valeurs morales :

Si les données bio-psychiques constituent le terrain plus ou moins fertile sur lequel vont se développer les valeurs morales, la semence est l'œuvre du milieu dans lequel vit l'individu (91). Le mérite des empiristes et de Freud a été de mettre l'accent sur le rôle de l'éducation dans la formation de la conscience morale et de tenter de préciser de quelle façon s'opère la transmission des valeurs morales de génération en génération. Pour Freud, en particulier, la conscience morale constitue le « sur-moi » résultant de l'introjction des interdictions parentales et plus particulièrement de « l'image paternelle ».

Il en résulte que le comportement moral de l'individu dépendra étroitement de la nature et de la qualité des valeurs morales transmises à partir des divers milieux qui ont contribué à son éducation : la famille, l'école, le voisinage, etc. Ainsi comprend-on l'intérêt des systématisations d'ordre psycho-social sur la formation de la personnalité du délinquant depuis G. Tarde jusqu'à la théorie de l'association différentielle de Sutherland; le contact avec des modèles moraux ou immoraux est fondamental dans l'acquisition des valeurs morales. Ainsi s'explique également le crédit limité qu'il convient d'attribuer à la fonction de prévention générale des lois pénales par leur action moralisatrice que l'on distingue de leur effet d'intimidation. Cette action moralisatrice ne s'affirme vraiment que lorsque les interdits posés par les lois pénales sont intégrés dans les

(90) Cf. Jean Lacroix, *Les sentiments et la vie morale*, P.U.F., v. également D. PARODI, *Les bases psychologiques de la vie morale*, chap. I, la tendance.

(91) Selon D. PARODI, « nul doute... que la formation morale ne soit œuvre avant tout sociale; que cette spontanéité du bien, ce soit dans et par la société qu'elle peut seulement être réalisée. Même si l'enfant qui naît porte en germe, dans sa conscience d'être raisonnable, toute une virtualité de développement moral, il serait absurde de vouloir lui faire retrouver à lui seul les acquisitions de son espèce et de sa race; et autant qu'absurde, il serait impossible de prétendre le soustraire aux mille et multiformes et constantes influences collectives » in *Les bases psychologiques de la vie morale*, p. 125.

interdits moraux plus larges enseignés par le milieu au sujet. Mais lorsque les principes d'action du milieu dans lequel baigne le sujet sont en contradiction avec la morale, et en particulier avec les règles du droit pénal, l'influence moralisatrice du Code Pénal est pratiquement nulle. Les évaluations morales sont antérieures au contact direct du sujet avec les principes d'action contenus dans les lois pénales; le Code pénal ne peut jouer qu'un rôle correcteur hypothétique (92).

Cela ne signifie pas cependant que les valeurs morales enseignées par le milieu de développement de la personnalité du sujet se cristalliseront définitivement dans son psychisme. L'expérience montre en effet que des sujets élevés dans un milieu moralement neutre ou même criminogène ont cependant une conduite conforme aux normes du droit pénal. Cette autonomie du comportement moral est d'ailleurs l'une des critiques adressées par les partisans des thèses innéistes à celles qui voient dans la conscience morale l'œuvre exclusive de l'éducation; elle montre que l'enfant n'est pas une « cire molle sur laquelle l'éducateur inscrit ce qu'il veut ». Il existe donc une fonction morale naturelle préexistante à l'éducation et à l'influence de la société.

Cette critique comporte certes une part de vérité. La nature n'est pas foncièrement amoral; il existe chez tout individu une disposition morale enracinée dans sa structure bio-psychique et en particulier dans sa raison. Mais il ne faut pas s'exagérer la portée de cette disposition et y voir, comme certains innéistes, une véritable structure morale a priori, entièrement déterminée dans son contenu et ses implications. Les réévaluations morales effectuées par l'individu qui a vécu dans un milieu criminogène ou amoral s'élaborent au contact d'autres influences sociales moralement saines. La disposition morale innée ne constitue que l'oreille par laquelle le sujet percevra les évaluations nouvelles, différentes de celles qui avaient été d'abord enseignées par le milieu d'origine; sa puissance de réflexion critique lui permettra d'en comprendre la valeur, mais elle n'est pas à elle seule la source des nouvelles règles d'action que le sujet se proposera. Cette observation est vraie pour toutes les règles de conduite morale, quel qu'en soit le domaine, mais elle est particulièrement éprouvée pour la vertu de justice ainsi qu'on va le préciser maintenant en examinant l'origine et l'évolution de la vertu de justice chez l'homme.

(92) KINBERG, Réflexions critiques sur la prévention, *Rev. int. criminologie et pol. techn.*, p. 12; Problèmes fondamentaux de la criminologie, p. 84 et suiv.

## 2° La formation de la notion de justice (93).

Les modalités de l'émergence de la vertu de justice dans l'esprit de l'homme ont été particulièrement étudiées par De Greef (94). De Greef est un innéiste et c'est sans doute pour cette raison qu'il estime que sa conception est conforme aux positions fondamentales de l'éthique (95) normative traditionnelle. Mais son innéisme n'est pas un a priorisme semblable à celui de Kant ou de Rousseau. Il ne considère pas que ce qui est donné c'est la vertu de justice, mais seulement une structure affective rudimentaire, le sentiment de justice. La vertu ne se dégage qu'ensuite progressivement et difficilement de ce complexe de tendances instinctives et peut fort bien ne pas apparaître.

a) Il existe ainsi à l'origine dans les premières évidences morales de l'intelligence et en quelque sorte dans la nature même de celle-ci un principe psychologique naturel et par conséquent inné : *le sentiment de justice*. C'est pourquoi chaque individu qu'il soit normal ou anormal affirme son aptitude à juger du juste et de l'injuste. Dès qu'un acte est posé par autrui, même s'il ne nous concerne pas directement, dès qu'un événement se produit dans le monde, il se produit en nous une réaction affective qui nous conduit à attribuer une valeur de juste ou d'injuste à l'acte ou à l'événement. Ainsi certains événements politiques récents, comme l'occupation de la Tchécoslovaquie par les troupes soviétiques ou l'action de commando d'Israël sur l'aérodrome de Beyrouth, ont provoqué chez chacun de nous un jugement spontané de cette nature.

Mais ce n'est pas tout. Ce jugement ne se limite pas toujours à une adhésion intime : il se prolonge souvent par un acte, une conduite, estimés, fondés, justifiés, légitimés ou tout au moins, lorsque l'événement ne nous concerne pas directement ou que notre action est impuissante à le modifier comme c'est le cas pour les exemples qui viennent d'être mentionnés ci-dessus, par l'esquisse d'une réaction allant de l'imprécation verbale à la participation à une manifestation publique dont la fonction est de libérer et de résorber en même temps l'agressivité déclanchée par le jugement

(93) Sur les aspects proprement philosophiques de la vertu de justice, voir Fr. HEINSICK, *La vertu de justice*, P.U.F. 1959; Vladimir JANKELEVITCH, *Traité des vertus*, Bordas, 1949, pp. 367 à 426.

(94) DE GREEF, *La structure affective de la notion de justice*, in *Tijdschrift voor filosofie*, 5<sup>e</sup> Jaargang, n<sup>o</sup> 3, 4, août, nov. 1943, p. 515 et suiv; v. également R. VOLCHER, *Propos sur le sentiment d'injustice subie chez le délinquant*, la table ronde, oct. 1966, p. 93.

(95) DE GREEF, art. précité, p. 515.

un échec professionnel ou sentimental par exemple peuvent réveiller les vieux automatismes instinctifs. Ces phénomènes, qui demeurent des accidents sans grande conséquence chez les sujets normaux, sont au contraire beaucoup plus graves chez les individus qui présentent des anomalies psycho-pathologiques : névrosés, paranoïaques, individus qui n'ont pas connu dans leur jeunesse le climat de sécurité et d'affection nécessaire au développement psycho-affectif harmonieux de l'enfant, ainsi que chez les sujets qui présentent une malformation physique importante congénitale ou acquise (99 bis). La réalisation des valeurs morales acquises est en effet elle-même fort éloignée de l'image de l'homme rationnel qui sous-tend la fonction rétributive de la peine.

b) *La réalisation des valeurs morales.*

Le simple fait d'avoir acquis correctement les valeurs morales qui doivent régler notre action dans la société n'implique pas nécessairement que ces valeurs seront vécues par le sujet. L'incarnation sociale de ces valeurs dépend de la structure bio-physique de la personnalité et de la situation dans laquelle il se trouve plongé au moment de l'acte.

1° Pour ce qui est de la *structure bio-physique* du sujet, on vient déjà de souligner l'importance de certaines anomalies mentales sur les jugements en rapport avec la justice portés par l'individu à l'occasion des actes qu'il accomplit.

Mais, à côté de ce premier aspect de la question, il faut signaler le rôle capital de l'affectivité dans la réalisation des valeurs morales. Il existe des individus qui connaissent parfaitement le bien et le mal, mais qui font cependant le mal d'une manière délibérée. Il y a en réalité chez ces individus une distorsion entre les facultés intellectuelles et l'affectivité. Ce sont des sujets affectivement froids, dépourvus de toute sensibilité. Ils conçoivent les impératifs moraux comme des règles abstraites que l'intelligence comprend, mais qui ne les engagent pas. C'est qu'en effet l'affectivité joue un rôle capital dans la vie morale. Il est impossible de concevoir la morale et la vie morale sans la présence du sentiment qui découvre la valeur et transfigure le devoir en élan d'amour. J. Lacroix souligne très heureusement cette vérité dans son étude sur « Les sentiments et la vie morale ». « A la fois intellectuelle, pratique et affective, vouloir et lumière, la conscience morale est sentiment au sens large du terme » résume G. Madinier (100).

(99 bis) VOLCHER, art. précité.

(100) G. MADINIER, La conscience morale, P.U.F.

2° Mais la réalisation des valeurs morales dépend également de la *situation* dans laquelle il se trouve au moment de l'action. Il existe, en effet, parfois des situations immorales, dont les situations criminogènes décrites par Kinberg ne sont qu'une variété. Selon la solidité de la conscience morale du sujet, les valeurs morales seront affirmées ou au contraire négligées. De telles situations créent en tout cas une tension psychique intense qui confère à l'incarnation de la valeur morale un caractère tragique.

c) *Conclusion.*

Il résulte des données de la psychologie de la vie morale que la conception anthropologique sur laquelle s'appuie la théorie classique de la rétribution pénale est bien éloignée de la réalité bio-psycho-sociale.

La fonction rétributive de la peine s'adresse à un être de raison qui a une conscience claire des impératifs moraux et qui trouve dans sa raison les motivations suprêmes d'une conduite conforme à ces impératifs. S'il a commis un délit, c'est parce qu'il a joué la raison contre ses passions; la peine est la rétribution de cette faute de calcul.

La psychologie de la vie morale nous montre au contraire que s'il existe certaines structures affectives innées, comme le sentiment de justice, celles-ci ne constituent pas les véritables valeurs morales; elles peuvent même engendrer de graves erreurs de comportement. Les valeurs morales vraies sont acquises au cours de la maturation psycho-affective de l'individu. Cette acquisition dépend à la fois de conditions bio-psychiques et de facteurs écologiques. Elle peut très bien ne pas se réaliser ou ne se faire que d'une manière imparfaite et parcellaire.

D'autre part la réalisation des valeurs morales acquises dans la vie morale peut se trouver paralysée par des anomalies psychiques ou par la pression de situations immorales sur des sujets à la conscience morale peu solidement formée. Elle suppose en tout cas que les valeurs morales soient animées par des sentiments qui leur insufflent l'énergie nécessaire à leur incarnation et qui peuvent totalement manquer chez certains sujets.

On peut finalement en conclure que s'il n'est pas souhaitable d'éliminer délibérément toute préoccupation de rétribution puisqu'elle correspond à certaines tendances instinctives confuses, la rétribution traditionnelle (« punitur quia peccatum est ») ne peut, en bien des cas, n'être pas comprise par le délinquant qui la considérera comme une injustice supplémentaire s'ajoutant à celle qu'il a déjà

subie et qui l'a poussée à commettre l'acte délictueux. C'est du moins l'un des enseignements que l'on peut retirer des données de la criminologie clinique dans cette matière.

#### B. Fonction rétributive et données de la criminologie clinique.

La criminologie clinique contribue à éclairer la valeur scientifique de la fonction rétributive de la peine à travers l'analyse de la culpabilité vécue par le criminel et les liens qui existent entre l'évolution de la notion de justice chez le criminel au cours du traitement et le pronostic de réadaptation sociale.

##### a) La culpabilité vécue par le criminel.

L'image du délinquant qui se sent responsable de sa faute à l'égard d'autrui et qui considère par conséquent la peine comme la juste rétribution du délit est bien souvent une pure illusion. Il convient tout d'abord de mentionner que certains sujets névropathes se culpabilisent d'une manière anormale à la suite de certains mécanismes inconscients. Ils ressentent un besoin d'expiation à la suite d'une agressivité refoulée et construisent leur culpabilité à la mesure de ce besoin. Mais le plus souvent, comme l'a souligné magistralement De Greef, les délinquants justifient leurs actes criminels en faisant appel à un préjudice ou à une injustice subie. Le sentiment d'injustice subie apparaît ainsi comme une dominante de la psychologie du criminel.

1° Du point de vue *quantitatif*, M<sup>me</sup> Tuerlinck dans son « Essai sur le crime passionnel » a retrouvé à la base de la jalousie qui motive cette sorte de crime, un sentiment d'injustice subie dans 20 % de cas à l'état pur et dans 70 % des cas mêlé à d'autres sentiments. Cette légitimation qui consiste à rejeter la faute sur l'autre, sur les circonstances ou sur le monde, ne se retrouve d'ailleurs pas seulement chez le meurtrier; on la constate aussi fréquemment chez le voleur et, avec une modalité quelque peu différente, chez le délinquant sexuel (101). De même, le R.P. Mailloux a observé, au XVII<sup>e</sup> cours international de criminologie (Montréal, août 1967), dans son rapport sur son expérience de l'établissement scolaire correctif de Boscoville, que très peu de jeunes délinquants ont le sentiment de leur faute (102).

(101) R. VOLCHER, Propos sur le sentiment d'injustice subie chez le délinquant, La table ronde, oct. 1966, p. 93.

(102) Cité in Excerpta criminologica, sept., oct. 1968, p. 294.

2° Au point de vue *qualitatif*, le sentiment d'injustice subi se présente chez le délinquant « comme une véritable invalidité morale, comme une incapacité absolue à reconnaître et à se subordonner à une valeur en dehors de lui-même » (103).

Chez les *délinquants malades mentaux*, ce sentiment est généralement très vif. Pour le névrosé, il prend sa source dans son hyperesthésie qui lui fait ressentir douloureusement tout échec, toute déception et l'amène à se replier sur lui-même; il accumule ainsi un certain ressentiment qui peut déclencher un meurtre ou des coups; le jour où il se laisse aller à son ressentiment, c'est avec l'ultime conviction qu'il est pleinement justifié, qu'il a agi en conformité avec ses droits imprescriptibles et que l'autre est responsable de tout. Chez le paranoïaque, le sentiment d'injustice subi s'alimente aux délires d'interprétation et de persécution qui le caractérisent; lorsqu'au terme d'une protestation et d'une revendication justicières, il en arrive à tuer « son ennemi », le crime n'est pour lui que la réparation du préjudice subi, réel ou imaginaire, et il se sent toujours justifié et en accord avec son code moral.

Chez le *délinquant homicide*, l'acte criminel apparaît comme pleinement justifié au terme d'un processus de légitimation plus ou moins conscient, plus ou moins long, qui lui fait progressivement apercevoir l'autre, la victime, comme le responsable de ses maux et qui l'amène à se considérer lui-même comme l'innocent injustement agressé et, partant, justifié dans ses actes. La mort de l'autre lui semble être la seule solution s'il veut continuer à vivre.

Le voleur même occasionnel se justifie souvent en invoquant le caractère flagrant d'une injustice sociale. Il ressent comme une frustration l'iniquité de la répartition des richesses et il considère que prendre le bien d'autrui c'est se rétablir dans ses droits antérieurement violés. La fraude commise au préjudice de l'Etat procède également du même sentiment d'injustice subie; l'Etat gaspille son argent, il ne prend qu'aux travailleurs, et la fraude n'est que le juste rétablissement du droit violé par l'atteinte insupportable que représente l'impôt sur le revenu et l'inquisition fiscale. On retrouve également ce mécanisme de légitimation chez le jeune délinquant voleur pour qui le vol, d'une voiture par exemple, prend la valeur d'une compensation justicière aux frustrations, qu'il rencontre dans la lutte pour l'existence.

Enfin, chez certains *récidivistes* du vol, le récit de leur vie constitue une longue suite de réactions à des injustices subies depuis leur enfance et ils s'entendent à présenter leur défense en rendant les

(103) R. VOLCHER, *op. cit.*

autres, depuis leurs parents jusqu'à leurs juges, responsables de leur comportement délictueux et de leur inadaptation sociale (104).

b) *Evolution de la notion de justice et pronostic de réadaptation sociale.*

L'évolution de la notion de justice au cours de la détention constitue un enseignement très précieux pour émettre un pronostic sur la réadaptation future du délinquant.

« Le détenu qui toute sa vie a eu une conduite dominée par la réaction à l'injustice, qui a toujours vu autrui comme malveillant, qui, revendicateur tout au cours de sa vie et de sa détention, s'est révélé incapable de toute compensation, qui n'a pu découvrir l'ambivalence et qui se justifie toujours et se vante d'agir conformément à la justice — à sa justice — doit être pour vous un sujet d'inquiétude, écrit M. Volcher. Par contre le détenu qui s'ouvre peu à peu à l'ambivalence, qui acquiert progressivement la capacité de compenser les frustrations, qui par-delà ses paroles de remords témoigne d'une culpabilité sincère à l'égard de sa victime, qui mettant en doute ses légitimations en arrive à reconnaître ses erreurs et à acquérir le sens de la relativité de son propre jugement, ce détenu justifie un pronostic infiniment plus favorable. L'apparition d'un sentiment de culpabilité authentique correspond à une baisse du sentiment d'injustice subie; en effet, celui qui vit sous le signe de l'injustice proclame la responsabilité d'autrui, tandis que celui qui se reconnaît coupable — nous ne parlons évidemment pas ici d'un sentiment de culpabilité morbide — admet sa propre responsabilité dans le préjudice subi. A ce point de vue la vie pénitentiaire, à condition que le détenu soit suivi de près, constitue un test excellent qui dépasse en valeur beaucoup de techniques psychologiques spécialisées » (105).

c) *Conclusion.*

Les données de la criminologie clinique font ainsi apercevoir qu'il est assez rare que les délinquants ressentent la peine comme la rétribution de l'injustice qu'ils ont commise. Tout au contraire, le délit se présente souvent à eux comme le rétablissement de la justice rompue antérieurement à leur détriment et la peine leur apparaît comme une contrainte sociale entièrement neutre du point de vue de sa signification rétributive, ou même comme une injustice supplémentaire.

(104) Sur tous ces points, v. VOLCHER, *op. cit.*, p. 101 et suiv.

(105) R. VOLCHER, *op. cit.*, p. 106.

Cependant la peine peut être un facteur capital d'éducation du sentiment de justice dans le sens de la vertu de justice et par là de réadaptation sociale. Du moins faut-il que la société elle-même conçoive bien la peine comme la juste rétribution du délit et ne masque pas sous la cérémonie judiciaire de la condamnation des réactions étrangères à la notion de justice qui seraient de nature à compromettre la correction du sentiment de justice chez le délinquant.

C. *Fonction rétributive et données sociologiques.*

Les pénalistes traitent généralement de la fonction rétributive de la peine comme d'une fonction déterminée par le corps social à partir d'une réflexion rationnelle sur les buts de la peine et appliquée par les tribunaux dans un acte conscient de pure justice.

La réflexion sociologique sur l'origine et la fonction du châtiment a mis au contraire en évidence tout ce qui se dissimule d'irrationalité derrière la façade impeccable de la justice rétributive contemporaine.

a) *L'origine religieuse* de la peine est aujourd'hui un fait bien connu. « La première conception de la justice pénale, écrit M. Ancel, a été une conception religieuse; elle consiste à assurer l'expiation du criminel coupable d'avoir porté atteinte à la divinité » (106).

On pourrait croire cependant que depuis l'apparition de la peine, la laïcisation du droit pénal a complètement désacralisé la sanction. Ce n'est là cependant qu'une apparence, car, derrière le masque de la rétribution rationnelle, se cachent encore certains vestiges de cette origine religieuse. Que le sacré sacralise le juridique cela ne se voit-il pas déjà dans l'espèce de respect religieux qui entoure l'action judiciaire, jusque dans les sociétés les plus laïcisées ?

Mais le phénomène est plus profond que l'apparat des chambres de Palais de Justice. Le « mythe de la peine » a été récemment réexploré dans toutes ses dimensions au colloque organisé par le centre international d'études humanistes et par l'Institut d'Etudes Philosophiques de Rome dans cette même ville au mois de janvier 1967 (107).

Le caractère mythique de la peine procède de son caractère contradictoire. L'entendement conçoit, en effet, comme unies la faute et la peine qui la suit, alors que dans les systèmes positifs de la sanction

(106) M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 2<sup>e</sup> éd., p. 195.

(107) Enrico CASTELLI et autres, *Le mythe de la peine*, Aubier Montaigne, 1967.

pénale, les deux notions sont dissociées : le mal de la faute se place dans la victime et le mal de la peine dans le coupable. On dit que par la peine l'une doit effacer l'autre, mais en réalité on ne fait que remplacer un mal par un autre mal. Ainsi la peine rétributive apparaît-elle comme injustifiable rationnellement parlant; elle ne se comprend que par ses attaches sacrées (108).

Mais si la peine n'est ainsi qu'un magnifique symbole du passé, un « mémorial » selon l'expression de P. Ricœur, comment reconstruire le concept de peine, dès lors que l'on en a détruit le mythe ? La réflexion philosophique et juridique s'est attachée à rétablir la peine dans sa rationalité qui ne peut finalement déboucher que sur son utilité sociale. « Il faut que la peine soit socialement utile, écrit Paul Ricœur. La seule expression juridique de l'idée de rédemption c'est une laïcisation entière du droit qui en élimine totalement l'idée d'expiation, et qui réalise véritablement la fonction sociale de la peine » (109).

b) L'irrationalité de la peine rétributive a été également mise en évidence dans une perspective différente, celle de la *fonction sociologique* de la peine, par Fauconnet dans son ouvrage sur « la responsabilité » (110) dont les idées connaissent aujourd'hui un regain d'actualité (111).

Au tryptique classique : crime, responsabilité, sanction, Fauconnet substitue le tryptique inversé : crime, sanction, responsable comme point d'impact de la sanction. Le crime, en effet, blesse la conscience collective dans ses valeurs les plus sacrées. Il en résulte une émotion collective intense qui cherche alors à se dépenser, à se décharger. Comme il n'est pas possible de faire que le crime commis n'ait pas eu lieu, la société cherche alors un substitut qui va permettre d'effacer symboliquement le crime. La sanction pénale apparaît ainsi comme le procédé magique de liquidation des conséquences émotionnelles du crime. Une telle analyse de la peine peut évidemment aboutir à une certaine réhabilitation de la vengeance (112). Mais pour d'autres auteurs elle peut aussi expliquer le mou-

(108) E. CASTELLI, Le mythe de la peine, *op. cit.*, p. 14; P. RICŒUR, Interprétation du mythe de la peine, *op. cit.*, p. 23.

(109) P. RICŒUR, art. précité, *op. cit.*, p. 59.

(110) FAUCONNET, La responsabilité, étude de sociologie, Alcan, 1920.

(111) Cf. L. M. RAYMONDIS, Le rôle de la sanction, *Rev. int. de criminologie et pol. techn.*, 1964, p. 283 et suiv. et MERLE et VITU, Traité de Droit criminel, n° 493, p. 502, qui présentent la peine comme une « nécessité rigoureuse de l'hygiène sociale ».

(112) Cf. E. MAUREL, Plaidoyer pour la vengeance, *Rev. int. criminologie et pol. techn.*, 1968, p. 7 et suiv.

vement moderne en faveur de la réadaptation sociale du délinquant fondé sur la prise en considération de sa personnalité. Car après avoir trouvé un substitut dans l'auteur réel ou présumé de l'acte, le corps social se trouverait à nouveau troublé par la connaissance de l'homme qui doit jouer ce rôle. Les réactions de pitié suscitées par la vue de cet homme vont alors en sens contraire de l'activité sanctionnelle première et l'équilibre social se trouverait ainsi rétabli par l'utilisation de la peine à des fins thérapeutiques (113).

c) Quoiqu'il en soit de ces prolongements modernes de la thèse de Fauconnet, elle présente l'intérêt d'avoir procédé à une sorte de « psychanalyse sociale » qui met à nu les ressorts irrationnels de la peine-châtiment dont les origines religieuses de celle-ci témoignent également. La vertu de justice apparaît ainsi comme aussi étrangère à la société qui punit qu'au délinquant qui est puni. Doit-on dès lors en tirer cette conséquence que les fonctions modernes de la peine constituent la seule issue scientifique à la théorie de la sanction pénale ?

(113) L. M. RAYMONDIS, *op. cit.*, p. 289.

## CHAPITRE II

L'EFFICACITE DES FONCTIONS MODERNES  
DE LA SANCTION PENALE

Dans son rapport introductif au présent colloque, M. Pinatel souligne que, si la philosophie pénale s'efforce de porter des jugements de valeur sur le droit pénal, tant en ce qui concerne sa valeur scientifique que son efficacité pratique dans la lutte contre la criminalité, le thème même du colloque limite les investigations à l'examen des données qui dominent la première de ces questions <sup>(114)</sup>.

Le point de vue serait exact si les problèmes de validité scientifique et d'efficacité pratique pouvaient être dissociés de manière rigide. Mais cette dichotomie est-elle légitime ? Efficacité pratique et validité scientifique ne sont-elles pas les deux faces d'un même problème, l'une dans l'ordre de la connaissance, l'autre dans l'ordre de l'action ? <sup>(115)</sup>. Il ne faut pas oublier que c'est l'échec de la politique criminelle classique qui a donné naissance à la criminologie scientifique.

D'autre part les fonctions modernes de la peine ne doivent-elles pas donner lieu elles-mêmes à une appréciation de leur valeur scientifique soit dans leur principe, soit dans leur modalité d'application ? C'est ainsi par exemple que la fonction de réadaptation sociale de la sanction pénale plonge ses racines tout autant dans des conceptions philosophiques et politiques que dans les données des sciences de l'homme et l'examen de sa validité scientifique serait

(114) J. PINATEL, Rapport introductif, *supra*.

(115) Cette observation ne signifie pas nécessairement que l'effet des traitements heureux permet de découvrir à coup sûr la genèse des crimes. Cf. sur les rapports entre l'efficacité des traitements et la découverte des causes du crime, J. LÉAUTÉ, préface à l'ouvrage « Le traitement des délinquants », 1966, p. 5 et suiv.

parfaitement autorisé à partir de certaines distinctions opérées entre les délinquants et les délits. Certains multi-récidivistes n'échappent-ils pas à toute possibilité de réadaptation sociale, du moins en l'état des connaissances actuelles sur les traitements ? D'autre part, certains occasionnels ayant commis des délits particuliers (délits artificiels) sont-ils véritablement à rééduquer ?

Il ne saurait être question d'aborder ce problème dans toute son ampleur dans le présent rapport, puisqu'aussi bien l'objet essentiel du colloque est d'examiner la valeur scientifique de ce qui demeure du droit pénal classique dans le droit pénal contemporain, à la lumière des données de la criminologie et des autres sciences de l'homme. Du moins n'est-il pas sans intérêt de rappeler brièvement certaines données sur l'efficacité pratique des aspects modernes de la sanction pénale et d'en souligner certaines ambiguïtés avant d'envisager dans quelle mesure et de quelle manière les données de la criminologie et des sciences de l'homme doivent conduire à modifier la législation existante sur la sanction pénale.

L'efficacité pratique du système contemporain des sanctions pénales peut être appréciée de deux façons : soit globalement, soit par secteur.

*Paragraphe premier — L'appréciation de l'efficacité des sanctions pénales.*

L'efficacité globale d'un système de sanctions pénales s'apprécie à partir de la valeur de prévention spéciale des sanctions, c'est-à-dire pratiquement, quoique non exclusivement, par le taux de la récidive <sup>(116)</sup>.

Toute récidive ne doit pas cependant être prise en compte dans la construction française actuelle, si l'on veut se faire une idée du taux d'efficacité des fonctions modernes de la sanction pénale. Parmi les peines principales en effet, l'amende qui est très souvent appliquée remplit une fonction essentiellement intimidatrice, elle ne recherche aucun effet de rééducation; aussi doit-on exclure la récidive consécutive à une première condamnation à l'amende. Seules les condamnations à réclusion, à l'emprisonnement ferme et à l'emprisonnement assorti du sursis simple et du sursis avec mise

(116) Certaines méthodes de traitement en milieu libre, comme le sursis avec mise à l'épreuve ou la libération conditionnelle, sont considérées comme ayant échoué non seulement au cas de commission d'une nouvelle infraction, mais également en cas de mauvaise conduite. Ainsi les révocations intervenues pour ce dernier motif doivent être ajoutées au compte de la récidive.

à l'épreuve devraient être comptées comme premier élément de la récidive. En revanche il faudrait pouvoir comptabiliser dans la base d'évaluation de l'efficacité de la sanction, le taux d'efficacité de certaines sanctions restrictives de liberté orientées vers la réadaptation sociale du délinquant, telles que l'interdiction de séjour, ou du pré-délinquant, telles que la désintoxication des alcooliques dangereux pour autrui ou l'admission des vagabonds au bénéfice de l'aide sociale.

Mais les données quantitatives dont on dispose aujourd'hui sont trop imprécises ou incomplètes pour se faire une idée exacte de l'efficacité globale des sanctions à l'heure actuelle.

Le compte général d'administration de la justice criminelle comporte bien des indications sur la récidive, mais il considère comme récidiviste tout individu dont le casier judiciaire porte mention d'une condamnation quelconque. C'est à la fois trop large et trop étroit compte tenu des observations précédemment faites, et en tout cas trop imprécis pour apporter une réponse satisfaisante à la question que nous nous posons.

Le compte général fournirait-il des renseignements plus ou moins précis que l'on n'en serait guère plus avancé car il ne pourrait retenir que la récidive judiciaire et non la récidive réelle. Or cette dernière est singulièrement plus élevée, ainsi que le souligne M. Pinatel dans sa chronique sur « l'évolution de la criminalité en France » (117). Dans cet article, après avoir rappelé le nombre élevé des récidivistes sous le Second Empire, l'auteur observe que les chiffres fournis par les statistiques de l'entre deux guerres accusent une diminution importante du récidivisme. « Mais, ajoute-t-il, dès cette époque il faut signaler que les amnisties successives faussent fondamentalement les résultats statistiques. L'inflation des pénalités d'ordre réglementaire et le développement des délits d'imprudence vont dans le même sens. *Les statistiques ne donnent plus dès lors une vue complète du récidivisme* » (118).

Ces difficultés n'ont pas cependant découragé toute tentative d'évaluation approximative de l'ampleur du phénomène du récidivisme à l'époque contemporaine à partir de quelques données éparpillées. Le jugement d'ensemble n'est guère encourageant. « En France, écrit M. le Doyen Bouzat, le nombre des récidivistes demeure très important, à tel point que les pessimistes se demandent parfois si les efforts tentés jusqu'à présent pour le réduire n'ont pas été à peu

(117) J. PINATEL, L'évolution de la criminalité en France, chron. criminologie, *Rev. Sc. crim.*, 1965, p. 916 et suiv.

(118) J. PINATEL, *op. cit.*, p. 923.

près vains » (119). La récidive pénitentiaire demeure, en particulier, encore de nos jours extrêmement importante en France. Elle correspond approximativement à la situation de plus de la moitié des détenus condamnés à une longue peine, ainsi que cela résulte de la statistique Coly qui sur 2 005 détenus condamnés à de longues peines dénombrerait 1 070 récidivistes (120). Aussi après avoir placé tous les espoirs dans la réforme pénitentiaire, on s'oriente aujourd'hui vers la recherche de nouveaux modes de traitement non privatifs de liberté. Ainsi que l'écrit M. Léauté : « Malgré les efforts considérables accomplis, le nouveau régime des prisons n'a finalement pas détourné du crime beaucoup plus de criminels que le précédent. Les établissements sont surpeuplés de délinquants de droit commun. La proportion des récidivistes reste élevée. L'expérience acquise depuis presque vingt-cinq ans a certes enrichi l'ensemble du savoir relatif aux méthodes de traitement pénal qu'on appelle science pénitentiaire ou encore pénologie. Elle a prouvé aussi, cependant, que, les abus anciens même une fois supprimés, la contradiction inhérente à la recherche d'un amendement par la privation de liberté continuait à empêcher la prison de constituer un instrument efficace de lutte contre le crime. Certains pays étrangers se persuadent que, par sa nature, elle le favorise au contraire souvent. Quelques spécialistes américains vont jusqu'à se demander si les réussites, quand elles ont lieu, ne sont pas dues, moins au traitement appliqué, qu'à la durée de l'incarcération qui fait passer le plus fort de l'élan vital derrière les barreaux. En bref, un fait nouveau s'est produit. Le rôle des établissements pénitentiaires est remis en cause et la place de la prison dans les peines futures se trouve contestée. La crise est d'autant plus sérieuse qu'on ne voit pas encore quelle institution de substitut pourrait remplacer adéquatement l'emprisonnement de quelque durée. » (121).

Cette évaluation globale des résultats des nouvelles méthodes de traitement en France se trouve confirmée par les sondages opérés

(119) P. BOUZAT, La lutte contre le récidivisme en France, *Rev. Sc. crim.* 1966, 851.

(120) J. L. COLY, Le centre d'orientation de Fresnes, Annexe au rapport du directeur de l'Administration pénitentiaire pour 1953, Melun, 1954, pp. 122 à 124.

(121) J. LÉAUTÉ, Les prisons, coll. Que sais-je; P.U.F. 1968, pp. 6, 7. La même inquiétude s'est emparée des pénologues des pays de l'Est comme en témoigne le symposium international sur les peines non privatives de liberté et le sursis à l'exécution de la peine en Droit pénal socialiste, Varna, 2, 7 octo. 1967, publication Sofia, 1968, 218 pages. Conf. également le 2<sup>e</sup> colloque international de la Fédération internationale pénale et pénitentiaire, Ulm, 17-22 avril 1967, sur les nouvelles méthodes de restriction de liberté dans le système pénitentiaire, Nivelles, imprimerie administrative, 1967, p. 146.

dans certains pays étrangers qui ont adopté une politique pénitentiaire moderne. Ainsi pour M. Van Bemmelen <sup>(122)</sup>, la politique pénitentiaire n'a pas réussi à diminuer la récidive et le récidivisme qui sont encore égaux à ce qu'ils étaient en 1900, ce qui l'amène à conclure que la vraie criminalité n'est pas influencée par les moyens utilisés jusqu'à ce jour.

D'un point de vue plus général, les recherches sur l'efficacité des peines et autres mesures de traitement conduisent à conclure que s'il existe des preuves rigoureuses permettant d'indiquer qu'un traitement humanitaire (ou même « indulgent ») des délinquants est au moins aussi efficace qu'un châtement sévère ou une détention prolongée, en revanche la thèse selon laquelle le traitement humanitaire est obligatoirement plus efficace n'est pas rigoureusement démontrée <sup>(123)</sup>.

En réalité, indépendamment de leur imprécision tenant à l'insuffisance des documents quantitatifs, ces évaluations globales se heurtent à une objection de principe décisive. La plupart des sanctions dont elles prétendent apprécier l'efficacité ont des buts multiples difficilement conciliables : réadaptation sociale, mais aussi intimidation et rétribution. Dès lors il est difficile, sinon impossible de savoir quelle est la part qui revient aux fonctions classiques de la peine dans l'impression pessimiste générale qui se dégage de ces diverses tentatives de sondage. Il est probable que cette part est importante, mais cependant pas exclusive.

Pour se faire une idée plus exacte de l'efficacité pratique de la réadaptation sociale des délinquants, il n'y a pas d'autre moyen, en l'état actuel des connaissances, que de procéder à une recherche par secteurs en prenant pour objet d'étude les traitements qui sont essentiellement orientés vers la réadaptation sociale.

#### *Paragraphe 2 — L'appréciation de l'efficacité du système des sanctions pénales par secteurs déterminés.*

A l'heure actuelle, nombre de traitements pénologiques sont dominés par des préoccupations de réadaptation sociale. Tel est le cas en particulier du sursis avec mise à l'épreuve, de la semi-liberté, de la rééducation des mineurs délinquants et du régime appliqué à certains relégués.

(122) VAN BEMMELEN, Criminalité et évolution sociale spécialement aux Pays-Bas, *Rev. de l'Institut de sociologie* (Belgique), 1963 - I, p. 81.

(123) Leslie T. WILKINS, Ce que signifient les faits et les chiffres, in « L'efficacité des peines et autres mesures de traitement », publication du Conseil de l'Europe, 1967, pp. 13-14, n° 4.

Or, lorsque l'on examine les données statistiques relatives à ces divers types de traitement, on est frappé par les résultats contradictoires obtenus dans leur application. Tandis que certains paraissent avoir réussi, pour d'autres au contraire on n'hésite pas à parler d'échec, voire même de « faillite » <sup>(124)</sup>.

#### *A. Les résultats positifs.*

Plusieurs traitements à dominante rééducative paraissent donner des résultats satisfaisants qu'il s'agisse de traitements en milieu fermé ou de traitements en milieu ouvert.

a) En matière de *traitement en milieu fermé*, on s'accorde généralement à reconnaître que la semi-liberté et le régime progressif donnent des résultats satisfaisants.

1. Si la *semi-liberté* n'est pratiquement pas appliquée dans les maisons centrales autres que les maisons à régime progressif, elle connaît maintenant un certain développement en matière de courtes peines privatives de liberté, malgré les difficultés rencontrées pour sa mise en œuvre. Le nombre moyen de semi-libres admis chaque année dépasse actuellement 1 400. Sur ce chiffre, le nombre des révocations n'atteindrait pas 25 %, et celui des incidents sérieux (évasions) 2 % <sup>(125)</sup>.

Les résultats paraissent donc encourageants. Mais deux réserves importantes doivent être faites. D'une part on peut se demander si l'on dispose encore d'un recul suffisant pour apprécier l'efficacité d'un tel traitement; il faudrait en effet, pouvoir suivre les anciens semi-libres après leur libération définitive et rechercher quel est le pourcentage de récidivistes parmi eux.

D'autre part, il convient de souligner que le nombre des semi-libres ne représente que 2,5 % du nombre total des condamnés; de la sorte la semi-liberté constitue une super-sélection parmi les condamnés à de courtes peines privatives de liberté et il est bien évident que l'on n'admettra à ce régime que ceux qui, au départ, présentent des garanties sérieuses de bonne conduite pendant le temps de semi-liberté. Le nombre des révocations serait sans doute beaucoup plus élevé si l'on procédait à un échantillonnage tout à fait indifférencié abandonné au hasard ! Mais il est aussi possible

(124) Les éléments chiffrés indiqués ci-dessous sont empruntés aux deux rapports présentés au 9<sup>e</sup> Congrès français de criminologie, Montpellier, septembre 1968, l'un par M. DUTHEILLET-LAMONTHEZIE, sur le traitement en milieu fermé, l'autre par M. PONS sur le traitement en milieu ouvert.

(125) Rapport DUTHEILLET-LAMONTHEZIE, p. 16.

que le taux de récidive serait moins grand parmi les condamnés à de courtes peines si la semi-liberté se généralisait pour ces derniers.

2. Cet aspect sélectif que l'on retrouve pour le traitement en régime progressif vient également tempérer l'optimisme qui se dégage de l'analyse des résultats de l'application de ce régime.

Bien qu'il n'existe en effet aucune statistique d'ensemble sur les résultats obtenus dans ce domaine, il semble que le nombre des récidivistes y soit nettement moins élevé que dans les maisons centrales à régime ordinaire.

D'après les indications données par M. Dutheillet-Lamonthez (126), les pourcentages de récidivistes après libération s'établissent ainsi :

— A la Maison Centrale de Caen, de 1952 à 1961, le taux ne dépassait pas 3 % ;

— A la Maison Centrale d'Ensisheim, pour les années 1948 à 1964, le pourcentage de récidives était nettement plus élevé ; mais il faut signaler que cet établissement est spécialement affecté à la rééducation des récidivistes et que le taux de rechute y est sans doute moins élevé que dans les maisons centrales à régime ordinaire pour les détenus de cette catégorie (127).

Cette dernière observation montre cependant combien il est difficile d'apprécier l'efficacité exacte d'un tel régime. Le nombre des détenus effectuant leur peine sous le régime progressif ne représente qu'un septième environ du total des détenus en maisons centrales. Ce sont les éléments considérés comme les moins pervers qui sont orientés vers les établissements réformés. La différence qui existe dans les résultats entre les délinquants primaires et les récidivistes soumis à ce régime montre la relativité de la signification des données statistiques en la matière.

b) Quant au traitement en milieu ouvert, on s'accorde à reconnaître les résultats satisfaisants obtenus en matière de sursis avec mise à l'épreuve et de libération conditionnelle.

1. Pour le sursis avec mise à l'épreuve, M. Pons signale dans son rapport (128) que le nombre des révocations s'est maintenu, d'année en année, à 7 % du total des condamnés en cours d'épreuve dans l'année considérée, la proportion de récidives proprement dites étant de 4 %. Il ajoute que ces chiffres n'ayant qu'une valeur indi-

(126) Rapport cité, p. 22.

(127) Pour les autres maisons réformées sur lesquelles on ne possède que des renseignements fragmentaires, et donc peu significatifs, v. le rapport précité p. 22.

(128) *op. cit.*, p. 52.

cative, les deux termes du rapport ne concernant pas forcément les mêmes individus puisque l'épreuve dure de 3 à 5 années, c'est à 20 % environ que l'on estime habituellement la proportion des échecs en cours d'épreuve.

Ici encore, il convient d'interpréter ces chiffres avec une certaine prudence.

Il faut en effet, tenir compte d'abord du degré d'état dangereux des probationnaires comparativement à ceux qui sont frappés d'une condamnation ferme à l'emprisonnement correctionnel. C'est un fait bien connu en effet, qu'en raison de l'insuffisance de l'équipement du milieu ouvert, les tribunaux hésitent à prononcer le sursis avec mise à l'épreuve au profit de délinquants déjà condamnés (129) ; de la sorte la majeure partie des probationnaires est formée de délinquants primaires. Cette circonstance est de nature à fausser la signification qu'il convient d'attribuer aux statistiques.

D'autre part, les mêmes raisons pratiques font que bien souvent le sursis avec mise à l'épreuve fonctionne à peu près comme un sursis simple. Il en résulte évidemment que le nombre des révocations pour mauvaise conduite et en particulier pour inobservation des obligations imposées au probationnaire est sans doute moins élevé que si le contrôle étroit du probationnaire pouvait être effectué normalement.

Enfin, la statistique de la récidive devrait comporter le nombre des récidives après la fin du régime du sursis avec mise à l'épreuve, ce qu'elle ne fait pas pour des raisons évidentes. Ce n'est qu'avec ce dernier chiffre que l'on pourrait apprécier d'une manière correcte l'efficacité d'un tel traitement.

2. Quant aux révocations de libération conditionnelle, elles n'excèdent pas 13 % du nombre des libérations accordées (130). Encore faut-il observer que, sur ce chiffre, le pourcentage le plus élevé concerne les relégués, de telle sorte que le nombre des révocations de libération conditionnelle des non-relégués n'atteint pas 7 %, les récidives proprement dites ne comptant que pour 4,8 %.

Le nombre particulièrement élevé de révocations de la libération conditionnelle octroyée aux relégués montre cependant que, dans

(129) On sait qu'aux termes de l'article 738 du Code de procédure pénale, peut bénéficier du sursis avec mise à l'épreuve, le condamné qui n'a pas fait l'objet d'une condamnation antérieure définitive supérieure à six mois d'emprisonnement correctionnel.

(130) Cf. rapport DUTHEILLET-LAMONTHEZIE précité p. 18. En utilisant un autre mode de calcul, M. PONS (rapport précité, page 52) trouve un pourcentage inférieur : 9,2 %.

ce bilan de la réadaptation sociale, il existe un certain nombre d'expériences à mettre au passif, expériences qu'il convient maintenant de relever brièvement.

### B. Les résultats négatifs.

Que les efforts tentés pour assurer la réadaptation sociale des relégués aient donné des résultats décevants, cela ne surprend guère ! Mais on est en revanche quelque peu étonné de constater que le régime de prévention et de traitement de la délinquance juvénile, essentiellement axé sur la rééducation, se solde par ce que certains experts, et non des moindres, n'hésitent pas à appeler une véritable « faillite » (131).

#### a) L'échec du traitement des relégués.

On sait que, rompant avec la conception traditionnelle de la relégation qui en faisait une mesure d'élimination, l'Administration pénitentiaire s'est efforcée depuis 1946 de réadapter à la vie sociale, sinon tous les condamnés à la relégation, ce qui eût été une gageure, tout au moins ceux qui paraissent encore susceptibles de mener une vie libre normale (132).

Dans une étude publiée en 1961 (133), M. le Premier Président Vienne avait relevé, en prenant pour base le nombre des relégués qui avaient été libérés depuis plus de 4 ans, que 30 % environ des sujets observés pouvaient être considérés comme ayant atteint une issue favorable.

Ces résultats n'étaient pas excellents. Du moins pouvait-on se féliciter que la réadaptation d'un certain nombre de relégués pouvait être assurée, alors qu'ils auraient été éliminés automatiquement avec le régime ancien de la relégation.

Mais dans le nouvel examen des résultats du traitement des relégués effectué en 1967 (134), le même auteur constate que le nombre

(131) HEUYER et ROUAULT de la VIGNE, Quelques réflexions sur la délinquance juvénile, *Rev. de neuropsychiatrie infantile*, 1967, pp. 407, 426.

(132) Cf. BOUZAT, La lutte contre le récidivisme en France, *Rev. Sc. crim.*, 1965, p. 851 et suiv., sp. pp. 863 à 866 et la bibliographie citée, pp. 871-872; Roger VIENNE, Le traitement des multirécidivistes en France, législation et régime pénitentiaire, rapport aux 15<sup>e</sup> journées de défense sociale, Bruxelles, 23-25 novembre 1967, *Rev. Sc. crim.* 1968, p. 137 et suiv.

(133) R. VIENNE, Le problème du multirécidivisme. Essai de mise au point sur l'état actuel de la question en France. *Rev. dr. pén. et criminologie*, 1961-1962, pp. 185 à 198.

(134) R. VIENNE, Le traitement des multirécidivistes en France. *Rev. Sc. crim.* 1968, 150.

de ceux à l'égard desquels a été obtenu un résultat positif est de 12 % environ de ceux qui ont été envoyés dans un centre d'observation depuis l'origine et de 24 % de ceux qui ont été mis en libération conditionnelle au départ de l'un des centres, ce qui l'amène à conclure qu'actuellement le nombre total des succès apparaît extrêmement minime.

Mais ici encore il faut attacher une valeur toute relative à ces données quantitatives.

Il est en effet essentiel d'abord de rappeler que la plupart des relégués relèvent du 3<sup>e</sup> cas de relégation qui suppose quatre condamnations soit à l'emprisonnement pour faits qualifiés crimes soit, ce qui est l'hypothèse de beaucoup la plus fréquente, à plus de trois mois d'emprisonnement pour délits spécifiés (135). Il s'agit donc d'individus qui ont été déjà condamnés de nombreuses fois pour des délits contre les biens principalement et à l'égard desquels toutes les tentatives antérieures de traitement en milieu ouvert ou fermé ont échoué. Il y a peu de chances que la relégation produise le miracle que l'emprisonnement correctionnel n'avait pu engendrer.

D'autre part, depuis que la loi du 3 juillet 1954 a rendu facultatif le prononcé de la relégation, le nombre des condamnations à cette mesure prononcées par les tribunaux a considérablement diminué : de 550 en 1953, il est tombé à 154 en 1963; le pourcentage des relégués par rapport à l'ensemble de la population pénale ne cesse ainsi de diminuer (136). Or il y a lieu de penser que lorsque les tribunaux prononcent la relégation, c'est qu'il n'y a plus guère de chance de reclassement social pour le délinquant (137). Il n'est dès lors pas surprenant que les résultats soient si décevants et ce n'est que d'un point de vue purement formel que l'on peut parler de l'échec de la relégation. Beaucoup plus inquiétante est en revanche l'apparente faillite de la prévention et du traitement de la délinquance juvénile.

(135) Cf. BOUZAT et PINATEL, *Traité de Droit pénal et criminologie*, t. 3 Criminologie, par J. PINATEL, n° 88.

(136) On observe également un phénomène semblable dans d'autres pays. Lorsque le prononcé des mesures de sûreté est laissé à l'appréciation des tribunaux, ceux-ci hésitent à décider des mesures aussi graves que l'élimination des multirécidivistes : cf. François CLERC, L'expérience des mesures de sûreté en Droit pénal suisse, *Rev. Sc. crim.* 1965, 87 et suiv.

(137) Au lendemain de la loi de 1954, certains tribunaux avaient cependant prononcé la relégation en se fondant sur la circonstance que l'intéressé paraissait amendable par un traitement pénitentiaire de longue durée, mais la Chambre criminelle de la Cour de cassation a rejeté cette conception singulière du but de l'institution, cf. *Crim.*, 6 déc. 1961, D. 1962, J. 83, note J.M.R., J.C.P., 1962, II, 12 532, note Larguier.

b) *La « faillite » de la rééducation en matière de délinquance juvénile.*

Le paradoxe de la délinquance juvénile contemporaine tient au fait que d'une part le système de traitement des mineurs délinquants et la prévention de la délinquance juvénile ne cesse de se développer et de s'améliorer et que d'autre part le nombre des jeunes délinquants ne cesse d'augmenter. De 1954 à 1967, le nombre a pratiquement quintuplé, alors que la population juvénile est loin d'avoir seulement doublé.

Ce paradoxe avait été aperçu par des esprits très avertis dès 1959 (138) et avait conduit à se demander s'il ne convenait pas de revenir à un système plus répressif à l'égard des mineurs délinquants. Cette opinion avait été examinée par M. Pinatel (139). Pour cet auteur l'accroissement de la délinquance juvénile n'est pas dû à la faiblesse de la politique criminelle suivie à l'égard des mineurs délinquants, car il n'existe pas plus de lien entre le taux de la criminalité et l'ensemble de la politique criminelle qu'entre le phénomène criminel et la peine (140). Ce phénomène inquiétant serait dû en réalité à l'apparition de facteurs nouveaux de délinquance des jeunes et à l'insuffisance des mesures générales de prévention sociale actuellement en vigueur pour y faire face.

Tout récemment le problème vient d'être repris d'une manière plus approfondie par MM. Heuyer et Rouault de la Vigne (141) qui n'hésitent pas à parler de la « faillite » du système actuel. Après avoir mis en évidence les facteurs nouveaux qui paraissent expliquer cette flambée de délinquance juvénile et qui procèdent tant de l'attitude foncièrement contestatrice de la jeunesse d'aujourd'hui que de la nocivité de la presse, les auteurs posent nettement la question : la répression doit-elle prendre la place de la rééducation ? Leur réponse est assez ambiguë car d'une part ils estiment que les moyens de remédier à ce fléau doivent accentuer les mesures déjà prises, ce qui paraît aller dans le sens préconisée par M. Pinatel, mais d'autre part ils pensent que ces moyens doivent prendre une orientation différente. A cet égard ils n'hésitent pas à inviter les

(138) Cf. LOPEZ-REY, La prévention et le traitement de la délinquance juvénile, Tendances internationales d'aujourd'hui, *Rev. int. crim. et police technique*, 1959, p. 3.

(139) BOUZAT et PINATEL, t. III, nos 132 à 135.

(140) J. PINATEL, *op. cit.*, n° 134.

(141) Quelques réflexions sur la délinquance juvénile, *Rev. de neuropsychiatrie infantile*, 1967, pp. 407-426.

pouvoirs publics à prendre des mesures « rudes et impopulaires ». Les références aux solutions de l'U.R.S.S. et de la Chine populaire qu'ils créditent d'un succès complet semblent également mettre l'accent sur la nécessité d'un retour à certaines formes de contrainte.

Il est en réalité difficile de porter un jugement équitable en cette matière, car la rééducation des mineurs délinquants et la prévention générale ou spéciale de cette espèce de délinquance sont étroitement liées. Il serait cependant souhaitable d'apprécier isolément l'efficacité de la rééducation des mineurs délinquants en recherchant quel est le taux de la récidive de ces sujets. Ce travail a fait l'objet de certaines recherches entreprises par le service de l'éducation surveillée (142). Il résulte de l'enquête faite par ce service sur 2 877 dossiers que le pourcentage de sujets réadaptés s'élève à 70 %, celui des sujets non réadaptés à 20 % et les cas douteux à 10 % (143). On voit combien l'aspect positif relevé par cette enquête tempère l'impression pessimiste qui se dégage de l'évolution générale de la criminalité juvénile.

D'autre part, il faut observer que la mise en œuvre de la rééducation est loin d'être satisfaisante. Les très nombreuses décisions de remise de l'enfant à la famille, dont les auteurs soulignent à juste titre la nocivité, s'expliquent par l'insuffisance de l'équipement en internats de placement appropriés. En pareil cas ce n'est pas le principe de la rééducation qui est en cause, mais la carence de la société dans l'édification des moyens de sa mise en œuvre.

En conclusion, il apparaît que l'efficacité pratique de la fonction moderne de la sanction pénale dominée par des préoccupations de rééducation et de reclassement social est assez souvent bien difficile à apprécier.

Devant l'échec de la politique criminelle classique dominée par les idées de rétribution et d'intimidation, voire d'élimination, certains esprits ont cru qu'un revirement de politique criminelle désormais orientée vers la seule réadaptation sociale des délinquants allait entraîner une réduction notable de la récidive et une régression spectaculaire de la criminalité générale.

Autant qu'on puisse les apprécier, les faits sont autrement complexes.

Sur le plan de l'évolution générale de la criminalité, il est certain qu'après une baisse importante du taux de celle-ci dans les dix

(142) Cf. LEDOUX, Les résultats de la rééducation des mineurs délinquants, *Rev. pénit.*, 1967, pp. 676, 690; P. L. Les résultats de la rééducation, 1967, Rééducation août-oct. 1967, pp. 80-83.

(143) LEDOUX, *op. cit.*, p. 687.

années qui ont suivi la fin de la guerre, on assiste à une remontée importante de la courbe de la criminalité. Celle-ci est en particulier considérable pour la délinquance juvénile. Peut-on imputer ce fait à l'affaiblissement d'un système sanctionnateur commandé par des préoccupations de réadaptation sociale, comme certains voudraient le faire croire ? Une réponse affirmative sans nuance serait certainement erronée. Mais le système actuel n'intervient-il pas pour partie du moins dans ce mouvement ascendant peu ordinaire ? Il est bien difficile de le dire.

Sur le terrain plus précis de l'incidence des méthodes modernes de traitement sur le taux de la récidive, on a vu que, malgré l'affirmation souvent faite, ce taux demeure très élevé, on ne dispose pas actuellement d'instruments de mesure satisfaisants pour porter un jugement sûr d'évaluation de l'efficacité globale de la réadaptation sociale. Dans des domaines particulièrement significatifs en revanche, les instruments de mesure sont un peu plus satisfaisants, mais on a constaté que les résultats obtenus sont contradictoires; alors que l'on peut parler de succès relatifs dans certains domaines (régime progressif, semi-liberté, sursis avec mise à l'épreuve, libération conditionnelle), on enregistre des échecs également relatifs dans d'autres domaines non moins essentiels (relégation et surtout délinquance juvénile).

Des investigations beaucoup plus complètes seraient sans doute nécessaires pour se faire une opinion plus exacte de l'efficacité des méthodes nouvelles. Il faudrait en particulier rechercher quel est le poids des fonctions traditionnelles de la peine qui conservent une certaine importance dans les résultats obtenus. Il faudrait également savoir dans quelle mesure les facteurs nouveaux de délinquance des jeunes comme des adultes dans la société de consommation et de loisir moderne viennent neutraliser les effets bénéfiques des traitements de réadaptation sociale et aggraver ainsi le taux des récidives.

Toutefois, les quelques sondages si superficiels soient-ils qui viennent d'être opérés sur l'efficacité des fonctions modernes de la peine permettent de mieux éclairer le problème de la modification du système actuel des sanctions pénales.

### CHAPITRE III

#### LES PERSPECTIVES DE REFORME OUVERTES PAR LES DONNEES DE LA CRIMINOLOGIE ET DES SCIENCES DE L'HOMME SUR LA SANCTION PENALE

Dans les chapitres précédents, on s'est efforcé d'accumuler les données relatives tour à tour à la valeur scientifique des fonctions d'intimidation collective et de rétribution attachées traditionnellement à la peine et à l'efficacité de la fonction moderne de réadaptation sociale.

En présence de ces éléments, il devient maintenant possible de rechercher dans quelle mesure le système actuel de la sanction pénale devrait être modifié pour tenir compte de ces données scientifiques.

Deux problèmes paraissent se poser dans cette perspective. Il s'agit tout d'abord de se demander dans quelle mesure la sanction pénale peut demeurer la liquidation du passé criminel du délinquant ou doit au contraire être orientée vers la prévention de la délinquance. D'autre part, au sein même de cette dernière attitude, il convient de rechercher si la sanction doit tendre uniquement à la réadaptation sociale du délinquant ou doit encore conserver un rôle d'intimidation et particulièrement d'intimidation collective.

#### Paragraphe 1<sup>er</sup> — La sanction pénale, liquidation du passé ou création d'avenir ?

Depuis la critique fondamentale de la politique criminelle rétributive classique par l'Ecole Positiviste au profit d'une politique de prévention individuelle, l'effort des néo-classicistes qui se sont succédés depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle est essentiellement axé vers

la réhabilitation de la notion de rétribution. Sans doute, chacune de ces vagues néo-classiques a su habilement faire des concessions au positivisme d'abord, puis à la défense sociale nouvelle, mais on peut estimer que ces abandons n'ont été consentis que pour mieux tenir sur le point considéré comme essentiel, à savoir le maintien à la condamnation pénale de sa signification rétributive. Il existe ainsi à l'heure actuelle un mouvement très puissant en faveur de l'idée rétributive, sous une forme certes rénovée, mais toujours identique à elle-même dans le fond des choses (144).

Parallèlement à cette offensive le mouvement de la Défense sociale nouvelle continue à affirmer que la « resocialisation » du délinquant doit demeurer le but essentiel de la politique criminelle, et ne cesse de lutter contre la peine rétributive (145), voire contre le droit pénal (146).

En présence de cet antagonisme, quelles conclusions convient-il de tirer des enseignements fournis par la criminologie et les sciences de l'homme, dans leur état actuel ? Le problème doit être examiné sous deux angles différents, celui de la personnalité du criminel et celui de l'attitude du corps social.

#### A. Rétribution et personnalité du criminel.

Il résulte des données de la psychologie de la vie morale et de la criminologie clinique que nous avons rassemblées précédemment (147), que l'image classique qui fait du délinquant un homme raisonnable possédant une conscience claire de ses devoirs sociaux, en particulier de son devoir de justice, et qui accepte le châtement comme la juste rétribution de la faute qu'il a commise, est une abstraction intellectuelle qui n'a que peu de rapport avec la réalité. Celle-ci est beaucoup moins flatteuse et en même temps bien plus riche dans sa diversité. Entre ce délinquant idéal, dont on peut se demander combien d'exemplaires la nature parvient à nous donner, et le pervers constitutionnel dont la malignité est la caractéristique essentielle, il existe toute une gamme psycho-morale de délinquants

(144) V. en particulier R. MERLE, Confrontation du Droit pénal classique et de la défense sociale, le point de vue doctrinal. *Rev. Sc. crim.*, p. 725 et suiv. Adde MERLE et VITU *op. cit.*, n° 493, p. 502, qui proposent une explication un peu différente sur la fonction de la peine « nécessité rigoureuse de l'hygiène sociale ».

(145) Cf. la 2<sup>e</sup> éd. de la Défense sociale nouvelle, par M. Marc ANGEL, éd. Cujas, 1966.

(146) GRAMATICA, Les facteurs criminogènes de Droit pénal, *Ann. int. criminologie*, 1968, n° 1, p. 49 et suiv.

(147) Cf. *Supra* chapitre I, paragraphe 2.

chez qui l'acquisition des valeurs morales est plus ou moins étendue et correctement assimilée et dont la conduite reflète une réalisation plus ou moins poussée dans l'action. L'importance du sentiment d'injustice subie qui se manifeste, selon les délinquants, avec une intensité plus ou moins grande, est en particulier l'un des traits caractéristiques de la personnalité de nombre de ceux-ci.

Ces données scientifiques condamnent à notre avis la position néo-classique qui demeure attachée de manière systématique au maintien de la condamnation pénale traditionnelle fondée sur des critères purement juridiques et rétributifs. Elles mettent au contraire en lumière toute la valeur scientifique qui s'attache à la position de la Défense Sociale Nouvelle pour qui la responsabilité doit être considérée non comme le fondement de la condamnation, mais comme l'objectif essentiel du traitement de « resocialisation », la réadaptation sociale se trouvant assurée lorsqu'au terme du traitement le sujet se sent enfin responsable de ses actes et a substitué, sous l'effet de la pédagogie de la sanction, au sentiment égoïste de justice qui l'animait d'abord, la vertu altruiste de justice qui doit désormais guider son comportement.

Il existe d'ailleurs une contradiction fondamentale dans la position du néo-classicisme nouveau lorsque cette doctrine prétend d'une part conserver à la condamnation pénale sa signification rétributive, mais que d'autre part elle accepte de rejoindre la Défense Sociale Nouvelle sur le terrain de la mise en œuvre de la peine, en estimant qu'il n'est nullement inéluctable de proportionner la durée de la peine à l'étendue théorique de la responsabilité morale et que rien ne s'oppose à ce que les tribunaux prononcent des peines suffisamment longues pour assurer le succès du traitement de rééducation. On comprend mal, en effet, ce que peut être cette condamnation rétributive qui ne se modèlerait pas sur le degré de la responsabilité morale du sujet. Rétribution et responsabilité morale sont indissolublement liées; dissocier la première de la seconde, c'est soit abandonner la condamnation pénale aux délires de la vengeance, soit la modeler sur l'état dangereux du délinquant, ce que prétend rejeter précisément le « néo-classicisme nouveau ».

Cette doctrine élève cependant contre le mouvement de la défense sociale nouvelle une objection qui paraît sérieuse, à condition d'être envisagée dans une perspective éminemment concrète. Il est, dit-on, contradictoire de prétendre restituer au délinquant le sens de sa responsabilité tout en commençant par refuser de blâmer sa conduite (148). Il est exact qu'il y a quelque contradiction à vider la

(148) MERLE, *art. précité*, *Rev. Sc. crim.*, 1964, 730.

condamnation pénale de tout contenu rétributif alors que l'on assigne à la peine une fonction pédagogique orientée vers l'éducation du sentiment de la responsabilité et de la justice. Mais l'objection ne semble avoir de portée qu'à l'égard des condamnations prononcées contre les délinquants sans doute assez nombreux chez lesquels existait déjà, au moment où ils ont commis leur délit et où ils sont jugés, un sentiment plus ou moins étendu de leur responsabilité et du caractère injuste de leur méfait. Dans le cas contraire, la condamnation rétributive ne pourrait que contrecarrer l'action de resocialisation entreprise par l'application de la sanction pénale; le délinquant s'abritera en particulier trop facilement derrière l'affirmation, purement verbale et nullement ressentie, qu'il a payé sa dette à la société pour refuser tout prolongement de l'action pénitentiaire par le patronage post-pénal.

En définitive il semble qu'il faille se garder de tout dogmatisme affirmé ou inconscient et procéder d'une manière exclusivement pragmatique.

Dans la société moderne, la multiplicité et l'hétérogénéité des valeurs protégées par le Droit pénal fait du monde des délinquants un milieu composite. Certains ont véritablement le sentiment de leur culpabilité; d'autres, beaucoup plus nombreux sans doute, ne ressentent absolument pas la culpabilité de leur acte et se considèrent au contraire comme des victimes de la société; entre les deux extrêmes, on trouve tous les degrés dans le sentiment de la responsabilité. Il ne faut pas faire peser sur les uns le poids d'une faute qu'ils ne ressentent pas, mais il ne faut pas davantage se priver du ressort moral que constitue une sanction rétributive à l'égard de ceux qui ont conservé un sentiment assez accusé de leur culpabilité. Il appartient dès lors au juge d'apprécier la culpabilité du prévenu, non pas de la manière abstraite généralement retenue par la pratique judiciaire jusqu'à ce jour, mais d'une manière concrète, en tenant compte de la culpabilité vécue du sujet telle qu'elle lui est révélée par l'examen de personnalité qui doit en particulier porter sur la perception de la notion de justice par celui-ci. Le juge devrait alors tirer la conséquence de cette appréciation dans le choix de la sanction, au travers d'une gamme de mesures différentes et plus étendues que celle dont il dispose aujourd'hui. Si la culpabilité est réellement ressentie par le sujet, ce qui constitue un pronostic très favorable de réadaptation sociale, il devra choisir une sanction rétributive. Dans le cas contraire, c'est vers une sanction d'une autre nature qu'il devra orienter son choix; il lui faudra choisir un type de traitement comportant une pédagogie appropriée à la réhabilitation morale du sujet, au sens où De Greef

entendait cette expression<sup>(149)</sup>, sans d'ailleurs que l'on possède actuellement des traitements d'une efficacité toujours éprouvée (*supra* chap. 2). Ainsi doit se trouver dépassé le dilemme rétribution-resocialisation par une politique criminelle pragmatique qui, prenant pour finalité l'exercice de la vertu de justice dans l'action des citoyens, jouera tantôt sur la peine rétributive pour la confirmer et l'affermir et tantôt sur une mesure rééducative pour en assurer l'acquisition.

Mais, objectera-t-on, ce point de vue qui peut à la rigueur s'admettre du point de vue du délinquant ne compromet-il pas la signification sociale de la condamnation rétributive ?

#### B. Rétribution et réaction de l'opinion publique devant le crime.

L'un des arguments les plus importants invoqués, depuis Saleilles, en faveur du caractère rétributif de la condamnation pénale, consiste dans le sentiment naturel de la responsabilité qui existe dans l'opinion publique. Celle-ci, dit-on, ne comprendrait pas une condamnation pénale vidée de tout contenu réprobateur, car cela choquerait son sentiment naturel de la justice.

On a montré précédemment<sup>(150)</sup> que, derrière le masque de ce prétendu sentiment naturel, se dissimule en réalité un mythe d'origine religieuse dont la liquidation débouche nécessairement vers la peine rééducative. On sait d'autre part que Fauconnet a montré tout ce que la réaction populaire devant le crime renferme d'irrationnel, d'émotions à liquider. Aussi bien, certains auteurs néo-classiques contemporains n'hésitent-ils pas à invoquer la fonction « d'hygiène sociale » que remplit la peine rétributive moderne<sup>(151)</sup>. Certains vont même jusqu'à tenter une réhabilitation de la vindicte collective ou privée<sup>(152)</sup>.

M. Pinatel a justement répondu que l'on ne peut accepter ce fatalisme sociologique qui « méconnaît la fonction créatrice de la législation et ne s'appuie que sur sa fonction conservatrice »<sup>(153)</sup>. L'opinion publique, par la voix du jury de Cour d'Assises, manifeste

(149) Cf. J. PINATEL, Les aspects criminologiques du problème de la rétribution pénale, *Rev. Sc. crim.* 1965, p. 643.

(150) Cf. *Supra*, chapitre I, paragraphe 2 C.

(151) RAYMONDIS, Le rôle de la sanction, *Rev. int. criminologie et pol. technique*, 1964, p. 283 et suiv.; MERLE et VITU, n° 493, p. 502.

(152) E. MAUREL, Plaidoyer pour la vengeance, *Rev. int. criminologie et pol. techn.*, 1968, p. 7 et suiv.

(153) J. PINATEL, Confrontation du Droit pénal classique et de la Défense sociale, le point de vue criminologique et pénelogique, *Rev. Sc. crim.* 1964, 766

d'ailleurs parfois son opposition à cette conception grossière de la justice, comme en témoigne un procès récent devant une Cour d'Assises du Midi où le jury appelé à connaître d'un crime commis par un anormal mental, a tenu à ajouter à la sentence de condamnation qu'il regrettait de n'avoir pas tenu de la loi la faculté de prononcer contre ce criminel une mesure d'internement dans un établissement approprié. La pédagogie ne doit pas ainsi être l'apanage des prisons; elle doit aussi descendre dans la rue s'exercer par la voie de la presse, de la radio et de la télévision à l'égard de l'opinion publique. L'intérêt véritable des citoyens ne se trouve-t-il pas d'ailleurs dans une action systématique de reclassement social des délinquants plutôt que dans une sanction rétributive qui dissoudra certes pour un certain temps les conséquences émotionnelles soulevées par le crime, mais qui ne tardera pas à engendrer un récidiviste ?

Il faut cependant ajouter qu'un tel redressement de l'opinion publique ne peut avoir de chance de succès que si l'on prévoit un certain nombre de mécanismes juridiques compensateurs destinés à neutraliser les tendances vindicatives de l'opinion publique vis-à-vis du délinquant.

La première garantie qu'il convient de lui donner est l'assurance de l'efficacité de l'action policière dans la découverte et l'arrestation des malfaiteurs. Le public cesse d'être juste lorsqu'il sent sa sécurité menacée par le développement de la délinquance et l'impuissance de la police à le freiner. Il a alors besoin de condamnations exemplaires symboliques pour calmer son inquiétude.

La seconde garantie qui est liée dans une certaine mesure à la première est la rapidité de l'intervention de la sanction judiciaire. Le grippage des rouages de la justice répressive produit un effet néfaste qui entretient l'émotion collective et provoque des réactions malsaines dans le peuple.

Enfin il serait souhaitable que l'indemnisation des victimes soit garantie par l'Etat. La partie civile, victime des agissements d'un criminel souvent dépourvu de ressources, trouve dans le procès pénal et dans la sévérité de la condamnation la compensation que la société n'a pas su lui donner. Le respect de la victime passe par l'indemnisation de son préjudice souvent considérable et il appartient à l'Etat de le lui donner rapidement et complètement, quitte à exercer une action récursoire contre le criminel.

Si ces conditions pouvaient être réunies, un grand progrès serait réalisé à l'égard des réactions de l'opinion publique vis-à-vis des délinquants et il y a lieu de penser que l'attitude du corps social

sur la peine rétributive cesserait de constituer un problème véritable.

Mais cette opinion publique qui réclame le châtement des coupables est celle-là même où se recrutent les délinquants éventuels. Dès lors l'abandon partiel de la peine-châtiment qui est commandé par les données de la criminologie et des sciences de l'homme ne risque-t-il pas de compromettre la prévention générale de la délinquance ?

*Paragraphe 2 — La sanction pénale, instrument de dissuasion collective ou de prévention individuelle ?*

Ce second problème apparaît comme plus difficile à résoudre que le précédent. Dans le conflit entre la conception rétributive de la peine et sa conception « resocialisatrice » en effet, il s'agissait de savoir si la justice doit être la cause et la mesure de la sanction pénale ou le but final de celle-ci, mais l'idée de justice à satisfaire se trouvait dans les deux cas présents et constituait en quelque sorte le commun dénominateur aux deux fonctions. L'option entre l'intimidation collective et la réadaptation individuelle ne comporte en revanche aucun point de contact; il s'agit de deux fonctions de la peine radicalement inconciliables.

Les positions antagonistes sur ce problème sont bien connues. Les néo-classiques déclarent que l'absence d'effet intimidant de la peine n'est pas nettement établi par la criminologie et qu'il convient dès lors de conserver provisoirement à la sanction sa fonction de prévention générale, jusqu'à plus ample informé. Leurs adversaires rétorquent que l'intimidation collective n'a jamais fait l'objet du moindre commencement de preuve et que c'est aux partisans de l'intimidation qu'il appartient de rapporter cette preuve. Comme pour renforcer la portée de ce renversement de la charge de la preuve, ils s'efforcent d'ailleurs de démontrer, à partir de certaines données scientifiques, que la peine n'a effectivement aucune valeur intimidatrice.

Les données rassemblées dans la première partie de ce rapport (154) ont abouti à cette conclusion que si la thèse classique de l'effet absolu de dissuasion de la peine sur les délinquants éventuels est une illusion intellectuelle, en revanche il paraît difficile de nier d'une manière générale tout effet intimidant à la sanction pénale, dans la mesure où la sévérité et la certitude de la répression s'épaulent mutuellement. Tout dépend de la nature des délits

(154) Cf. *Supra*, chapitre I, paragraphe 1.

et de la catégorie des délinquants et, s'il y a ainsi des distinctions à faire, c'est dans cette dernière perspective qu'il faut les opérer.

Pour qui veut se situer du point de vue pragmatique déjà retenu plus haut, ces observations conduisent à inviter le législateur, le juge et l'administration pénitentiaire à tenir compte de ces distinctions dans l'élaboration et l'application de la politique criminelle.

On conçoit très bien par exemple qu'en matière de délits artificiels, le législateur prévoit des peines sévères calculées en fonction de leur effet intimidant et que les juges prononcent des condamnations rigoureuses tant que la politique économique et sociale du pays l'impose. Il importe seulement que les prescriptions pénalement sanctionnées soient convenablement portées à la connaissance du public et que l'on ne se contente pas d'une simple publication au Journal Officiel.

En revanche l'arithmétique systématique des peines du Code pénal, héritée de Bentham, nous paraît aujourd'hui comme complètement dépassée. Une réforme d'ensemble de la détermination des sanctions s'impose. Le législateur devrait prévoir pour chaque délit une gamme toute différente de sanctions déterminée, non plus d'après la gravité objective présumée de l'infraction, mais en fonction de la diversité des personnalités des délinquants à sanctionner. Cette gamme devrait comporter des mesures à caractère essentiellement rééducatif ou curateur, des sanctions rétributives en application des observations présentées précédemment sur ce sujet et, le cas échéant, des mesures intimidatrices afin de tenir compte de la personnalité de certains délinquants, comme les professionnels, sensibles dans une certaine mesure à l'effet d'intimidation. Il y a lieu de noter à cet égard que les délinquants ne distinguent pas, de ce point de vue, entre la peine afflictive et la mesure de sûreté dépourvue théoriquement de ce caractère, et que certaines mesures de sûreté, telles que la relégation, peuvent avoir un effet d'intimidation plus grand qu'une peine ordinaire (155).

Il appartiendrait alors au juge de choisir parmi ces mesures en fonction de la connaissance de la personnalité du délinquant acquise grâce à l'examen de personnalité entre les diverses mesures proposées par le législateur et non de se déterminer en faveur d'une sanction intimidatrice au gré des réactions de l'opinion publique et de ses propres réactions épidermiques.

De la sorte l'effet intimidant de la sanction pénale serait inclus dans les prévisions législatives pour servir en tant que de besoin,

(155) Cf. KINBERG, *Réflexions critiques sur la prévention*, *Rev. int. criminologie et pol. techn.*, 1954, p. 8.

mais il ne contrecarrerait pas, comme cela arrive encore trop souvent, l'action de reclassement social qui s'impose à l'égard d'un très grand nombre de délinquants (156). L'élimination des délinquants qui se révèlent non réadaptables pourrait également être assurée de cette façon par le canal d'une privation de liberté perpétuelle, sans qu'il soit nécessaire de recourir comme aujourd'hui à la fiction d'une peine complémentaire s'ajoutant à la peine principale.

(156) De telles suggestions sont évidemment très éloignées de celles qui sont présentées par certains auteurs néo-classiques et qui entérinent à peu près l'état de choses actuel, cf. par exemple, les suggestions de M. le Doyen LEGAL, dans son rapport au 6<sup>e</sup> Congrès français de criminologie de Toulouse, 1965, pp. 56 à 60.

### CONCLUSION GENERALE

Dans ce rapport, on a recherché successivement quelle est la valeur scientifique des fonctions traditionnelles de la sanction pénale et l'efficacité de sa fonction moderne de réadaptation sociale.

L'examen des données de la criminologie et des sciences de l'homme a conduit à la conclusion que l'intimidation collective est souvent illusoire, sans être nulle cependant dans tous les cas; tout dépend des infractions et des délinquants. De même les données scientifiques montrent que souvent l'effet rétributif que le législateur prétend attacher à la peine, loin d'être ressenti comme une juste sanction par le délinquant, est perçu comme une manifestation nouvelle de l'injustice de la société à son égard.

Sur le terrain de l'efficacité des fonctions modernes de la peine, les quelques éléments rassemblés ont permis de constater qu'il ne faut pécher, en l'état actuel des traitements utilisés, ni par excès d'optimisme, ni par excès de pessimisme.

Ces considérations diverses ont amené à adopter une attitude essentiellement pragmatique dans la façon d'aborder la modification du système actuel des sanctions pénales à la lumière de ces données. Partant de cette idée que la fonction normale de la sanction pénale est la réadaptation sociale, elle consiste cependant à ne négliger aucun des ressorts possibles de celle-ci et en particulier l'utilité éventuelle de la rétribution et de l'intimidation individuelle; elle fait également la place à l'intimidation collective en fonction de la nature du délit et de la personnalité des délinquants éventuels; elle n'oublie pas non plus qu'en l'état actuel des connaissances, il existe une catégorie de délinquants dont on ne peut espérer le reclassement social et qui doivent être éliminés par une privation perpétuelle de liberté. Cette attitude concrète aboutit alors à une réforme profonde du système actuel des sanctions pénales destinée à mettre à la disposition des juges une gamme suffisamment variée

de sanctions pour leur permettre, à partir d'une connaissance approfondie de la personnalité du délinquant de jouer, des différents registres qui peuvent concrètement provoquer le reclassement social du délinquant et la prévention de la délinquance en général.

Le mot « pragmatique » évoque inévitablement l'Union Internationale de Droit pénal. Comme elle, en effet, le système proposé se veut essentiellement « réductionniste ». Mais il diffère sur des points essentiels du pragmatisme de cette école. S'il estime à l'instar de celle-ci qu'est bon ce qui réussit, il appuie ce succès sur une analyse scientifique du phénomène criminel et des effets des traitements de la délinquance. Dès lors, loin de proposer le système rigide du dualisme peine — mesures de sûreté, la première constituant le droit commun et la seconde étant réservée aux anormaux mentaux et aux multirécidivistes, il suggère un type nouveau de mesures intégrant, dans des proportions pouvant varier considérablement suivant les cas, les diverses fonctions possibles de la sanction pénale. On peut, si l'on veut, parler d'un *néo-pragmatisme*.

## INTERVENTIONS

Après l'audition des exposés des rapporteurs une fructueuse séance de travail fut consacrée aux interventions des congressistes et à la discussion (1), sous la présidence compétente de Monsieur le Premier avocat général Amor.

On attendait avec une légitime impatience l'intervention de Monsieur Robert Legros, Professeur à l'Université de Bruxelles et Conseiller à la Cour de Cassation, dont les travaux sur l'élément moral de l'infraction et sur les transformations du droit pénal se situent au cœur des problèmes qui faisaient l'objet du colloque. Cette attente n'a pas été déçue. Avec un humour, qui n'excluait certes pas la science, Monsieur Legros a régalé ses auditeurs de substantielles réflexions. Il s'est d'abord attaqué à l'élément moral, proposant « de lui couper la tête », et s'attachant à démontrer l'inutilité de cette notion. Pour lui « toute infraction constitue une faute » du seul fait qu'elle contrevient à la loi pénale. Ce que l'on appelle l'élément moral n'est autre que la possibilité offerte au délinquant, présumé fautif, de se justifier en démontrant que son comportement était excusable. En débarrassant le droit pénal des notions obscures de dol général ou spécial, ou de la distinction des infractions intentionnelles et non intentionnelles, on facilitera l'adaptation de la science criminelle aux progrès scientifiques de la criminologie. Mon-

---

(1) Il n'a pas été possible, sous peine d'augmenter trop considérablement le volume de cette publication, d'imprimer le texte intégral des interventions. On s'est donc contenté de présenter un résumé des principales observations qui ont été faites.

sieur Legros, d'autre part, a fait observer qu'à l'heure actuelle tout un secteur du droit pénal (accidents d'usine, drames de la mine ou de la route, médicaments nocifs, incendies, abus de la puissance économique, génocide, représailles politiques etc.) échappe à l'emprise de la criminologie et pose des problèmes qui relèvent essentiellement de préoccupations étrangères aux criminologues.

L'intervention du Docteur Lafon, médecin des hôpitaux psychiatriques de la Seine, apporta un intéressant écho criminologique aux observations juridiques du Professeur Legros. Le Docteur Lafon reconnaît en effet que les criminologues ont une certaine tendance à prétendre généraliser à l'ensemble du droit pénal des solutions qui en réalité concernent seulement une petite partie des infractions. Il admet volontiers que le problème de l'état dangereux et de la resocialisation ne se posent pas de la même manière à propos d'un assassin ou d'un voleur, et à propos d'un délinquant fiscal, d'un braconnier ou d'un délinquant économique. Il souhaite que les criminologues et l'administration pénitentiaire elle-même s'intéressent davantage aux petits délinquants. Pour lui d'ailleurs la criminologie n'a pas de fonction normative : elle a simplement pour mission d'éclairer le législateur ou le juge. Il estime qu'il serait « prématuré de vouloir faire passer dans le Code des conceptions criminologiques dont il faut bien constater le caractère « fragile ou transitoire ». Il a d'autre part souligné le caractère fondamentalement inexact de l'équation traditionnelle qui conduit à admettre les circonstances atténuantes en cas de « responsabilité atténuée ». Il n'y a pas, à son avis, un rapport inéluctable entre l'existence ou l'inexistence de certaines anomalies et la peine que prononce le juge : « Si j'étais juge ou juré dans beaucoup de cas, je serais très indulgent pour des gens qui ne présentent aucune anomalie mentale alors que pour des gens qui en présentent et que je considère comme dangereux, je n'hésiterais pas à infliger une peine assez prolongée qui aurait au moins l'avantage de les maintenir hors d'état de nuire pendant un certain temps ».

Mademoiselle Yvonne Marx, qui représentait à cette discussion l'École de la défense sociale nouvelle (Monsieur le Président Marc Ancel, présent au début du colloque, avait dû regagner Paris avant la fin des travaux), a, brillamment comme toujours, mis les médecins, les juges, et plus généralement les pénalistes, en présence de l'angoisse qu'ils éprouvent, ou devraient tous éprouver, devant la règle de droit. Elle a répondu à Monsieur Legros en montrant qu'il n'était plus possible d'aborder à l'heure actuelle le problème des infractions dites involontaires sans faire appel à la criminologie, car ces délits lorsqu'ils sont répétés, sont souvent le signe d'une véritable criminalité.

Monsieur Stanciu, avocat à la Cour de Paris, s'est fait le champion de l'état dangereux, concept qui est d'après lui « le meilleur cadeau que la criminologie nous a fait par la main de l'école italienne ». Il a d'autre part reproché lui aussi aux criminologues de limiter leurs observations à la sphère « des crimes spectaculaires » et de négliger « la grisaille criminelle » des petits délits. Enfin, utilisant une comparaison imagée, il a opposé les pénalistes, simples « photographes » de la délinquance, aux criminologues, qui sont plutôt des « radiologues ».

Monsieur Richard, doyen honoraire de la Faculté libre de droit de Paris, et avocat à la Cour, a fort opportunément mis l'accent sur le rôle de la « honte » dans la technique de répression pénale. Il a montré comment les institutions répressives traditionnelles se proposent en définitive de faire prendre conscience au délinquant du caractère honteux de l'acte qu'il a commis; et il a insisté sur la valeur thérapeutique de cette espèce de maïeutique judiciaire du sentiment de la responsabilité. Mais il a, en même temps, montré les nécessaires limites que doit comporter cet « appel à la honte ». Légitime lorsqu'il s'adresse d'une façon intime à la conscience du délinquant, il devient injustifié et dangereux lorsqu'il est utilisé pour dénoncer le condamné à l'opinion publique et le marquer durablement d'opprobre grâce au casier judiciaire, aux déchéances accessoires ou complémentaires, et aux révélations de la Presse.

Monsieur Savey-Casard, professeur à la Faculté libre de droit de Lyon, très attentif lui aussi à la spiritualisation de la responsabilité pénale, a mis l'accent sur les difficiles rapports de la responsabilité pénale avec la responsabilité morale. Ces deux concepts sont à ses yeux distincts, mais indissociables. La condamnation a une portée morale. Elle doit trouver sa racine initiale dans la faute commise par le délinquant avant sa condamnation. Le juge doit donc scruter la conscience du malfaiteur. Ce qui ne veut pas dire qu'il faut partir de l'idée que le délinquant a une dette à payer envers la Société. La condamnation doit exprimer plus exactement ce que peut la Société envers un délinquant dont elle a compris la structure morale.

Le professeur Heuyer, (dont les congressistes ont fêté le 85<sup>e</sup> anniversaire), a exposé avec sa juvénile vivacité sa conception des rapports de la criminologie et du droit pénal. Avec toute la force de ses convictions de psychiatre il s'est efforcé de démystifier les concepts de personnalité, de libre arbitre et de responsabilité morale avec lesquels jonglent les pénalistes. La personnalité ? « Il suffit de 25 cg d'alcool dans le sang pour la troubler, de 50 cg pour la faire tourbillonner, de 1,50 g pour la détruire ». Le libre arbitre ? « Parmi

les délinquants que j'ai examinés, je n'en ai rencontré aucun qui ait discuté avec lui-même le pour et le contre d'une action à entreprendre ». La responsabilité morale ? Elle est liée à une morale imposée aux enfants « par tous les impératifs catégoriques de leurs parents, des prédicateurs, ou de l'école », de sorte que l'enfant « ne garde de la Morale qu'un souvenir amer ». Quant à la responsabilité pénale le professeur Heuyer n'est pas loin de penser qu'il s'agit d'une notion vide de sens : « responsabilité pénale ? Je la cherche, Messieurs les juristes » à travers l'armée des déments, des débiles mentaux, des épileptiques, des obsédés, des déséquilibrés, des anormaux, des porteurs de chromosomes surnuméraires, et même des « normaux » qui « sont aussi anxieux, impulsifs, coléreux, violents, quelquefois un peu pervers ». En conclusion : « la peine ne sert à rien. Il faut prendre une mesure individuelle. Le prochain code doit être un code de réadaptation ».

Dans la même perspective que le professeur Heuyer, le docteur Moutin, médecin psychologue, faisant état de son expérience du Val de Grâce, a confirmé qu'il est « tout à fait rare et exceptionnel lorsque l'on analyse le vécu du sujet de trouver chez les délinquants les plus divers, que ce soient des criminels graves ou des délinquants mineurs, une pleine capacité de choix conscient et libre ».

Monsieur Chavanne, professeur à la Faculté de droit de Lyon, a dans une brève mais remarquable intervention séduit l'auditoire en opposant la morale des juristes — qu'il a comparé à la morale des prédicateurs — à la morale des criminologues — qu'il a assimilé à la morale des confesseurs. « La criminologie, c'est la morale des confesseurs en ce qu'elle a d'individuel, et presque d'incommunicable. Cela ne veut pas dire que les deux morales ne puissent pas coexister pacifiquement sans se contredire. Elles se complètent, chacune à leur place et chacune en son temps. Lorsqu'il s'agit de savoir si ce qui a été fait est correct ou non, c'est le droit pénal seul qui est en jeu (la criminologie aura pu influencer l'élaboration de la règle de droit, mais pour savoir si ce qui a été fait est conforme ou non à la loi, on peut parfaitement se passer de la criminologie). Ce stade franchi, lorsqu'on se demande ce que l'on va faire du délinquant, quelle mesure on va prendre à son égard, c'est alors qu'intervient à plein la criminologie ou la morale des confesseurs si vous préférez. Là, elle est à sa place, nécessaire et irremplaçable ».

Le docteur Roumajon, Président de l'association française de criminologie, a souligné la responsabilité des pouvoirs publics dans la dégradation de la morale sociale. Il a pris l'exemple de l'attitude réprobatoire, récemment manifestée par les autorités compétentes,

# CONTINUED

## 2 OF 2

à l'égard des membres de la commission de contrôle cinématographique qui censureraient l'érotisme de certains films.

Monsieur Balho, psychologue, a relevé la contradiction qui existe entre la notion unitaire de responsabilité dégagée par le droit pénal et la diversité des infractions. « Comment le même homme, puisqu'il s'agit d'une responsabilité unitaire, peut-il éventuellement commettre des infractions aussi diverses que celles que punit le Code pénal ? Au lieu d'une « responsabilité » n'existe-t-il pas des responsabilités correspondant à des personnalités criminelles très différentes ? Contraventions, délits et crimes ne sont certainement pas le fait d'un même Homme, responsable toujours de la même façon ».

Enfin Monsieur Pinatel, qui avait si utilement inauguré les travaux de ce Colloque, a précisé sa position vis-à-vis des rapporteurs. Il s'est déclaré d'accord pour l'essentiel avec MM. Vitu et Roujou de Boubée, et s'est réjoui que ce dernier ait montré concrètement ce que l'on pouvait attendre d'un rapprochement des concepts juridiques et des données scientifiques. Il a dit à MM. Levasseur et Gassin l'heureuse surprise qu'il avait éprouvée en constatant à quel point les juristes remettaient tellement de choses en question ». Et il a de son côté rassuré les pénalistes en affirmant fortement que le droit pénal « se situe dans l'ordre normatif et qu'il est fait pour protéger les valeurs morales et sociales ».

Pour conclure ces travaux un rapport de synthèse devait être primitivement présenté par Monsieur Merle. L'heure tardive jusqu'à laquelle se prolongèrent les discussions en décida autrement. Monsieur Merle se contenta donc de marquer, comme l'avait fait d'ailleurs quelques instants plus tôt Monsieur le Premier avocat général Amor, les côtés positifs de cette rencontre scientifique dont le but, pleinement réalisé, était de dissiper des antagonismes, d'exorciser des réticences naturelles, et de contribuer à une collaboration confiante entre pénalistes et criminologues.

#### IV

#### D'UN ENTR'ACTE A L'AUTRE ...

*La confrontation du droit pénal positif avec les données de la criminologie est une entreprise gigantesque dont la réalisation constructive occupera certainement toute une génération de spécialistes. Les organisateurs de ce colloque n'ont pas eu la naïveté de supposer que trois journées de travail suffiraient à régler la question.*

*Mais il fallait bien commencer, ou plutôt... recommencer. Car nul ne peut oublier qu'à Strasbourg il y a dix ans déjà, en 1959, un important colloque avait été consacré à l'étude historique, philosophique, criminologique et juridique de « la responsabilité pénale », sous l'opportune impulsion du Professeur Léauté. Les remarquables travaux de ce colloque, réunis en un fort volume, ont enrichi les bibliothèques de tous les pénalistes et de tous les criminologues (1). A la fin de ce livre le Professeur Léauté constatait la nécessité d'un « entr'acte » afin de « laisser aux auteurs et aux lecteurs le loisir d'approfondir l'examen des possibilités de synthèse ».*

*Cet entr'acte a, semble-t-il, duré plus longtemps qu'il n'était prévu. Entr'acte laborieux, sans doute. Mais le travail s'est accompli à l'intérieur de champs clos, pénalistes et criminologues poursuivant séparément leurs rondes obstinées, comme les prisonniers du tableau de Van Gogh, autour d'une criminologie qui ne parvenait pas à se*

---

(1) La responsabilité pénale, travaux de l'Institut de Sciences criminelles et pénitentiaires de Strasbourg, présentation de Jacques LÉAUTÉ, Dalloz, 1961.

brancher sur le droit pénal, ou d'un droit pénal dont les racines n'avaient plus assez de force pour atteindre les sources criminologiques.

*Les rondes ne sont pas toujours inutiles, ou sans issues. Elles favorisent la réflexion, et ceux qui gravitent dans leur sillage finissent toujours par avoir envie de briser le cercle qui les emprisonne.*

*Ce colloque n'avait pas d'autre but que de contribuer à cette libération des esprits. L'avenir dira s'il a atteint ce très modeste objectif.*

Roger MERLE.

## TABLE DES MATIÈRES

### CONFRONTATION DE LA THÉORIE GÉNÉRALE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE AVEC LES DONNÉES DE LA CRIMINOLOGIE

(Travaux du Colloque de Science Criminelle de Toulouse,  
Janvier 1969)

Liste des participants .....	7
Présentation du Colloque, par M. Roger MERLE, Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Toulouse ..	13
I. — RAPPORT INTRODUCTIF, par M. Jean PINATEL, Pré- sident de la Commission scientifique de la Société Internatio- nale de Criminologie .....	17
II. — RAPPORTS PARTICULIERS	
— Sommaire .....	37
— <i>L'élément légal et l'élément matériel de l'infrac- tion devant les perspectives ouvertes par la Cri- minologie et les Sciences de l'homme</i> , par M. André VIRU Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Nancy .....	39
— <i>La genèse de l'acte infractionnel</i> , par M. Gabriel ROUJOU DE BOUBÉE, Maître de Conférences agrégé à la Faculté de Droit et des Sciences Eco- nomiques de Toulouse .....	61

— <i>Etude de l'élément moral de l'infraction</i> , par M. Georges LEVASSEUR, Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Paris	81
— <i>Le concept de responsabilité pénale</i> , par M. Jean Marie AUSSEL, Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Montpellier ..	99
— <i>La confrontation du système français de la sanction pénale avec les données de la Criminologie et des Sciences de l'homme</i> , par M. Raymond GASSIN, Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques d'Aix-en-Provence ....	117
III. — INTERVENTIONS .....	189
IV. — D'UN ENTR'ACTE A L'AUTRE, par M. Roger MERLE	195

IMPRIMERIE MAURICE ESPIC  
13, rue Gonzalès, Toulouse



DÉPOT LÉGAL :  
QUATRIÈME TRIMESTRE 1969  
N<sup>o</sup> d'imprimeur : 93-69

**END**