



HAL
open science

La recherche de l'intention en droit pénal contemporain (XIXe-XXe siècles)

Alexandre Frambery-Iacobone, Alexandre Frambéry-Iacobone

► To cite this version:

Alexandre Frambery-Iacobone, Alexandre Frambéry-Iacobone. La recherche de l'intention en droit pénal contemporain (XIXe-XXe siècles). Droit. Université de bordeaux, 2022. Français. NNT : 2022BORD0446 . tel-04353138v1

HAL Id: tel-04353138

<https://theses.hal.science/tel-04353138v1>

Submitted on 14 Mar 2023 (v1), last revised 19 Dec 2023 (v3)

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

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



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License

THÈSE PRÉSENTÉE POUR OBTENIR LE GRADE DE

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ÉCOLE DOCTORALE DROIT (ED 41)

SPÉCIALITÉ HISTOIRE DU DROIT

Par **Alexandre FRAMBÉRY-IACOBONE**

La recherche de l'intention en droit pénal contemporain (XIX^e-XX^e siècles)

Sous la direction de :
M. le professeur **Nader HAKIM** et Mme la professeure **Marie MANIKIS**

Soutenue le 15 décembre 2022

Membres du jury :

M. **Georges MARTYN**, Professeur, Universiteit Gent, *rapporteur*

Mme **Annamaria MONTI**, Professeure, Università Bocconi, *rapporteure*

M. **Hugues PARENT**, Professeur, Université de Montréal, *examineur*

M. **Xavier PRÉVOST**, Professeur, université de Bordeaux, Institut universitaire de France, *président du jury*

M. **Mathieu SOULA**, Professeur, Université Paris Nanterre, *examineur*

M. **Nader HAKIM**, Professeur, université de Bordeaux, *directeur de thèse*

Mme **Marie MANIKIS**, Professeure, McGill University, *codirectrice de thèse*

Avis aux lecteurs et lectrices

Cette thèse a été autorisée à être publiée en l'état par le jury de soutenance. Elle a été légèrement modifiée à la suite des conseils prodigués par les jurés.

Cependant, ce travail est susceptible de faire l'objet de modifications ultérieures. Le cas échéant, une nouvelle version sera versée en ligne.



La recherche de l'intention en droit pénal contemporain (XIX^e-XX^e siècles)

Résumé : *L'appréhension de l'intention peut nous sembler excessivement simple, de même que sa définition. Nous pourrions dire que l'intention, c'est ce que nous voulons, dans notre for intérieur, sans nécessairement attendre que se produise une extériorisation. Dans cette hypothèse, l'intention est éminemment personnelle, mais également immatérielle, puisqu'elle ne dispose pas d'ancrage dans le monde sensible à ce stade. De la même manière, nous pourrions considérer que l'action intentionnelle correspondrait à un acte déterminé, causé avec une volonté elle aussi déterminée. Ici, l'action sort du for intérieur pour pénétrer le for extérieur. L'entrée dans le monde tangible est d'ailleurs une condition pour que le droit commence à s'intéresser aux intentions, là où la religion – par exemple –, peut se contenter de pensées impures pour passer à l'action. Seulement, une fois que nous avons posé ces éléments, si nous voulons gratter ce vernis pragmatique, la situation se corse : en somme, nous avons tout dit, et rien dit à la fois. En effet, qu'est-ce que la volonté ? Comment prouver l'intention ? Peut-on penser le droit criminel sans intentionnalité ? Voilà quelques questions, parmi d'autres, qui peuvent se poser, à plus forte raison dans un système légaliste. Aussi délicate à appréhender soit-elle, l'intention a pourtant su se lover dans notre législation pénale. Sur le constat d'une absence de définition opérante, qu'elle soit législative, jurisprudentielle ou doctrinale, il peut donc nous sembler intéressant d'adopter une approche historique pour essayer de comprendre et maîtriser les soubassements idéologiques qui ont pu œuvrer pour que s'impose une telle notion. En outre, un travail concret sur la manière dont la justice peut se saisir de la question intentionnelle doit s'imposer, en mobilisant des sources archivistiques, des entretiens avec des professionnels de la justice, ou en analysant les propos doctrinaux sur le sujet, entre autres. Finalement, c'est une fois que nous essayons de comprendre concrètement ce que peut être l'intention que nous constatons son statut éminemment fugace, presque évanescent, et que nous pouvons nous interroger sur la compatibilité de la notion avec la construction concomitante d'un droit pénal soumis à certains principes cardinaux, comme le principe de la légalité criminelle.*

Mots clefs : Intention – Histoire du droit pénal – Histoire des idées pénales – Criminologie – Théorie du droit – Sociologie du droit

The Search for Intent in Contemporary Criminal Law (XIX^e-XX^e Centuries)

Abstract: *The understanding of intention may seem excessively simple, as may its definition. We could say that intention is what we want, in our innermost being, without necessarily expecting an externalisation. In this hypothesis, the intention is eminently personal, but also immaterial since it has no anchorage in the sensible world at this stage. In the same way, we could consider that intentional action would correspond to a determined act, caused by a determined will. Here, the action comes out of the inner world to enter the outer world. The entry into the tangible world is, moreover, a condition for the law to begin to take an interest in intentions, whereas religion, for example, can be satisfied with impure thoughts to act. However, once we have laid down these elements, if we want to scrape off this pragmatic veneer, the situation becomes more difficult: in short, we have said everything and nothing at the same time. Indeed, what is the will? How can we prove intention? Can we think of criminal law without intentionality? These are some of the questions that may arise, especially in a legalistic system. However delicate it may be to grasp, intention has nevertheless found its way into our criminal legislation. Given the absence of an operative definition, whether legislative, jurisprudential, or doctrinal, it may therefore seem interesting to adopt a historical approach to try to understand and master the ideological underpinnings that may have worked to impose such a notion. In addition, concrete work on the way in which the justice system can deal with the intentional question must be carried out, by mobilising archival sources, interviews with justice professionals, or by analysing doctrinal statements on the subject, among other things. Finally, it is once we try to understand, concretely, what intention can be, that we note its eminently fleeting, almost evanescent status, and that we can question the compatibility of the notion with the concomitant construction of a criminal law subject to certain cardinal principles, such as the principle of criminal legality.*

Keywords: Intention – History of Criminal Law – History of Legal Thought – Criminology – Legal Theory – Legal Sociology

Unité de recherche

Institut de recherche Montesquieu, UR 7434, université de Bordeaux,
16, avenue Léon Duguit 33608 Pessac Cédex

L'université de Bordeaux n'entend donner aucune approbation ni improbation aux idées émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Une thèse, c'est une aventure scientifique, mais surtout humaine. Aussi, je remercie vivement le Professeur Nader Hakim d'avoir bien voulu m'aiguiller tout au long de cette quête. Ses encouragements, son soutien, sa disponibilité mais aussi sa rigueur, sa profonde humanité – et son goût pour la musique – ont su imprégner mes recherches jusqu'à leur aboutissement. Qu'il trouve ici l'expression de ma sincère gratitude pour cette direction qui m'a poussé à donner le meilleur de moi-même. Je remercie aussi sincèrement la Professeure Marie Manikis qui, malgré les kilomètres qui nous séparent, a su donner une impulsion vigoureuse et bienveillante dans l'orientation de mes travaux. Son écoute et son enthousiasme, lors de nos rencontres à Montréal ou à Bordeaux, sont des éléments marquants du cheminement de cette thèse. Du reste, ces quelques lignes sont bien peu de choses pour réussir à leur exprimer toute ma reconnaissance.

Je remercie tout aussi vivement la Professeure Annamaria Monti et les Professeurs Georges Martyn, Hugues Parent, Xavier Prévost et Mathieu Soula pour le grand honneur qu'ils me font en ayant accepté de se pencher sur mon travail et de siéger dans le jury.

Je dois également adresser mes remerciements à toute l'équipe pédagogique et administrative de l'Institut de recherche Montesquieu, notamment la Professeure Laetitia Guerlain pour sa bonne humeur et sa patience toutes les fois où j'ai pu venir frapper à son bureau pour solliciter son aide ; nos remerciements s'adressent également à Carole Bergerot et Véronique Rivière.

Merci aux personnels des bibliothèques universitaires – Tracy et Laurent – et des archives, pour leurs précieux conseils dans la recherche, parfois difficile, de documents.

Je tiens également à remercier celles et ceux qui m'ont éclairé ou soutenu, sous quelque forme que ce soit, dans la réalisation de cette thèse, notamment la Professeure Sophie Jacquot, les Professeurs Paolo Alvazzi del Frate et Frédéric Audren, M. Gabriel de Broglie, Mme Marie-Rose Bézian, M. Christian Godet, Mme Marie Laurent, Marc et Sylvie Viaud, ainsi que les personnes qui ont bien voulu m'accorder de leur précieux temps dans la réalisation d'entretiens.

Mille mercis à Christophe et Isabelle, mes parents, Éloïse et Lucas, mais également à Paulette, Ingrid et Emmanuel, Tess, Lisa, Paul et Jocelyne, Lydia et Claude, Lucile, Cindy, et plus récemment à Géraldine, Thierry et Muriel, Jacqueline, Gêrôme et Leïla.

Merci à mes amis et amies, pour leur soutien de tous les instants, leur compréhension, leurs rires, Pauline et Jean-Benedykt, Anne, Cédric et Ariel, Fanny, Karen, Alexiane, Marion, Victoria et Gentien, Muriel et Francis, Julia, Thomas et Cosette, Coline. J'adresse également ma gratitude à Victor pour son aide et ses conseils, avec qui j'ai eu le plaisir de débiter ce travail – en même temps que Clémence et Marine –, ainsi qu'à Nelly et Victor, qui nous ont rejoints en cours de route. Merci à tous les autres et toutes les autres, qui me pardonneront de ne pas citer leur nom mais dont les petites attentions ne sont pas passées inaperçues !

Merci enfin à Nathan, pour tout. Je lui dois pour beaucoup l'accomplissement de cette thèse. Il aura su allier paroles et gestes pour m'épauler jusqu'à la fin.

À Valerio.

Remarques préliminaires

La méthode de transcription des sources dans cette étude vise à restituer aussi fidèlement que possible la pensée des auteurs ou les décisions judiciaires. Nous avons donc essayé de conserver la syntaxe à l'identique, sans procéder à d'éventuels ajustements.

Les sources en langue étrangère dans le corps du texte ont fait l'objet d'une traduction personnelle. Le cas échéant, cette dernière est signalée, et la version originale est consultable en note de bas de page.

Liste des principales abréviations

ADG	Archives départementales de la Gironde
AP	Archives de Paris
al.	alinéa
art.	article
art. cit.	article déjà cité
av.	avant
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
dactyl.	dactylographié/dactylographiée
dir.	directeur/directrice
éd.	édition
entr. cit.	entretien déjà cité
et s.	et suivants/et suivantes
E.A-	entretien avocat/avocate
E.E-	entretien expert/experte
E.M-	entretien magistrat/magistrate
E.P-	entretien policier/policrière
etc.	<i>et caetera</i>
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
J.-C.	Jésus-Christ
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
n°	numéro
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	page/pages
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUB	Presses universitaires de Bordeaux
PUC	Presses universitaires de Caen
PUF	Presses universitaires de France
PULIM	Presses universitaires de Limoges
PUP	Presses universitaires de Provence
PUPS	Presses de l'université Paris-Sorbonne
PUR	Presses universitaires de Rennes
PUT	Presses universitaires de Toulouse
rééd.	réédition
s. d.	sans date
s.l.n.d.	sans lieu ni date
spéc.	spécialement
URL	<i>uniform resource locator</i>
v°	verso

Sommaire

PREMIÈRE PARTIE – LA CONSTRUCTION DE L’INTENTION CONTEMPORAINE (FIN XVIII^e SIÈCLE-1870)

Titre premier – La timide réapparition de l’intention (fin XVIII^e siècle-1810)

Chapitre 1. L’intention en question : la crise matérialiste du XVIII^e siècle

Chapitre 2. L’intention en demi-teinte dans la législation napoléonienne

Titre deuxième – L’affirmation de l’intention (1810-1870)

Chapitre 3. La réhabilitation des magistrats, facteur favorable à l’intention

Chapitre 4. L’évolution de la législation, facteur accidentel de progression de l’intention

SECONDE PARTIE – LA CONFIRMATION DE L’INTENTION (1870-1994)

Titre troisième – La résistance de l’intention (1870-1945)

Chapitre 5. La mise en crise du système intentionnel

Chapitre 6. L’intention invariablement victorieuse

Titre quatrième – La victoire de l’intention (1945-1994)

Chapitre 7. L’intention prise en compte dans les nouvelles critiques du système pénal

Chapitre 8. L’intention finalement sacralisée dans le *Code pénal* de 1994

« Je veux comprendre »

Comprendre. Percevant tout d'un coup l'épisode amoureux comme un nœud de raisons inexplicables et de solutions bloquées, le sujet s'écrie : « Je veux comprendre (ce qui m'arrive) ! »

Qu'est-ce que je pense de l'amour ? – En somme, je n'en pense rien. Je voudrais bien savoir *ce que c'est*, mais, étant dedans, je le vois en existence, non en essence. Ce dont je veux connaître (l'amour) est la matière même dont j'use pour parler (le discours amoureux). La réflexion m'est certes permise, mais, comme cette réflexion est aussitôt prise dans le ressassement des images, elle ne tourne jamais en réflexivité : exclu de la logique (qui suppose des langages extérieurs les uns aux autres), je ne peux prétendre *bien penser*. Aussi, j'aurais beau discourir sur l'amour à longueur d'année, je ne pourrais espérer en attraper le concept que « par la queue » : par des flashes, des formules, des surprises d'expression, dispersés à travers le grand ruissellement de l'Imaginaire ; je suis dans le *mauvais lieu* de l'amour, qui est son lieu éblouissant : « Le lieu le plus sombre, dit un proverbe chinois, est toujours sous la lampe. »

Roland BARTHES, *Fragments d'un discours amoureux*, Paris, Seuil, 1977, p. 71.

Introduction générale

Le fondement de la règle de l'Unique Trait de Pinceau réside dans l'absence de règles qui engendre la Règle ; et la Règle ainsi obtenue embrasse la multiplicité des règles.

La peinture émane de l'intellect : qu'il s'agisse de la beauté des monts, fleuves, personnages et choses, ou qu'il s'agisse de l'essence et du caractère des oiseaux, des bêtes, des herbes et des arbres, ou qu'il s'agisse des mesures et proportions des viviers, des pavillons, des édifices et des esplanades, on n'en pourra rien pénétrer les raisons ni épuiser les aspects variés, si en fin de compte on ne possède cette mesure immense de l'Unique Trait de Pinceau.

Si loin que vous alliez, si haut que vous montiez, il vous faut commencer par un simple pas. Aussi, l'Unique Trait de Pinceau embrasse-t-il tout, jusqu'au lointain le plus inaccessible et sur dix mille millions de coups de pinceau, il n'en est pas un dont le commencement et l'achèvement ne résident finalement dans cet Unique Trait de Pinceau dont le contrôle n'appartient qu'à l'homme.

Par le moyen de l'Unique Trait de Pinceau, l'homme peut restituer en miniature une entité grande sans rien en perdre : du moment que l'esprit s'en forme d'abord une vision claire, le pinceau ira jusqu'à la racine des choses¹.

Shitao, peintre chinois du XVIII^e siècle, nous apporte une approche intéressante sur la conception de la peinture, avec la théorisation de l'Unique Trait de Pinceau, censée nourrir une représentation fidèle du fond des choses, grâce à l'intériorisation préalable de l'image représentée. Nous y voyons une tentative de systématisation d'un modèle plutôt idéaliste de la représentation, fondée en grande partie sur les intentions de l'auteur ou, en l'occurrence, de l'artiste ; c'est l'intention première du performeur, qui par son Unique Trait de Pinceau, va modifier la face du monde : une action intentionnelle, dans un but artistique, réussit à résumer le passage à l'acte d'une représentation du réel dans un mouvement puissant et unique.

L'intention n'est donc pas étrangère aux artistes ou au monde des arts. Il suffit de se perdre dans un musée au XXI^e siècle pour en avoir une démonstration criante. Jadis, les œuvres étaient groupées par thématique dans des salles, avec un effet

¹ Pierre RYCKMANS, *Traduction et commentaire du traité de Shitao. Les propos sur la peinture du moine Citrouille-amère*, Paris, Hermann, 2003 [rééd. 1710], p. 9-10.

d'accumulation à même d'épuiser le regard des badauds par la foulditude de détails présents sur une seule scène² :

Exemple de salle mélangeant artistes et périodes pour constituer une représentation thématique



Désormais, l'entrée dans un musée de conception plus contemporaine fait la part belle aux intentions de l'artiste, avec une première présentation de l'exposition, offrant l'économie générale de l'organisation réfléchi par le ou la commissaire. Cette intention est même décortiquée dans le fleurissement de cartels, à côté de chaque œuvre, pour en donner le médium, la date, mais également quelques éléments contextuels qui nous aident à saisir, justement, l'intention de l'artiste pour telle ou telle autre production.

² Le musée du Palazzo Pitti de Florence a d'ailleurs conservé cette configuration d'une représentation thématique par salle, avec accumulation d'œuvres sur l'ensemble des murs et des plafonds. Pour une autre illustration, voir François PONCELET, « Regards actuels sur la muséographie d'entre-deux-guerres » [[en ligne](#)], *CeROArt*, 2 (2008), URL : <https://journals.openedition.org/ceroart/565>.

Il y aurait donc une quête d'intention dans les milieux artistiques, au même titre que les magistrats essayent de reconstruire les actions pour déterminer l'intention criminelle. Le parallèle peut être poussé jusqu'au vocabulaire mobilisé, qui trouve des points communs entre ces deux domaines que nous imaginons fort éloignés, mais qui trouvent un point de rencontre grâce à l'intention. Ne dit-on pas qu'un massacre est l'*œuvre* de tel criminel comme nous pourrions dire qu'un tableau est l'*œuvre* de tel artiste ? Cette transcendance terminologique tend certainement à nous démontrer que l'ensemble des disciplines et des productions humaines peuvent se rejoindre sur quelques domaines. Nous pensons que l'intention en est un par excellence.

En décentrant notre regard des ponts qui peuvent se former entre le champ criminel et la production artistique³, nous nous sentons assaillis, de toutes parts, par les références plus ou moins directes, plus ou moins volontaires, à l'intention. Un courrier mystérieux peut nous pousser à nous interroger sur l'intention de son expéditeur derrière de tels propos de nature à susciter le doute chez nous ; étudiants et étudiantes peuvent questionner l'intention de leur correcteur en consultant leurs notes ; dans nos interactions sociales, nous pouvons douter des intentions véritables des personnes qui nous entourent ; etc. Le monde semble recouvert d'un voile d'intentions, que nous arrivons plus ou moins facilement à saisir au vol et décrypter, pour donner du sens à notre existence. Nous serions alors, constamment, à la recherche des intentions des autres.

Le droit pénal ne semble pas échapper à cette tendance, et c'est à ce titre qu'il nous interroge. Nos premières prises avec l'intention remontent véritablement à notre année de Master 1 *Droit pénal et carrières judiciaires*, et plus particulièrement aux cours de Droit pénal spécial. En parallèle, nous suivions les enseignements dispensés dans le cadre du *Certificat de sciences criminelles*. Nous y apprenions, entre autres, que l'intention dans un viol n'était que rarement sexuelle, et visait plus la destruction de l'autre dans un élan narcissique. Pourtant, l'article 222-23 du *Code pénal* affirme que :

³ En faisant fi de tous les ouvrages qui traitent de la criminalité ou des thématiques judiciaires. Nous retenons à titre illustratif quelques exemples : André GIDE, *Souvenirs de la cour d'assises*, Paris, Gallimard, 2009 [rééd. 1914] ; François MAURIAC, *Thérèse Desqueyroux*, Paris, Décitre, 1972 [rééd. 1927] ; Arto PAASILINNA, *Le potager des malfaiteurs ayant échappé à la pendaison*, Paris, Denoël, 2010 ; Kate SUMMERSCALE, *Un singulier garçon. Le mystère d'un enfant matricide à l'époque victorienne*, Paris, Bourgois, 2016 ; etc.

Tout acte de pénétration **sexuelle**, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol [nous soulignons].

La doctrine peut nous éclairer sur l'élément moral du viol, en déclarant que :

Le viol est une infraction intentionnelle. L'intention requise nécessite que l'auteur ait non seulement eu la volonté d'accomplir l'acte de **pénétration sexuelle**, mais aussi qu'il ait eu la conscience de l'absence de consentement de la victime à cet acte⁴ [nous soulignons].

Qu'il s'agisse de la définition du Code, comme des précisions doctrinales, une référence est faite à l'intention d'accomplir un acte de pénétration sexuelle. Or, la psychologie clinique amoindrit la portée sexuelle de l'acte⁵. Bien que matériellement les faits soient identiques, avec une pénétration objectivement définie comme sexuelle du fait de l'usage d'organes génitaux pour perpétrer l'infraction, il y a une forme de distorsion avec ce que pouvait réellement vouloir l'infracteur.

Cette première piste nous mène vers d'autres considérations que nous avons pu éprouver avec des entretiens semi-directifs auprès de magistrats et magistrates en poste. Prenons l'exemple des destructions, dégradations ou détériorations, qu'elles soient dangereuses ou non pour autrui. Le *Code pénal* incrimine ces faits aux articles 322-1 et suivants. Ces textes distinguent les destructions dangereuses pour autrui de celles qui ne le sont pas, mais il est intéressant de regarder la lettre de ces articles. En substance, l'article 322-1 du *Code pénal* dispose que :

La destruction, la dégradation ou la détérioration d'un bien appartenant à autrui est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende, sauf s'il n'en est résulté qu'un dommage léger.

⁴ Christophe ANDRÉ, *Droit pénal spécial*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2021, p. 175. Le constat est similaire dans d'autres ouvrages : Jean LARGUIER, Philippe CONTE et Stéphane FOURNIER, *Droit pénal spécial*, 15^e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 264-266 ; Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal spécial*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2018, p. 694-695 ; Michel VÉRON, *Droit pénal spécial*, 17^e éd., Paris, Sirey, 2019, p. 77 ; Valérie MALABAT, *Droit pénal spécial*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2020, p. 197.

⁵ Sur l'examen de la personnalité des auteurs d'infractions sexuelles, voir notamment Christophe MARX, « Soins psychologiques obligés des agresseurs sexuels : impasse ou défi réaliste ? », *Actualités en analyse transactionnelle*, 4 (2010), p. 50-63 ; Jean PROULX, Maurice CUSSON, Éric BEAUREGARD et Alexandre NICOLE (dir.), *Les meurtriers sexuels*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2018, spéc. p. 47-80.

Dans cette hypothèse, le délinquant a voulu détruire un bien ne lui appartenant pas, sans vouloir blesser autrui. L'article 322-5 du même Code nous informe, quant à lui que :

La destruction, la dégradation ou la détérioration involontaire d'un bien appartenant à autrui par l'effet d'une explosion ou d'un incendie provoqués par manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

Ce cas de figure semble bien verrouillé par le texte, car deux procédés de destruction seulement sont envisagés – l'incendie ou l'explosion –, en plus du fait qu'il faille violer une obligation particulière de la loi. Néanmoins, l'article 322-6 du *Code pénal* nous semble bien moins précis, puisqu'il expose que :

La destruction, la dégradation ou la détérioration d'un bien appartenant à autrui par l'effet d'une substance explosive, d'un incendie **ou de tout autre moyen de nature à créer un danger pour les personnes** est punie de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende [nous soulignons].

Si ces textes apparaissent cohérents de prime abord, c'est leur articulation, autour de l'intention, qui peut susciter quelques interrogations légitimes.

Prenons l'exemple d'un jet de pierre dans une vitre. Notre agent a bien voulu prendre une pierre, la jeter dans une vitre, afin que cette dernière soit brisée. Nous avons la double volonté d'un acte et de son résultat, qui peuvent constituer notre intention pénale⁶. L'acte étant sans danger pour les personnes, c'est donc logiquement l'article 322-1 du *Code pénal* qui trouvera à s'appliquer. Maintenant, prenons l'exemple identique, mais imaginons qu'un passant soit derrière la vitre au moment où celle-ci aura été brisée, et qu'un éclat de verre le blesse grièvement à l'œil. Selon nous, et une partie des magistrats et magistrates avec qui nous nous sommes entretenus, il est impossible de continuer à mobiliser l'article 322-1 du *Code pénal*, ni même les autres articles de cette section qui sont consacrés aux destructions, dégradations et détériorations sans danger pour autrui, puisqu'une personne a été blessée⁷. Nous basculons alors dans les destructions dangereuses pour autrui ; notre agent avait bien

⁶ Christophe ANDRÉ, *Droit pénal spécial*, 6^e éd., *op. cit.*, p. 365 et s.

⁷ Nous nous sommes assurés qu'aucune cause d'aggravation qui pourrait toucher notre hypothèse n'était présente dans la section consacrée aux dégradations sans danger pour les personnes.

une double volonté, qui était celle de jeter la pierre (1), dans le but de casser la vitre (2). Pour autant, il n'avait pas l'intention de blesser le passant, puisqu'il n'avait pas connaissance de son passage à ce moment-là, sous cette vitre. Notre premier réflexe serait alors de regarder la destruction qui causerait involontairement un dommage à autrui. Seulement, nous l'avons vu, cette dernière n'est prise en compte que de manière très restrictive et notre hypothèse n'entre pas dans son cadre, ne serait-ce que parce que le procédé mobilisé en l'espèce n'est ni une explosion ni un incendie. Ne reste alors que l'application de l'article 322-6 du *Code pénal*, rédigé assez largement pour que notre situation puisse entrer dans son champ d'application. Si le jet de pierre n'est pas fondamentalement un procédé de nature à causer un dommage pour autrui, le dommage en résultant pourtant, nous pouvons requalifier ce fait de l'espèce comme un procédé dangereux puisqu'il a blessé ; en somme, c'est une relecture *a posteriori* qui vient imprimer notre perception des faits à partir du résultat dommageable⁸. Finalement, il n'y aurait ici que des manipulations factuelles pour faire coller l'intention supposée de l'agent avec celle exigée par les textes. Non seulement nous viendrions dire que le jet de pierre est un procédé dangereux pour les personnes – alors que dans la première hypothèse sans passant, cela n'avait pas été le cas – mais, de surcroît, on affirmera que le délinquant voulait blesser autrui, condition *sine qua non* de l'application du texte. Sa double volonté ne serait donc plus de vouloir jeter la pierre pour casser une vitre – ce qui correspond pourtant à sa réalité subjective – mais deviendrait la volonté de jeter une pierre en cassant une vitre pour blesser un tiers. L'intention se trouverait alors modifiée par des constats de faits différents suivant l'une et l'autre de nos hypothèses.

Certes, nous sommes ici dans la fiction et des faits qu'il serait difficile de reproduire à l'identique dans la vie réelle. Également, il pourrait y avoir d'autres moyens de considérer les choses, en appliquant une double qualification incluant les blessures involontaires, quitte à déformer une nouvelle fois les faits ou l'intention.

Il reste que cette mise en exergue des difficultés de l'intention et de son influence sur l'issue du procès pénal a su saisir immédiatement notre intérêt. Voilà la genèse de notre étude, dans ses motivations profondes. Il nous semble également que l'analyse

⁸ Une lecture inductive et non plus déductive, en somme. Pierre HUGONET, *La vérité judiciaire*, Paris, Litec, 1986, p. 29 ; Sophie KLIMIS, *Penser, délibérer, juger. Pour une philosophie de la justice en acte(s)*, Bruxelles, De Boeck, 2018, p. 130 et s.

de l'intention est particulière en ce qu'elle chercherait à saisir une notion qui, instinctivement, ne nous apparaît pas comme matérielle. L'intention est fugace, elle se saisit dans l'action, en déduction, elle file dans les pensées, mais nous ne pouvons pas la photographier, la conserver, l'enfermer, pour l'étudier sous toutes les coutures. C'est parce que la démarche qui vise à saisir et comprendre une telle notion est nécessairement particulière que nous proposons, au stade de cette introduction, de revenir dans un premier temps sur l'analyse du concept de l'intention et de ses répercussions juridiques (I). Nous poserons, également, le cadre méthodologique que nous avons mobilisé, pour le soumettre aux discussions, en avançant de manière la plus transparente possible (II). Ainsi, nous pourrions terminer par la problématisation de notre sujet (III).

I. L'analyse générale du concept d'intention

Pour encadrer plus encore ce que nous pouvons entendre par *intention*, nous poserons premièrement quelques précisions sur le vocabulaire déployé dans notre étude (1). Nous regarderons, également, les liens intenses qui existent entre l'intention et des concepts voisins, dont celui de la responsabilité (2). Cela nous poussera vers l'examen des différences qui existent entre une responsabilité objective et une responsabilité subjective, dont la variable d'ajustement repose sur la prise en compte de l'intention (3) et pourra justifier, enfin, la nécessité d'une étude historique et juridique sur l'intention (4).

1. Précisions sur le vocabulaire

Nous parlons délibérément d'intention, ce qui nous permet d'englober des notions voisines et diverses, telles que l'élément moral – *mens rea*, en distinction de l'élément matériel, *actus reus* –, ou encore la volonté. L'élément moral est une expression d'apparition tardive, vers la fin du XIX^e siècle⁹ ; au cours du XIX^e siècle, on lui préférait l'élément intellectuel, ou était directement visé le caractère volontaire d'une action. Or, des nuances peuvent exister entre l'intention *stricto sensu* et l'élément

⁹ Nous retrouvons ce vocable, notamment, chez Victor MOLINIER, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, tome 2, Paris, Rousseau, 1894, p. 94 et s.

moral ; elles sont ici infimes et concernent certainement désormais moins le système français de responsabilité pénale, que le système québécois par exemple.

En France, les auteurs de la fin du XIX^e siècle et du XX^e siècle ont tendance à mobiliser l'intention comme ils utiliseraient l'élément moral, indistinctement. Pourtant, les frontières de l'élément moral peuvent être différentes selon le système pénal considéré et, au Québec, il dépasse le cadre français de la notion, en ce que la *mens rea* peut être présente dans l'*actus reus*, en demandant que soit observée la capacité de la personne d'orienter consciemment et physiquement sa conduite, ce qui n'existe pas véritablement dans le système français¹⁰. En France, néanmoins, l'intention dépasse le simple cadre de l'élément moral et peut venir côtoyer les conditions de l'imputabilité¹¹. Il peut y avoir des conséquences pratiques à cela : alors qu'en France, seule la force majeure peut éloigner la commission d'une contravention¹², au Canada, l'élément moral de l'*actus reus* semble offrir une possibilité supplémentaire : démontrer qu'il n'y avait pas de volonté au point de vue physique, que la personne n'avait pas la capacité d'orienter consciemment et physiquement sa conduite.

De fait, intention, élément moral et *mens rea* ne nous semblent pas couvrir le même périmètre, ce qui légitime que nous apportions ces précisions en termes de vocabulaire mobilisé. Notre étude concerne l'intention, et déborde ainsi des contours de l'élément moral¹³ ; pour autant, comme le font certains auteurs à partir de la fin du XIX^e siècle, nous pourrions utiliser l'expression élément moral en tant que synonyme de l'intention. Le contexte de la phrase précisera s'il s'agit de propos qui visent alors

¹⁰ Sur ce point, voir Hugues PARENT, *Traité de droit criminel*, tome 2, Montréal, Éditions Thémis, 2019, p. 18-19 : « Comme l'indique la juge McLachlin, dans l'arrêt *R. c. Théroux*, "le terme *mens rea*, interprété correctement, n'inclut pas tous les éléments moraux d'un crime. L'*actus reus* comporte son propre élément moral ; pour qu'il y ait *actus reus*, l'acte de l'accusé doit être volontaire". En quoi consiste l'acte volontaire ? Voilà la question ! Sur ce point, les tribunaux distinguent entre l'acte volontaire au point de vue moral ou normatif et l'acte volontaire au point de vue physique. La première approche renvoie à la capacité de l'individu d'orienter intelligemment et librement son action, alors que la seconde s'intéresse à sa capacité de contrôler physiquement et consciemment sa conduite ».

¹¹ Sur ce point, voir notamment Pellegrino ROSSI, *Traité de droit pénal*, 2^e éd., Paris, Guillaumin, 1855, p. 319 et s. ; Albert NORMAND, *Traité élémentaire de droit criminel*, Paris, Cotillon, 1896, p. 523 et s. ; Jean-Marie AUSSEL, « La contrainte et la nécessité en droit pénal », dans Gaston Stéfani (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal. Études de droit criminel*, Paris, Dalloz, 1956, p. 253-292, spéc. p. 256. Également, Jean PRADEL, *Droit pénal général*, 19^e éd., Paris, Cujas, 2012, p. 389-390.

¹² Du moins, c'est ce qu'affirme désormais l'article 121-3 du *Code pénal* de 1994 en son 5^e alinéa : « Il n'y a point de contravention en cas de force majeure ».

¹³ Alors que l'élément moral regarde uniquement une composante de l'infraction, l'intention s'insère dans un système bien plus vaste qui, en sortant du cadre rigoureusement pénal, innerve l'ensemble de notre conception du droit.

l'élément moral entendu strictement, ou l'intention plus large qui englobe l'élément moral et vise, plus loin, l'imputation de l'infraction.

Une autre distinction vise l'intention et la volonté. Dans les infractions, la volonté désigne l'action, alors que l'intention pourrait être le synonyme du dessein derrière l'action volontaire¹⁴. Dès lors, intention et volonté ne peuvent être confondues, alors même que ces termes nous apparaissent voisins, pour ne pas dire parfaitement synonymes dans leurs usages. En effet, la volonté a une perspective bien plus pratique, s'inscrit dans un mouvement de connaissance et de pénétration du monde sensible, quand l'intention peut avoir une double existence : le for intérieur et le for extérieur. Nous saisissons les intentions, en droit, uniquement lorsqu'elles sont extériorisées par des actions volontaires – ou des omissions volontaires. Dans ce schéma, l'action intentionnelle est donc l'action qui bénéficie d'une volonté, et d'une finalité intentionnelle¹⁵.

¹⁴ René GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 4^e éd., Paris, Larose et Forcel, 1892, p. 179-180 : « L'intention, dans le sens étymologique du mot, est la direction de la volonté vers un but (*tendere in*) ; en matière pénale, la direction de la volonté vers l'acte incriminel. Dans ce sens, il vaudrait mieux dire que "il n'y a pas de délit sans intention", que "c'est l'intention qui fait le délit", car l'intention se confond alors avec la volonté, et la volonté est une condition de toute culpabilité. Mais on conçoit que cette direction de la volonté soit de deux natures : 1. Le plus souvent, l'agent, ayant conscience de l'immoralité, de l'illégalité de l'acte qu'il commet, ou des conséquences qu'il peut avoir, veut cependant l'accomplir malgré cette connaissance : on dit alors de lui qu'il a l'intention criminelle, qu'il agit par dol (*dolo*) ; et, suivant que cette intention a été déterminée par une préméditation ou un premier mouvement, on dit qu'elle est réfléchie (*dolus deliberatus*) ou irréfléchie (*dolus repentinus*). 2. Au contraire, quand l'agent ne s'est proposé pour but, dans son action ou dans son inaction, l'accomplissement du délit qui en est résulté, on dit de lui qu'il n'a pas eu l'intention de commettre le délit, et, pour qualifier le manquement au devoir commis sans intention d'y manquer, on parle de simple faute (*culpa*), qu'on oppose alors au dol. Mais ces expressions, mal à propos empruntées au droit civil, manquent de précision et de clarté ; il est préférable de dire que la *faute*, toujours nécessaire pour qu'il y ait *culpabilité*, est tantôt *intentionnelle*, tantôt *non intentionnelle*. On comprend par ces explications en quoi consiste la volonté quand elle est opposée à l'intention, et comment la volonté peut exister là où l'intention fait défaut ».

¹⁵ Henri DONNEDIEU DE VABRES, *La justice pénale aujourd'hui*, 3^e éd., Paris, Armand Colin, 1948, p. 21 : « Ces précisions ne sont pas inutiles. Elles permettent en effet, de séparer la volonté des autres éléments moraux de l'infraction : l'intention et le *mobile*. Tous les actes délictueux sont volontaires, mais ils ne sont pas tous intentionnels ». ; également, voir Hugues PARENT, *Responsabilité pénale et troubles mentaux. Histoire de la folie en droit pénal français, anglais et canadien*, Montréal, Bibliothèque nationale du Canada, 1998, p. 292.

2. Intention, imputabilité, culpabilité et responsabilité : concepts interdépendants mais différents

Dès 1892, René Garraud (1849-1930) nous mettait en garde, en affirmant que :

L'homme n'est *responsable*, au point de vue pénal, comme au point de vue civil, du fait illicite qu'il a matériellement commis, que lorsque ce fait lui est *imputable*, c'est-à-dire quand on peut le mettre à son compte. Mais pour que la justice sociale ait le droit de mettre une action sur le compte de l'agent, dans le but de régler ce compte avec lui, il faut que l'agent ait commis une faute (*culpa*), qu'il soit coupable. De là trois idées, qui se lient et se complètent : les idées d'*imputabilité*, de *responsabilité*, de *culpabilité*. Imputer un fait à quelqu'un, c'est, en effet, le mettre à son compte pour lui en faire subir les conséquences ; c'est dire qu'il en est coupable et, par conséquent, responsable. La *culpabilité* et la responsabilité sont des conséquences si directes, si immédiates de l'*imputabilité*, que les trois idées sont souvent considérées comme équivalentes et les trois mots comme synonymes. Cependant, l'imputabilité n'est pas susceptible de plus ou de moins : elle s'affirme ou se nie. La culpabilité et la responsabilité se mesurent, elles ont des degrés. L'agent est plus ou moins coupable, il est plus ou moins responsable. Rechercher si l'agent est en faute relativement au fait qui lui est reproché, c'est étudier la *moralité* du délit. De là est venu l'usage de désigner sous le nom d'*élément moral* du délit, l'ensemble des conditions de la culpabilité¹⁶.

La responsabilité désigne donc l'« obligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences civiles, pénales, disciplinaires, etc. (soit envers la victime, soit envers la société, etc.) »¹⁷. Elle signale la ligne d'arrivée de l'examen des éléments préalables pour entraîner la responsabilité, car tout le monde ne peut être tenu responsable de ses actes : des nuances sont apportées. C'est ici qu'intervient l'imputabilité. Elle correspond au

Caractère de ce qui peut être mis au compte d'une personne comme une faute, en raison de ce que cette personne jouit d'une volonté libre et consciente (condition d'imputabilité de la faute) ou, plus généralement, comme un fait à sa charge, en raison de ce que ce fait provient bien de sa part non d'une cause étrangère¹⁸.

La doctrine intervient et précise que « point d'imputabilité, point de faute concevable. L'imputabilité apparaît comme le noyau dur, irréductible sans lequel il n'y

¹⁶ René GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 147.

¹⁷ V^o « Responsabilité », dans Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., Paris, PUF, 2020, p. 909-910.

¹⁸ V^o « Imputabilité », dans Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., *op. cit.*, p. 524.

a pas de faute et donc pas de responsabilité »¹⁹. Nous commençons à percevoir comment ces différents termes font l'objet d'intrications très fortes. Pour être responsable, l'accusé doit être imputable, et l'imputabilité nécessite, sauf exception, la commission d'une faute volontaire, fruit d'une volonté libre et consciente. C'est dans cette définition que peut intervenir l'intention, convoquée par l'expression « volonté libre et consciente ». Si nous avons vu qu'il ne fallait pas confondre la volonté et l'intention, les deux termes partagent pourtant un socle commun de croyances mutuelles : invoquer la volonté nous propulse dans une sphère intellectuelle qui fait la part belle à l'intention, puisqu'il n'y aurait pas de volonté sans intention derrière les actions²⁰.

Dans le processus judiciaire, il sera en premier lieu regardé si l'agent est imputable, donc s'il n'y avait pas d'altération de sa volonté ou de sa liberté lorsqu'il a commis l'infraction. L'intention passe donc une première tête, timide, à ce stade de la procédure. En observant la liberté de l'agent, nous présupposons que ce dernier dispose de toutes ses facultés, dont celles qui touchent le *vouloir* et, plus loin, l'intention. Ne pas comprendre les conséquences de ses actes, ne pas être imputable, peut être synonyme de ne pas avoir d'intention mauvaise : il y a une abolition des frontières de la raison qui font que les actions peuvent être volontaires, mais sans intention tournée vers le mal. Cette condition première, l'examen de l'imputabilité, conditionne la responsabilité en ce que la personne diminuée dans ses facultés ne peut se voir reprocher une action²¹. En d'autres termes, si la volition n'est pas libre et éclairée, l'imputabilité peut être écartée ; si l'intention fait défaut, et qu'elle peut être rattachée aux conditions constitutives de l'imputabilité, il n'y aura pas de responsabilité.

Ainsi, généralement, pour être responsable, encore faut-il être imputable. Une autre condition intervient pour que l'on puisse dire qu'une personne est responsable : il faut qu'elle soit coupable. La culpabilité convoque la notion de la faute ; un

¹⁹ Jean PRADEL, *Droit pénal général*, 19^e éd., *op. cit.*, p. 389

²⁰ Volonté et intention font partie des éléments psychologiques ou mentaux des infractions ; ces éléments contribuent donc à l'installation d'un système qui repose sur la liberté de la volonté et donc de l'intention.

²¹ Les exclusions de responsabilité pour défaut d'imputabilité sont anciennes et, sur notre période d'étude, ont toujours été présentes. Voir notamment André LAINGUI, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit (XVI^e-XVIII^e siècle)*, Paris, LGDJ, 1970 ; également André LAINGUI et Arlette LEBIGRE, *Histoire du droit pénal*, Paris, Cujas, 1979, p. 23 et s. ; pour un balayage historique sur ce point, voir l'ouvrage de Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2014.

comportement ou une omission doit être fautif pour que la machine pénale se mette en marche. La culpabilité est définie comme :

Le fait d'être coupable (qui suppose l'imputabilité et entraîne la responsabilité pénale) ; l'état de l'individu convaincu d'avoir commis une infraction (la preuve de la culpabilité de la personne poursuivie incombant normalement à la partie poursuivante en vertu de la présomption d'innocence)²².

L'examen de la culpabilité se mêle d'une attention portée sur le comportement de la personne que l'on cherche à incriminer. Nous regarderons les faits, et nous les comparerons à l'incrimination légale, en recherchant un élément matériel et un élément moral. Ainsi, nous voyons que l'intention vient, une nouvelle fois, jouer dans le processus d'analyse de la culpabilité, de manière plus ou moins directe. Dans cette démarche, la responsabilité est dite objective si une faute purement matérielle est suffisante pour rendre coupable ; la responsabilité est cette fois dite subjective, si une faute baignée d'intention est requise. Parce que cette distinction nous apparaît fondamentale en droit, il nous faut revenir sur ce point un peu plus en détail.

3. De la responsabilité objective vers la responsabilité subjective

Ici, nous essayerons de sortir du cadre strictement juridique pour nous intéresser également aux soubassements philosophiques qui dominent lorsque l'on parle de la responsabilité. Le domaine juridique sera touché *a posteriori* par les conséquences de choix qui se font en amont. Cet amont correspond ici, très schématiquement, à la dominance philosophique d'une conception idéaliste ou réaliste.

Premièrement, il est nécessaire de préciser, encore, ce que nous entendons par *responsabilité*. Nous la définissons classiquement comme le fait d'être tenu des conséquences de nos actes pour son versant criminel, alors qu'en civil nous dirions plutôt qu'il s'agit de répondre de ses obligations²³. Ajoutons également que la

²² V° « Culpabilité », dans Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., *op. cit.*, p. 286-287.

²³ Jean-Marc TRIGEAUD, « Responsabilité », dans Sylvain Aurooux (dir.), *Les notions philosophiques*, tome 2, Paris, PUF, 1990, p. 2254-2258.

responsabilité telle que nous l'entendons est d'acception récente, de même que le mot lui-même²⁴.

Idéalisme et réalisme débordent largement de la simple responsabilité puisque ce sont des notions qui se veulent régir toute notre acception du monde environnant. Tous les domaines seront alors affectés, comme la peinture, la littérature ou encore la musique, au-delà du droit.

La *summa divisio* entre ces deux conceptions tient dans le fait, à gros traits, que l'une concevra le monde extérieur de manière autonome – le réalisme²⁵ –, alors que l'autre ne le verra que par le prisme de la pensée – l'idéalisme²⁶. Pour le réalisme, c'est l'expérience sensible qui crée la connaissance de l'extérieur au *soi*, en s'opposant à l'idéalisme qui ne regarde le monde qu'au travers de ce qui est pensable par le sujet²⁷. Ces deux acceptions n'auront de cesse que de s'opposer au travers des siècles, l'une dominant l'autre et inversement²⁸. Là où réside l'intérêt, c'est que ces choix dans la conception qui sera retenue vont affecter les actes de la vie en société, dont le droit, et plus spécifiquement la manière dont il retiendra et comprendra la responsabilité. C'est en cela qu'il nous appartient de regarder, rapidement, les fondements philosophiques de la responsabilité objective et subjective.

²⁴ Jacques HENRIOT, « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot responsabilité », *Archives de philosophie du droit*, 22 (1977), p. 60 : la datation du terme est délicate, mais première mention est faite dans le *Dictionnaire critique de la langue française* de 1787-1788 par l'Abbé Jean-François Féraud. Michel VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », *Archives de philosophie du droit*, 22 (1977), p. 46 : ce terme n'est pas utilisé chez les Romains et n'apparaît en Europe qu'au XIII^e siècle dans le droit savant. Son usage ne devient usuel qu'à partir de la fin de l'Ancien Régime. Néanmoins, cette terminologie renvoie aux termes de *responsa* ou *respondere* qui étaient, eux, mobilisés par les Romains. Cela explique notre définition du vocable responsable, qui veut que l'on « réponde » de quelque chose.

²⁵ Pour un exemple pratique, voir Michael DEVITT, *Realism and Truth*, Princeton, Princeton University Press, 1997, p. 4-5 : « This maxim is oversimplified because realism, though largely metaphysical, is a little bit epistemic and semantic: the world must be independent of our knowledge of it and of our capacity to refer to it. So at least that much epistemology and semantics must be settled to settle realism. [...] I describe the doctrine of realism that I aim to defend. It has two dimensions: (1) a view of what exists – the physical entities of common sense and science; (2) a view of their nature – independence from the mental. I distinguish realism from physicalism ».

²⁶ Pour un exemple concret, voir Edmond HUSSERL, *Méditations cartésiennes. Introduction à la phénoménologie*, Paris, Vrin, 1966, p. 3 : « En fait de réalité absolue et indubitable, le sujet méditant ne retient que lui-même en tant qu'*ego* pur de ses *cogitationes*, comme existant indubitablement et ne pouvant être supprimé même si ce monde n'existait pas. Dès lors le moi ainsi réduit réalisera un mode de philosopher solipsiste. Il se mettra en quête de voies d'un caractère apodictique par lesquelles il pourra retrouver, dans son intériorité pure, une extériorité objective. On sait comment Descartes procède en déduisant d'abord l'existence et la véracité de Dieu, puis, grâce à elle, la nature objective, le dualisme des substances finies, d'un mot le terrain objectif de la métaphysique et des sciences positives, ainsi que ces sciences elles-mêmes. Toutes ces inférences s'accomplissent comme de juste en suivant les principes immanents de l'*ego*, qui lui sont "innés" ».

²⁷ Jean-Marc TRIGEAUD, « Responsabilité », art. cit.

²⁸ Voir notamment Isabelle THOMAS-FOGIEL, « L'opposition entre réalisme et idéalisme ? Genèse et structure d'un contresens », *Revue de métaphysique et de morale*, 3 (2017), p. 393-426.

Fille du réalisme philosophique, la responsabilité objective ne regarde pas l'inconscient de l'agent, n'observe pas ses motivations, mais se contente de relever un déséquilibre créé dans le monde sensible²⁹. Un verre est cassé : on ne cherche pas à savoir pourquoi il est désormais brisé ni comment est-il tombé ou qui l'a morcelé. Ce qui intéresse le réalisme et, *a fortiori*, l'objectivisme, c'est de constater que l'équilibre du *Juste* a été rompu et qu'il faut maintenant le réparer : avant existait un verre, maintenant il n'est plus.

Les opérations intellectuelles effectuées sont en apparence nettement plus simples que dans l'idéalisme, puisque le sujet s'approprie le monde extérieur, l'intellectualise pour finalement le comprendre. La *vérité* ne se trouve pas en *soi*, mais dans les choses extérieures³⁰.

En peinture, par exemple, cela créera non seulement des mouvements qui auront pour objectif de représenter le monde tel qu'il est, fidèlement³¹, mais encore des techniques spécifiques pour donner plus de corps à cette volonté de rayonnement de l'extérieur vers l'intérieur³². En musique, il s'agira de vouloir plonger l'auditoire dans des univers sonores qui retranscrivent la réalité, de créer des symphonies qui démontrent la gloire incontestable d'un État par exemple, ou encore d'écrire des opéras en inscrivant les personnages dans ce réalisme³³. En imprégnant ainsi tous les pans de la vie sociale, le réalisme s'impose également dans le droit. Faisant œuvre de diversification, il prend des noms différents qui correspondent à des notions spécifiques, mais qui conservent leurs racines communes avec ce tronc initial.

²⁹ En ce sens, voir notamment Paul FAUCONNET, *La responsabilité, étude de sociologie*, Paris, Alcan, 1920, p. 102 et s., p. 204 et s., et p. 345 et s. ; Barthélémy MERCADAL, « Recherches sur l'intention en droit pénal », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1 (1967), p. 5 ; plus récemment, voir Yan-Patrick THOMAS, « Acte, Agent, Société. Sur l'Homme coupable dans la pensée juridique romaine », *Archives de philosophie du droit*, 22 (1977), p. 82 ; Adrien-Charles DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Paris, LGDJ, 1982, p. 16 ; Jean-Marie CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, Paris, PUF, 1990, p. 35.

³⁰ Colas DUFLO, « Matérialisme », dans Michel Blay (dir.), *Grand dictionnaire de la philosophie*, Paris, CNRS Éditions, 2003.

³¹ Plus spécifiquement, le mouvement réaliste initié par Gustave Courbet, chef de file de cette tendance qui, en 1855, utilise le mot « réalisme » pour désigner une œuvre. Sur ce point, voir Patricia FRIDE ROUGE CARRASSAT et Isabelle MARCADÉ, *Comprendre et reconnaître les mouvements dans la peinture*, Paris, Larousse, 1997, p. 70.

³² Nous pensons ici à la peinture à l'œuf, utilisée pour que les couleurs soient éclatantes et que la lumière provienne des objets peints eux-mêmes, sans attendre un sujet pour trouver un éclairage : le monde existe en lui-même.

³³ À l'exemple criant du réalisme socialiste imposé dans les années 1930 pour exercer une propagande plus discrète par le biais des arts, dont la musique. Pour illustrer ce point voir SHOSTAKOVICH, *L'âge d'or*, 1930 : il s'agit d'un ballet qui oppose une vision décadente de l'Occident et robuste de l'Union soviétique.

Nous le retrouvons sous la forme générique de la responsabilité objective, qui prend pour source principale le matérialisme ou l'utilitarisme aux XVIII^e et XIX^e siècles³⁴. Le matérialisme peut éventuellement se résumer et être défini de la même manière que l'objectivisme, en affirmant qu'il aura tendance à regarder les éléments extérieurs aux agents dans le cadre d'une infraction³⁵.

L'utilitarisme s'inscrit bien plus subtilement³⁶ dans le cadre de l'objectivisme, puisqu'il ne vise que l'utilité. Son objectivité n'est pas la première chose visible lorsque nous l'étudions. Pour autant, il convient de l'inscrire dans l'objectivisme car nombre de penseurs qui mobilisent cette doctrine sont matérialistes : elle semble donc mieux servir les intérêts de ce courant³⁷. L'utilitarisme dispose que responsabilité et sanction ne doivent exister uniquement si cela a une quelconque utilité pour la société et la vie collective. Peu importe alors que l'agent ait voulu ou non les conséquences de ses actes, peu importe même que l'on ne punisse pas le bon agent, à partir du moment où cette sanction se révèle efficace pour apaiser la société mise en émoi par le crime ; la sanction est légitimée et, par-là, la responsabilité est engagée³⁸. L'utilitarisme regarde objectivement quelle a été l'atteinte et applique matériellement la meilleure solution pour faire cesser cette atteinte ou la réparer. En cela nous l'inscrivons donc plutôt dans le giron matérialiste³⁹.

³⁴ Nous y reviendrons, dans le détail, au sein des premiers chapitres de notre travail.

³⁵ Matérialisme renvoie à ce qui est matériel ou matérialisable, donc ce qui existe au-dehors de la simple pensée ou du raisonnement. Sur ce point, voir par exemple Pellegrino ROSSI, *Traité de droit pénal*, 2^e éd., tome 1, *op. cit.*, p. 106-107. Pour une approche plus contemporaine, voir Paul FAUCONNET, *La responsabilité, étude de sociologie, op. cit.*, p. 101.

³⁶ Cette insertion de l'utilitarisme dans le matérialisme ou le réalisme est d'autant plus subtil que certains auteurs moralistes, dont Kant, vont l'utiliser pour justifier de l'usage de la peine. Sur ce point voir Paul FAUCONNET, *La responsabilité, étude de sociologie, op. cit.*, p. 300.

³⁷ Nous aurons, là encore, l'occasion de revenir sur ce point dans les premiers chapitres de notre étude. Néanmoins, nous pouvons donner l'exemple criant de Beccaria, grand lecteur d'Helvétius. Sur ce point, voir notamment Xavier MARTIN, « À propos d'un livre. Target, Bentham et le Code civil », *Revue d'histoire des facultés de droit*, 21 (2000), p. 133 ; Gianni FRANCONI, « Beccaria, philosophe utilitariste », dans Philippe Audegean, Christian Del Vento, Pierre Musitelli et Xavier Tabet (dir.), *Le Bonheur du plus grand nombre. Beccaria et les Lumières*, Lyon, ENS Éditions, p. 26.

³⁸ Notamment Paul FAUCONNET, *La responsabilité, étude de sociologie, op. cit.*, p. 283 : il expose ici une synthèse intéressante de l'utilitarisme en lien avec les fonctions de la responsabilité, en expliquant que l'on peut invoquer la raison d'État pour punir un innocent : la société serait en péril de mort si un crime grave restait impuni. Dès lors, en l'absence de responsable vrai, on en fabrique un : la responsabilité fictive peut donc, parfois, venir remplacer une responsabilité vraie pour garantir le maintien de la société dans une perspective utilitariste.

³⁹ D'autant plus que Bentham, considéré comme le père de cette doctrine, était lui-même matérialiste et voulait exclure du droit la morale et la religion pour se concentrer sur l'étude des faits bruts. Sur ce point, voir Jean PINATEL, « Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale, le point de vue criminologique et pénologique », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 4 (1965), p. 758 ; Mohamed EL SHAKANKIRI, *La philosophie juridique de J. Bentham*, Paris, LGDJ, 1970 ; Michel VILLEY, « Des délits et des peines dans la philosophie du droit naturel classique », *Archives de philosophie du droit*, 28 (1983), p. 181.

En droit civil, l'objectivité dans les relations contractuelles aura tendance à se focaliser sur la valeur des biens échangés, vérifier si elle est juste, vraie, en tenant compte de considérations purement matérielles⁴⁰. Nul regard ne sera porté sur l'équivalence des consentements. En droit répressif, la responsabilité sera pareillement engagée sur le fondement d'éléments concrets, du déséquilibre généré par l'acte dommageable, en faisant fi de toute autre considération⁴¹.

Un modèle de responsabilité objective pure ne regarderait pas non plus les qualités de l'agent comme son âge, sa condition mentale, son état de nécessité, etc. Nous serions alors dans un système reposant sur des automatismes : à chaque dommage correspondrait nécessairement une réparation octroyée par l'agent délinquantiel. Seulement, cette responsabilité objective ne pourrait exister sans créer un grand danger, une forte instabilité ; il faut donc la modérer et y injecter de la subjectivité pour qu'elle soit viable⁴². Alors, les considérations que nous venons d'évoquer – l'âge, la condition mentale, etc. – interviendront dans un second temps, non pas pour exonérer l'agent de sa responsabilité, mais pour la moduler et le sanctionner en conséquence.

Finalement, en objectivant la responsabilité, on vient renforcer la place du lien causal entre le fait et l'agent à l'origine du fait. Pour la théorie objectiviste, dès lors qu'il y a dommage, que l'on constate objectivement et matériellement le lien entre l'agent et le fait, la responsabilité doit être établie⁴³. L'imputation est donc d'abord objective ; puis, dans les conceptions objectives subjectivées, dans un second temps, on vient regarder les éléments subjectifs de l'imputation qui sont inhérents au délinquant afin d'adapter la réponse du droit.

⁴⁰ Par exemple, pour la vente d'une maison, nous regarderons que le prix payé corresponde effectivement à la valeur réelle du bien en prenant en compte des considérations objectives comme l'état de la maison, le marché immobilier au moment de la vente, etc.

⁴¹ Ce type de responsabilité souffre d'une présentation péjorative et est souvent appelée « archaïque ». Voir notamment Paul FAUCONNET, *La responsabilité, étude de sociologie*, op. cit., p. 101 ; Barthélémy MERCADAL, « Recherches sur l'intention en droit pénal », art. cit., p. 5 ; Yan-Patrick THOMAS, « Acte, agent, société. Sur l'Homme coupable dans la pensée juridique romaine », art. cit., p. 76 ; Charles-Adrien DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, op. cit., p. 16.

⁴² Paul FAUCONNET, *La responsabilité, étude de sociologie*, op. cit., p. 382.

⁴³ C'est alors une simple « qualification des données empiriques » comme le définit Kelsen repris par Simone GOYARD-FABRE, « Responsabilité morale et responsabilité juridique selon Kant », *Archives de philosophie du droit*, Paris, 22 (1977), p. 119-120.

Ces adaptations sont rendues nécessaires pour ne pas laisser vivre un système porteur de profondes inégalités envers les justiciables, et particulièrement les vulnérables, les malades, les personnes contraintes et autres⁴⁴. C'est un modèle objectif subjectivé que l'on trouve dans certains pays qui laissent une large part au réalisme philosophique et donc à l'objectivisme réaliste. À l'opposé, d'autres répondent d'une philosophie idéaliste.

En opposition avec l'objectivisme découlant du réalisme, le subjectivisme semble provenir quant à lui de l'idéalisme. Là où l'objectivisme se contente de simples constats matériels et sensibles, le subjectivisme s'intéresse aux individus, à leurs pensées, aux mécanismes psychiques qui commandent la survenance d'une action. On ne regarde plus alors l'extériorité de l'individu, mais son intériorité. En effet, dès le XII^e siècle le clergé distingue le *for intérieur* et le *for extérieur* selon les enseignements de Jean-Marie Carbasse⁴⁵. Ce qui nous intéresse à titre principal, c'est effectivement le *for intérieur*, siège de l'intentionnalité ; néanmoins, le *for extérieur* est également important pour notre analyse, puisque c'est là que se discute, notamment, la question de la preuve de l'intention, cette même preuve utile en justice⁴⁶.

Ce modèle se développe essentiellement par l'action du nominalisme médiéval, puis sera repris par l'idéalisme moderne et donnera naissance à la responsabilité pénale subjective⁴⁷. Il en ressort que c'est la personne même qui devient responsable parce qu'elle a mal agi. Cette responsabilité serait donc intimement attachée à la notion de faute, de culpabilité⁴⁸ ; elle résulterait de la violation intentionnelle d'une obligation.

⁴⁴ Jean LEBRET, « Essai sur la notion d'intention criminelle », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 3 (1938), p. 474.

⁴⁵ Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 234-235.

⁴⁶ Pour un panorama sur les liens entre les questions théologiques et juridiques, voir notamment Mathias SCHMOECKEL, *Le droit de la Réforme*, Paris, Société de législation comparée, 2022. En outre, nous avons débuté une étude des liens entre religion et intention en nous focalisant sur les travaux d'Augustin. Cette recherche sera continuée dans de futurs écrits. Pour un premier aperçu de nos découvertes, nous renvoyons aux annexes : Annexe II – La recherche du libre arbitre chez Augustin.

⁴⁷ Jean-Marc TRIGEAUD, « Responsabilité », art. cit.

⁴⁸ Pour un panorama historique sur ce point, voir Gabriel TARDE, *La criminalité comparée*, Paris, Alcan, 1886, p. 125 ; Laurent LEVENEUR, « Le fait », *Archives de philosophie du droit*, 35 (1990), p. 146 ; Luis JIMENEZ DE ASUA, « Les problèmes modernes de la culpabilité », dans Paul Graulich (dir.), *En hommage à Jean Constant*, Liège, Presses de la Faculté de droit de Liège, 1971, p. 147 ; Jean-Marc TRIGEAUD, *L'Homme coupable. Critique d'une philosophie sur la responsabilité*, Bordeaux, Bière, 1999 ; Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, Paris, Nouveau Monde Éditions, 2014, p. 315.

L'idéalisme fait valoir que le monde n'existe que par la pensée, il est donc propre à chacun et la vérité réside en chaque individu⁴⁹. Les choses n'existeraient que parce qu'elles sont d'abord pensées, avant d'être projetées vers l'extérieur, et là encore les conséquences seraient visibles dans les mêmes domaines que ceux étudiés auparavant.

En peinture, la luminosité ne proviendra plus des objets peints, mais de l'artiste qui projette sa représentation des choses sur la toile. En musique, on ne cherche plus à ressentir le monde environnant par des effets de réalisme, mais on veut plonger l'auditeur dans un autre univers, celui conçu par l'artiste. Alors que dans le réalisme l'extérieur imprime un effet sur le spectateur qui peut, par la suite, tenter de le restituer au moyen de la peinture ou de la musique, dans l'idéalisme l'extérieur n'existe pas avant d'être projeté par la personne, qui n'est donc plus spectatrice, mais constructrice du monde qui l'entoure. Les choses sont intellectualisées avant d'être⁵⁰.

Les conséquences en droit sont également importantes, puisque l'on place l'individu au premier plan, ou plus spécifiquement sa raison, sa pensée⁵¹. C'est le monde tel que conçu par l'individu qui va importer dans la conception subjective, l'extérieur tel qu'il va pouvoir le concevoir⁵².

En droit civil, par exemple, si nous analysons la validité d'un contrat, ce ne seront plus les éléments matériels de l'échange qui seront observés, mais les éléments immatériels : les volontés⁵³. Dans le réalisme, la chose doit correspondre objectivement au montant payé et inversement, alors que dans l'idéalisme, la chose doit correspondre à l'image que l'on se fait d'elle ; ce ne sont plus les objets qui doivent être égaux, mais les volontés qui doivent être égales. Dans le premier cas, on regardera le prix d'un bien en fonction de son ancienneté, de ses défauts potentiels, en somme de tout ce que l'on peut constater. Dans l'hypothèse de l'idéalisme, il sera porté une attention particulière

⁴⁹ Ce qui est plus ou moins admis au sein même des penseurs idéalistes, puisque certains vont admettre qu'il faut être initié à la raison pour connaître le vrai ; il existerait donc des individus privés de la connaissance du vrai.

⁵⁰ Pour une référence générale sur ce point, voir notamment Jean PÈRES, « Réalisme et idéalisme dans l'art », *Revue Philosophique de la France et de l'Étranger*, 59 (1905), p. 378-396 ; également de manière contemporaine, voir France FARAGO, *L'Art*, Paris, Armand Colin, 2011, p. 123-145.

⁵¹ Voir notamment Emmanuel KANT, *Critique de la raison pratique*, Paris, Alcan, 1888 [rééd. 1788], p. 21-22 ou encore 100-101.

⁵² Antonio PUNZI, « Pour une philosophie réaliste du droit. Villey et les équivoques sur le droit naturel », *Droit et société*, 1 (2009), p. 69-92, spéc. p. 69-70.

⁵³ Muriel FABRE-MAGNAN, *Le droit des contrats*, Paris, PUF, 2018, p. 17-47.

sur la connaissance des éléments objectifs, pour que la volonté de l'acquéreur ou du vendeur ne soit pas viciée : ici, c'est l'intention qui domine⁵⁴.

Appliquée au droit pénal, cette conception des choses permet l'introduction de l'analyse psychique et psychologique de l'agent. Aussi, nous pourrions prendre en compte son âge, ses altérations mentales, voire parfois les mobiles qui ont présidé la commission d'une infraction. Puisque l'idéalisme fait se situer le cœur de l'action dans les esprits⁵⁵, il est logique que l'on cherche à connaître quelle a été l'intention de l'individu. Alors même que l'objectivisme ignore, ou relègue au second plan l'élément moral comme élément constitutif des infractions pour les systèmes objectifs subjectivés, il appert dans l'idéalisme que l'élément moral sera la clef de l'incrimination.

Pareillement aux systèmes objectifs, le système subjectif connaît des nuances dans son application. Un système subjectif pur permettrait de prendre en compte tous les éléments qui motivent l'agent, nichés dans son for intérieur⁵⁶, et qui pourraient lui offrir de se dédouaner de sa responsabilité en les invoquant. Un tel fonctionnement ne pourrait que difficilement donner lieu à un système juridique pérenne. Comme dans beaucoup de domaines, nous postulons que la responsabilité en est un où l'extrémisme peut se révéler inefficace, voire dangereux. Ainsi, là encore, le subjectivisme a été nuancé par des apports objectifs. Ont été définis des comportements types, standardisés, qui donnent une ligne de conduite à respecter⁵⁷. Le droit ne décrit pas des personnes, mais est constitué de personnages⁵⁸ qui doivent nous guider pour appréhender la responsabilité de chacun. De plus, un lien nécessaire avec l'extériorité

⁵⁴ Denis SERON, « Intentionnalité, idéalité, idéalisme », *Philosophie*, 2 (2010), p. 28-51.

⁵⁵ Frédéric BANCE, « Réhabilitons l'idéalisme », *La chaîne d'union*, 1 (2007), p. 68-73.

⁵⁶ C'est l'hypothèse de la prise en compte des mobiles dans les infractions. Voir notamment Jean LEBRET, « Essai sur la notion d'intention criminelle », art. cit., p. 446 ; Barthélémy MERCADAL, « Recherches sur l'intention en droit pénal », art. cit., p. 40 ; Jean PINATEL, « La théorie pénale de l'intention devant les sciences de l'Homme », dans Jean Boulouis (dir.), *L'évolution du droit criminel contemporain : recueil d'études à la mémoire de Jean Lebreton*, Paris, PUF, 1968, p. 192.

⁵⁷ La figure du « bon père de famille » – ou de la personne raisonnable – appliquée en droit pénal, en somme.

⁵⁸ Jean-Marc TRIGEAUD, « La personne », *Archives de philosophie du droit*, 34 (1989), p. 103-121 ; Valérie MALABAT, *Appréciation in concreto et in abstracto en droit pénal*, thèse dactyl., droit, Bordeaux, 1999, p. 372 ; Zoé SCHWEITZER, « Christian Biet, Droit et littérature sous l'Ancien Régime. Le jeu de la valeur et de la loi », *Labyrinthe*, 18 (2004), p. 29-31 ; Jean-Marc TRIGEAUD, « Sur les origines juridiques et mythiques gréco-romaines du concept occidental de personne. Une histoire de la liberté », dans Emmanuelle Burgaud, Yann Delbrel et Nader Hakim (dir.), *Histoire, théorie et pratique du droit. Études offertes à Michel Vidal*, Bordeaux, PUB, 2010, p. 1051-1082 ; David DEROUSSIN, « Homo/personna. Archéologie antique de la personne », dans Bernard Gallinato-Contino et Nader Hakim (dir.), *De la terre à l'usine : des hommes et du droit. Mélanges offerts à Gérard Aubin*, Bordeaux, PUB, 2014, p. 661-692.

doit exister ; couper l'intention de ses concrétisations matérielles, ce serait masquer tout un pan de l'incrimination telle que largement, voire unanimement acceptée dans la construction historique du droit pénal⁵⁹. Ne regarder que l'intention et non le passage de l'idée au concret ne serait pas envisageable dans un système judiciaire pragmatique⁶⁰. Ce qui relève du for intérieur appartient uniquement au domaine de l'intime, avant d'être extériorisé⁶¹. Seules les religions ont cette volonté de s'attaquer aux pensées, ce qui en aucun cas ne peut être du domaine du droit et de son fonctionnement institutionnel⁶².

Alors, dans l'imputation du crime au criminel, l'élément fondateur ne sera pas ici l'existence d'un lien causal objectivement existant, mais la psychologie de l'agent ; ainsi, la question de la responsabilité se voit muée en question de culpabilité, où l'on va souvent attacher à la conscience de commettre un acte une présomption de faute⁶³.

Ces deux modèles entraînent, nous l'avons constaté, des conséquences considérables sur la manière dont nous pouvons appréhender la responsabilité des individus, tout en notant que c'est la place de l'intention qui est changeante entre une responsabilité objective et une responsabilité subjective. C'est notamment à ce titre qu'il nous semble nécessaire et vital pour la connaissance du droit, de comprendre le rôle de l'intention dans les mécanismes d'entraînement de la responsabilité.

4. La nécessité d'une étude historique et théorique sur l'intention juridique

Nous l'avons aperçu, l'intentionnalité peut faire varier du tout au tout le mode de responsabilité juridique en place dans un système donné. De surcroît, c'est une notion qui, au fur et à mesure, a su s'imposer dans le paysage juridique pour devenir

⁵⁹ Les infractions sont d'abord constituées par un comportement extériorisé, fautif. Comme le signale Antoine Loisel, « Nulle reigle sans faute ». Antoine LOISEL, *Institutes coutumieres*, Paris, L'Angelier, 1607, p. II.

⁶⁰ Cette impossibilité a d'ailleurs été relevée par la doctrine comme chez Pierre-François MUYART DE VOUGLANS, *Les loix criminelles de France, dans leur ordre naturel*, Paris, Morin, 1780, p. 2.

⁶¹ Pierrette PONCELA, « Autour de l'ouvrage de Paul Fauconnet : une dimension sociologique de la responsabilité pénale », *Archives de philosophie du droit*, 22 (1977), p. 135.

⁶² Pour une perspective ancienne de cette affirmation, voir notamment Paul FAUCONNET, *La responsabilité, étude de sociologie*, op. cit., p. 218 et 355 ; pour une confirmation contemporaine de cette tendance, voir notamment Hugues PARENT, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 14.

⁶³ Jean-Marc TRIGEAUD, « Responsabilité », art. cit.

un élément constitutif des infractions, en plus de toucher l'imputabilité⁶⁴. Comprendre l'intention, c'est donc chercher à saisir cette part de notre droit qui peut sembler inaccessible. Cela en fait un premier point qui justifie de l'importance d'un sujet se saisissant de cette notion.

Or, à l'exception de rares études⁶⁵, aucune analyse ne s'est intéressée frontalement au sujet de l'intention, que ce soit en droit positif⁶⁶, comme en histoire du droit – à l'exception d'une synthèse de James Marshall pour les États-Unis⁶⁷. Notre travail de thèse cherche à apporter sa pierre à l'édifice de la connaissance en histoire du droit pénal, en revenant sur cette notion pour essayer de comprendre comment elle a été renouvelée de manière contemporaine, comment elle a été reçue, comment elle a évolué, pour en arriver à notre mode de fonctionnement actuel qui fait la part belle aux intentions.

Cette démarche nous semble importante en ce qu'un certain nombre de problèmes juridiques posés par l'intention sont stables sur notre période d'étude, et demeurent en droit positif. Nous pourrions tenter une explication en avançant que l'intention semble racontée dans les procès, et que les problèmes discursifs n'ont pas encore été résolus⁶⁸. Dès lors, une étude historique sur l'apparition et la consolidation de cette notion dans notre droit semble constituer une démarche intéressante. Elle cherche à comprendre comment le nouveau système moniste, centralisé, encadré par

⁶⁴ Les ouvrages de droit pénal spécial définissent l'ensemble des infractions avec un élément matériel et un élément moral ; ce dernier est le signe d'une intention dans le corps pénal. Voir notamment : Jean LARGUIER, Philippe CONTE et Stéphane FOURNIER, *Droit pénal spécial*, 15^e éd., *op. cit.* ; Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal spécial*, 8^e éd., *op. cit.* ; Michel VÉRON, *Droit pénal spécial*, 17^e éd., *op. cit.* ; Valérie MALABAT, *Droit pénal spécial*, 9^e éd., *op. cit.* ; Christophe ANDRÉ, *Droit pénal spécial*, 6^e éd., *op. cit.*

⁶⁵ Calixte DELPECH, *De l'infraction, ses conditions, ses éléments, ses caractères*, Paris, Thorin, 1879 ; Jean LEBRET, « Essai sur la notion d'intention criminelle », art. cit. ; Robert LEGROS, *L'élément moral dans les infractions*, Paris, Sirey, 1952 ; Barthélémy MERCADAL, « Recherches sur l'intention en droit pénal », art. cit. ; Jean PINATEL, « La théorie pénale de l'intention devant les sciences de l'Homme », art. cit. p. 181-193 ; Georges LEVASSEUR, « Étude de l'élément moral de l'infraction », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1 (1969), p. 81-97 ; Jacques-Henry ROBERT, « L'histoire des éléments de l'infraction », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2 (1977), p. 269-284.

⁶⁶ Stéphanie BERTÉ, *L'intention en droit pénal*, thèse dactyl., droit, Paris, 2005 ; Mickaël BENILLOUCHE, « La subjectivisation de l'élément moral de l'infraction : plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 3 (2005), p. 529-547 ; Sabine GRAVIER, *La preuve de l'élément moral*, mémoire, droit, Bordeaux, 2014.

⁶⁷ James MARSHALL, *Intention in Law and Society*, New York, Minerva Press, 1968. Il déclare notamment que : « Empirically we know little about intention. The psychologist cannot trust a person's declaration as to what his own intentions are or what they have been. [...] The best that the psychologist can do is to apply empirical knowledge of related psychological states to the problem of intention ».

⁶⁸ Comme le dit Rossi : « L'exécution du fait matériel pourrait être pleinement prouvée d'ailleurs ; elle pourrait l'être par preuve directe, ce qui n'est jamais possible pour l'intention criminelle ». Pellegrino ROSSI, *Traité de droit pénal*, 2^e éd., tome 2, *op. cit.*, p. 97.

des Codes qui se veulent respectueux du principe de la légalité criminelle⁶⁹, peut tolérer l'incursion d'une notion aussi fantomatique que l'intention. Un même regard devra être porté sur les juges et la doctrine.

En effet, il est vital que nous comprenions du mieux possible ce que recouvre l'acceptation de l'intention puisqu'elle entraîne des conséquences pénales majeures pour les personnes au procès. De manière schématique, le degré d'intentionnalité prédomine la distinction entre plusieurs infractions, comme ce serait le cas entre l'homicide involontaire, le meurtre et l'assassinat. Or, si l'intention semble sous-exploitée et sous-traitée par la doctrine, nous pouvons poser l'hypothèse selon laquelle le droit pénal, censé être certain et rigoureusement encadré pour permettre aux droits de la défense et la sécurité juridique de s'épanouir, fait finalement montre d'une permissivité accrue dans le domaine de l'intention. En conséquence, étudier ce phénomène juridique, pour chercher à en comprendre l'épanouissement et le fonctionnement, pourrait nous offrir de mettre au jour une certaine lecture de l'intention, et ainsi contribuer à renforcer le caractère sécurisé et certain de la procédure pénale. Constituant une partie de l'imputabilité et de l'incrimination, connaître l'intention, c'est connaître la responsabilité en place. Laisser un vide juridique en matière pénale, sur une notion aussi fondamentale que celle que nous nous proposons d'étudier, constitue donc une lacune historiographique majeure.

II. La méthodologie déployée

Dans notre quête de l'intention, nous avons développé une méthodologie que nous soumettons à discussions, parce que nous sommes conscients des limites que peut avoir notre étude. Néanmoins, les restrictions posées sont toutes volontaires, et contribuent à rendre réalisable un tel travail, sans nous perdre dans des conjectures indéterminées, à l'image de notre représentation de l'intention qui peut sembler éparpillée. Ainsi, nous expliquerons quelles sont les limites matérielles de notre travail (1), pour mieux exposer le choix rationalisé dans les perspectives finalement retenues (2). Nous développerons également le pragmatisme qui a guidé notre choix des sources exploitées, en ayant là encore conscience des limites de notre analyse sur

⁶⁹ André GIUDICCELLI, « Le principe de la légalité en droit pénal français ? Aspects légistiques et jurisprudentiels », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 3 (2007), p. 509-526.

ce point (3), pour finalement exposer l'assise théorique et philosophique qui sera la nôtre (4).

1. Les limites matérielles de l'étude

La quête de l'intention n'est pas chose aisée. Dans un premier temps, il faut prendre acte du peu de bibliographie sur le sujet, ce qui renforce notre intérêt, mais peut également nous faire sombrer dans le doute sur l'accessibilité d'un tel traitement. Néanmoins, la question qui devient saillante est ce *pourquoi* de l'oubli de l'intention dans l'historiographie, à même de stimuler plus encore notre envie d'en savoir plus.

Il faut également se confronter à d'autres problèmes, là encore matériels : sources sporadiques, archives inaccessibles ou dossiers manquants/mal classés voire détruits, documents peu intéressants car formalistes⁷⁰, etc.

Notre souhait initial était de comparer l'application de la justice, en matière intentionnelle, entre les villes provinciales et Paris, siège des institutions du pouvoir centralisé. Dans cette perspective, nous souhaitions analyser la politique pénale dirigée par la Chancellerie et mise en œuvre par le parquet, en cherchant à savoir s'il pouvait exister une différence entre les magistrats parisiens, peut-être plus surveillés, et les magistrats dans les villes de province, plus loin du ministère de la Justice. Or, il aurait été extrêmement chronophage de dépouiller les décisions de toutes les cours d'assises, et nous avons donc été amenés à procéder à un choix rationnel. Nous avons donc conservé Paris et Bordeaux. Paris, pour les motifs soulevés ci-avant ; Bordeaux, pour la praticité d'accès aux sources, mais encore parce qu'il s'agit d'une importante ville de province, que nous estimons suffisamment représentative. En outre, cela procure à notre sujet une certaine assise locale.

Nous avons également fait le choix de consulter les dossiers de procédure criminelle, qui sont les plus complets, et peuvent nous permettre de retracer en pratique le chemin de l'intention dans le système judiciaire – nous déplorons

⁷⁰ Nous sommes donc directement confrontés à ce que Paul Veyne désigne comme étant la « nature lacunaire de l'histoire ». Paul VEYNE, *Comment on écrit l'histoire*, Paris, Seuil, 1971, p. 29-32.

néanmoins l'absence des plaidoiries des avocats, qui auraient certainement été riches en enseignements, mais ne sont pas versées dans ces fonds.

Nous considérons que ces dossiers sont les plus complets pour essayer de saisir la construction de l'intention en retraçant la procédure, puisque les jugements en eux-mêmes sont avarés en détails. En effet, les décisions sont très formelles, reprennent rapidement les faits et appliquent le droit, sans s'arrêter spécifiquement sur la question intentionnelle ; à l'opposé, dans les dossiers de procédure, il y a un véritable travail de preuve de la mauvaise intention qui semble être réalisé. Cette démarche est notamment visible avec les expertises psychologiques ou psychiatriques qui sont demandées, ou encore par l'évolution de la qualification des faits qui peuvent débiter sur un homicide simple pour terminer sur un homicide prémédité au gré des éléments de preuve rapportés.

Nous avons donc entrepris de consulter ces dossiers aux archives départementales de Bordeaux et de Paris. Seulement, ils ont été partiellement détruits à Bordeaux, et les seuls documents accessibles sont ceux encore sous embargo. Nous avons formulé une demande d'accès dérogatoire à des fins de recherche scientifique en 2017. Sans retour, nous avons effectué une nouvelle demande le 22 mars 2019 ; nous avons obtenu ladite dérogation le 22 octobre 2021, bien trop tard pour que nous puissions nous plonger véritablement dans ces sources. En parallèle, nous avons pu obtenir la même dérogation, plus tôt, concernant les archives de Paris – qui présentent, elles aussi, quelques lacunes.

Ainsi, à Bordeaux, notre travail s'est concentré sur la sous-série 2 U, et nous avons été confrontés à un certain désordre dans le classement des documents. Néanmoins, nous avons pu réaliser un sondage, tous les cinq ans, dans les arrêts correctionnels, à partir de 1810 jusqu'en 1860⁷¹. Les éléments sur l'intention étaient très peu présents dans ces dossiers, comme nous le soulevions pour justifier notre choix de nous concentrer sur les dossiers de procédure.

⁷¹ ADG, 2 U 2 (juin 1794-septembre 1802) ; 2 U 3 (1802-1810) ; 2 U 5 (1817-1822) ; 2 U 7 (1827-1830) ; 2 U 8 (1831-1838) ; 2 U 9 (1839-1843) ; 2 U 10 (1844-1848) ; 2 U 11 (1849-1851) ; 2 U 14 (1855) ; 2 U 17 (1859-1860) ; 2 U 19 (1864-1867) ; 2 U 20 (1868-1872) ; 2 U 21 (1873-1875) ; 2 U 24 (1892-1958) ; 2 U 491 (1810) ; 2 U 493 (1815) ; 2 U 494 (1820) ; 2 U 495 (1825) ; 2 U 496 (1830) ; 2 U 498 (1835) ; 2 U 500 (1840) ; 2 U 503 (1845) ; 2 U 505 (1850) ; 2 U 508 (1855) ; 2 U 510 (1860).

À Paris, nous avons pu accéder aux arrêts de la Cour d'assises de la sous-série D 1U 8, à partir de 1850, et jusqu'en 1976⁷² – les documents suivants étant encore archivés dans les tribunaux. Le même constat qu'à Bordeaux s'applique : les éléments sur l'intention sont chétifs, pour ne pas dire absolument absents. C'est ainsi que nous nous en sommes remis aux dossiers de procédure, disponibles entre 1870 et 1980⁷³ – avec une césure entre 1890 et 1935, les dossiers étant indisponibles. Les dossiers sont généralement volumineux, et en très mauvais état de conservation comme en attestent les photographies suivantes :

Exemples de dossiers de procédure en mauvais état de conservation⁷⁴



⁷² AP, D 1U 8 2 (1850) ; D 1U 8 3 (1850) ; D 1U 8 15 (1855) ; D 1U 8 28 (1860) ; D 1U 8 39 (1865) ; D 1U 8 48 (1870) ; D 1U 8 58 (1875) ; D 1U 8 68 (1880) ; D 1U 8 78 (1885) ; D 1U 8 88 (1890) ; D 1U 8 99 (1895) ; D 1U 8 113 (1900) ; D 1U 8 126 (1905) ; D 1U 8 136 (1910) ; D 1U 8 146 (1915) ; D 1U 8 156 (1920) ; D 1U 8 165 (1925) ; D 1U 8 175 (1930) ; D 1U 8 182 (1935) ; D 1U 8 187 (1940) ; 30 W 4 (1945) ; 30 W 9 (1950) ; 30 W 15 (1955) ; 30 W 30 (1960) ; 1954 W 1 (1965) ; 2396 W 1 (1970) ; 2547 W 1 (1975).

⁷³ AP, D 2U 8 10 (1870) ; D 2U 8 34 (1875) ; D 2U 8 36 (1875) ; D 2U 8 41 (1875) ; D 2U 8 42 (1875) ; D 2U 8 93 (1880) ; D 2U 8 94 (1880) ; D 2U 8 96 (1880) ; D 2U 8 97 (1880) ; D 2U 8 98 (1880) ; D 2U 8 99 (1880) ; D 2U 8 99 (1880) ; D 2U 8 101 (1880) ; D 2U 8 104 (1880) ; D 2U 8 107 (1880) ; D 2U 8 108 (1880) ; D 2U 8 109 (1880) ; D 2U 8 174 (1885) ; D 2U 8 175 (1885) ; D 2U 8 177 (1885) ; D 2U 8 178 (1885) ; D 2U 8 179 (1885) ; D 2U 8 180 (1885) ; D 2U 8 181 (1885) ; D 2U 8 182 (1885) ; D 2U 8 185 (1885) ; D 2U 8 188 (1885) ; D 2U 8 188 (1885) ; D 2U 8 193 (1885) ; D 2U 8 194 (1885) ; D 2U 8 195 (1885) ; D 2U 8 257 (1890) ; D 2U 8 258 (1890) ; D 2U 8 259 (1890) ; D 2U 8 260 (1890) ; D 2U 8 262 (1890) ; D 2U 8 263 (1890) ; D 2U 8 264 (1890) ; D 2U 8 266 (1890) ; D 2U 8 390 (1935) ; D 2U 8 391 (1935) ; D 2U 8 396 (1935) ; D 2U 8 397 (1935) ; D 2U 8 399 (1935) ; D 2U 8 400 (1935) ; D 2U 8 403 (1935) ; D 2U 8 405 (1935) ; D 2U 8 406 (1935) ; D 2U 8 407 (1935) ; D 2U 8 409 (1935) ; D 2U 8 605 (1940) ; D 2U 8 606 (1940) ; D 2U 8 607 (1940) ; D 2U 8 610 (1940) ; D 2U 8 614 (1940) ; 107 W 5 (1940) ; 107 W 10 (1940) ; 107 W 30 (1945) ; 107 W 31 (1945) ; 107 W 32 (1945) ; 122 W 33 (1945) ; 122 W 34 (1945) ; 122 W 37 (1945) ; 122 W 40 (1945) ; 122 W 41 (1945) ; 1019 W 1 (1950) ; 1019 W 5 (1950) ; 1019 W 8 (1950) ; 1019 W 9 (1950) ; 1019 W 10 (1950) ; 1019 W 18 (1950) ; 1019 W 27 (1950) ; 1019 W 29 (1950) ; 1019 W 30 (1950) ; 1019 W 31 (1950) ; 1019 W 34 (1950) ; 1019 W 36 (1950) ; 2809 W 134 (1975) ; 2809 W 135 (1975) ; 2809 W 136 (1975) ; 2809 W 148 (1975) ; 2809 W 149 (1975) ; 2809 W 151 (1975) ; 2809 W 153 (1975) ; 2809 W 156 (1975) ; 2809 W 164 (1975) ; 2809 W 177 (1975) ; 2809 W 183 (1975) ; 2809 W 185 (1975) ; 2809 W 186 (1975) ; 2809 W 190 (1975) ; 2809 W 199 (1975) ; 3673 W 1 (1980) ; 3673 W 2 (1980) ; 3673 W 6 (1980) ; 3673 W 10 (1980) ; 3673 W 11 (1980) ; 3673 W 12 (1980) ; 3673 W 15 (1980) ; 3673 W 19 (1980) ; 3673 W 20 (1980) ; 3673 W 22 (1980) ; 3673 W 29 (1980) ; 3673 W 30 (1980) ; 3673 W 53 (1980) ; 3673 W 54 (1980) ; 3673 W 55 (1980).

⁷⁴ AP, D 2U 8 177 (photographie de gauche) ; D 2U 8 179 (photographie de droite).

Nous avons réussi à récolter plus de 25 000 photographies des dossiers de procédure ; l'ensemble a été lu et systématisé pour créer un tableau analytique dont différentes données seront exploitées au cours de notre travail⁷⁵.

D'un point de vue rigoureusement pragmatique, nous avons choisi de réaliser la collecte en procédant à un sondage d'archives, tous les cinq ans, en visant une liste préétablie d'offenses à rechercher⁷⁶ : le vol, la tentative de vol, l'homicide involontaire, l'homicide volontaire, l'homicide prémédité, l'homicide volontaire tenté, l'homicide prémédité tenté, les coups et blessures entraînant la mort sans intention de la donner. Le choix de ces infractions nous apparaissait logique, puisque les atteintes à la vie et la propriété sont dites *classiques* en ce sens qu'elles existent depuis longtemps et constituent souvent le cœur de nos législations⁷⁷. Pour ce qui est de la technique du sondage déployé tous les cinq ans, elle a été dictée par un souci de faisabilité de l'étude ; les dossiers étant, nous l'avons dit, parfois très volumineux, il aurait été impossible de traiter toutes les infractions, sur l'ensemble des dossiers de toutes les années disponibles. Conscients des biais que cela peut introduire dans notre analyse, nous précisons qu'il s'agissait d'essayer de faire ressortir d'éventuelles tendances, qui pourront être mieux encore étudiées par la suite, dans le cadre de futurs travaux.

Sur une autre thématique, nous sommes allés à la *Corte suprema di cassazione* de Rome, pour consulter les ouvrages de la *Biblioteca centrale giuridica*, ce qui nous a offert d'accéder aux livres des déterministes italiens de la fin du XIX^e siècle en version originale – idem pour le *Traité des délits et des peines* de Beccaria. Ce retour aux sources nous a permis d'éviter les traductions qui, parfois, prennent quelques libertés jusque dans la forme même des ouvrages, en en modifiant la table des matières – et, incidemment, le contenu. Cela est par exemple le cas de la traduction réalisée par André Morellet du *Traité des délits et des peines*⁷⁸. Ce travail particulier effectué en Italie

⁷⁵ Une synthèse succincte est disponible en annexe : Annexe IV – Synthèse de l'analyse des dossiers de procédure criminelle. La présentation est simplifiée, mais pour en arriver à un tel résultat nous avons dû consacrer un temps important à la lecture et l'analyse de l'ensemble des dossiers étudiés.

⁷⁶ En ce sens, nous nous sommes aidés, dans la mise en place de notre technique de sondage, de l'ouvrage de Jean-Claude FARCY, *Guide des archives judiciaires et pénitentiaires*, Paris, CNRS Éditions, 1992 ; nous avons également mobilisé les enseignements du livre de Jonathan BARBIER et Antoine MANDRET-DEGEILH, *Le travail sur archives : guide pratique*, Malakoff, Armand Colin, 2018.

⁷⁷ Nous reviendrons sur ce point dans le premier chapitre de notre travail.

⁷⁸ Cesare BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, Paris, Imprimerie du journal d'économie publique, de morale et de politique, 1797 : cette version, traduite par Morrellet, s'éloigne du plan du livre original. Pour une approche synthétique des différentes éditions et traductions, voir l'ouvrage capital de Philippe AUDEGEAN et Gianni FRANCONI (dir.), *Des délits et des peines*, Dei delitti e delle pene, Lyon, ENS Éditions, 2009. Voir également Philippe AUDEGEAN, « L'ombre de Morellet. Les premières

était nécessaire au regard de l'importance significative d'écrits italiens dans la construction de l'intention française. En effet, dans notre étude nous reviendrons longuement sur l'ouvrage de Beccaria, auteur italien ; également, nous nous intéresserons aux théories positivistes de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle, qui ne peuvent être ignorées lorsque l'on souhaite traiter d'un tel sujet. Notre approche présente donc des liens multiples avec l'Italie, qui aura porté nombre de théories qui entrent en résonance avec l'histoire de la construction française de l'intention.

Une critique pourrait émerger concernant notre traduction de Beccaria, sur le fait que les auteurs français que nous étudions ont mobilisé majoritairement la traduction de Morellet, version que nous n'utilisons pas majoritairement. Il reste que nous avons cherché à remonter, autant que possible, à la source originelle. Ce travail est rendu délicat par la multiplicité des éditions, des versions, des traductions de l'ouvrage de l'auteur milanais. Néanmoins, grâce aux travaux publiés à l'occasion des 250 ans de l'opuscule de Beccaria⁷⁹, ainsi qu'à l'édition dirigée par Philippe Audegean à partir de la traduction de Gianni Francioni⁸⁰, la quête de ce que nous pourrions appeler « l'édition originale », et la compréhension de sa réception, nous ont été facilitées.

De manière plus générale, concernant le choix des auteurs qui seront étudiés, nous avons procédé de manière assez conventionnelle. Pour les différentes périodes qui nous occupent – fin du XVIII^e siècle, XIX^e et XX^e siècles –, nous avons pris le parti de mobiliser les auteurs « classiques » de la pensée pénale. Ce que nous appelons des auteurs *classiques*, ce sont les auteurs et les œuvres qui sont majoritairement utilisés par l'historiographie contemporaine, mais également les auteurs qui se citent entre eux, soit pour montrer leur accord ou pour nourrir leurs désaccords. Ce cheminement pragmatique relève d'une logique de faisabilité. En effet, puisque nous avons décidé de nous consacrer à l'analyse de la jurisprudence, des textes, de la doctrine, et parfois de la philosophie ambiante, nous ne pouvions nous permettre d'adopter une démarche véritablement originale dans le choix des sources ; là encore, l'intérêt de

traductions françaises de Beccaria (1765-1822) », dans Michel Porret et Élisabeth Salvi (dir.), *Cesare Beccaria. La controverse pénale (XVIII^e-XXI^e siècle)*, Rennes, PUR, 2015, p. 119-132.

⁷⁹ À l'image du livre dirigé par Michel PORRET et Élisabeth SALVI (dir.), *Cesare Beccaria. La controverse pénale (XVIII^e-XXI^e siècle)*, Rennes, PUR, 2015. Cet ouvrage rassemble de nombreuses contributions qui reviennent sur le contexte d'écriture de Beccaria, mais également sur les controverses qui entourent son ouvrage.

⁸⁰ Philippe AUDEGEAN et Gianni FRANCONI (dir.), *Des délits et des peines, Dei delitti e delle pene*, op. cit.

notre thèse ne repose pas tant sur le fait d'analyser des textes sous-exploités, que de relire les ouvrages généralement mobilisés en y appliquant notre quête de l'intentionnalité. De fait, pour chaque période scrutée, nous citerons quelques grands noms de la doctrine pénale pour faire avancer notre démonstration, en ne perdant pas de vue notre objectif premier de recherche des éléments qui mettent en lumière l'intention.

Par exemple, pour le XIX^e siècle, sont ainsi mobilisés François-Nicolas Bavoux (1774-1848), Pellegrino Rossi (1787-1848), Joseph Ortolan (1802-1873) ou encore René Garraud (1849-1930), au détriment d'autres auteurs dont nous avons consulté les ouvrages, mais qui n'apportaient pas nécessairement d'éléments complémentaires⁸¹. Nous suivrons la même démarche pour le XX^e siècle⁸².

Notre travail regardera donc des auteurs, mais également des mouvements doctrinaux ; c'est l'exemple de notre mobilisation de la philosophie analytique et du structuralisme. L'étude des grandes tendances qui traversent les XIX^e et XX^e siècles est utile non pas pour saisir immédiatement ce que pourrait être l'intention, mais pour éclairer un contexte particulier, comprendre en quoi une période spécifique peut faire montre de spécificités propres à nourrir une montée en puissance de l'intention ou, au contraire, favoriser sa perte de vitesse. Dans l'étude de ces mouvements de pensée, nous nous concentrerons sur les auteurs communément reconnus comme les fers de lance de telle ou telle autre doctrine par l'historiographie contemporaine.

Nous avons procédé d'une manière rigoureusement identique concernant les textes normatifs qui font l'objet de notre attention. Encore une fois, la délimitation des sources qui sont dépouillées ne brille pas par son originalité ; la nouveauté proviendra donc de la manière de regarder ces documents. Pour éloigner tout téléologisme ou tout anachronisme, nous nous sommes d'abord plongés dans les écrits des XVIII^e, XIX^e et XX^e siècles pour saisir la manière dont les éléments qui font référence à l'intention sont

⁸¹ Nous pensons ici à : Jean-Marie-Emmanuel LE GRAVEREND, *Traité de la législation criminelle en France*, Paris, Imprimerie royale, 1816 ; Jacques-Frédéric RAUTER, *Traité théorique et pratique de droit criminel français*, Paris, Hingray, 1836 ; Joseph LEFORT, *Cours élémentaire de droit criminel*, Paris, Thorin, 1877 ; ou encore Armand LAINÉ, *Traité élémentaire de droit criminel*, Paris, Cotillon, 1879 – liste non exhaustive.

⁸² Ainsi, alors que nous étudierons Paul Razous, Edmond Villey, Marc Ancel ou encore Georges Levasseur, nous devons laisser de côté d'autres travaux tels que : Paul CUCHE, *Précis de droit criminel*, Paris, Dalloz, 1925 ; Robert VOUIN, *Manuel de droit criminel*, Paris, LGDJ, 1949 ; Pierre BOUZAT, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, Paris, Dalloz, 1951 ; André DECOCQ, *Droit pénal général*, Paris, Colin, 1971 ; ou encore Cécile BARBERGER, *Droit pénal*, Paris, La Découverte, 1997 – liste non exhaustive.

posés. C'est de cette façon que nous avons pu dresser une liste assez large des termes qui sont généralement employés pour évoquer cette notion. Ainsi, lorsque nous étudions les codes ou autres lois spécifiques, notre attention se tourne, dans un premier temps, sur la recherche de l'un des termes que nous savons être mobilisés pour évoquer l'intention. En substance, ces vocables sont les suivants : dessein, dol, fraude, frauduleusement, frauduleuse, intention, intentionnel, intentionnelle, intentionnellement, malice, méchamment, sciemment, volontairement, volonté – ce *focus* réalisé sur une poignée de mots nous pousse aussi vers une analyse des dictionnaires et principaux recueils de notre période d'étude.

À titre principal, nos propos visent donc les codes pénaux de 1791, 1810 et 1994, mais également le *Code des délits et des peines* de 1795, le *Code d'instruction criminelle* de 1808 et le *Code de procédure pénale* de 1959. À titre incident, nous devons nous pencher quelques fois sur la législation civile qui peut porter des marqueurs idéologiques de l'époque de rédaction des codes napoléoniens. De la même manière, nous ne pouvons faire l'économie d'un arrêt plus ou moins prolongé sur certaines grandes lois qui marquent notre période d'étude, à l'image de la *loi des 16-29 septembre 1791* dite « Concernant la Police de sûreté, la Justice criminelle et l'établissement des jurés », la *loi du 25 juin 1824* dite « Contenant diverses modifications du Code pénal », ou encore la *loi du 28 avril 1832* dite « Contenant des modifications au Code pénal et au Code d'instruction criminelle » – pour ne citer qu'elles.

Le choix d'une étude, principalement fondée sur les codes, est justifié par le fait qu'il est intéressant de mesurer la tension qui peut exister entre l'affirmation progressive d'une intention criminelle dans le système contemporain d'une part, et la mise en avant des grands principes pénaux d'autre part. Or, le principe cardinal n'est autre que celui de la légalité, qui nous propulse dans l'analyse du *Code pénal* lui-même. Les arrêts que nous marquons sur les grandes lois des XIX^e et XX^e siècles sont essentiellement dictés par les références qu'y font les auteurs que nous avons choisi d'étudier. Ce sont également des lois qui apparaissent fondatrices du *corpus* documentaire du droit criminel contemporain – et que nous retrouvons, à ce titre, référencées sur la plateforme *Criminocorpus*⁸³. Nous nous sommes également appuyés

⁸³ Nous faisons notamment référence ici aux différentes chronologies présentées par le site *Criminocorpus* [[en ligne](#)], s. d. [consulté le 8 janvier 2022], URL : <https://criminocorpus.org/fr/reperes/##filter=chronologies>.

sur la liste des textes importants pour la construction du droit criminel européen dressée par Yves Jeanclos⁸⁴.

Par ailleurs, et essentiellement concernant la législation de la période révolutionnaire et napoléonienne, nous mobilisons les débats parlementaires, véritables mines d'informations. Cela peut notamment nous offrir de saisir l'ambiance de rédaction des différents textes, et mettre au jour les idées qui ne seront pas nécessairement concrétisées dans la législation finale ; c'est un élément vital pour mieux comprendre les tensions qui peuvent exister autour de la question de l'intention et de sa présence / son absence dans les codes. En revanche, pour fluidifier notre propos et ne pas alourdir une thèse déjà conséquente, nous avons fait le choix de ne pas répéter cette opération pour chaque nouveau code qui sera adopté – en particulier le *Code de procédure pénale* de 1959 et le *Code pénal* de 1994. Précisons néanmoins que nous avons consulté certains travaux parlementaires pour les textes adoptés au cours du XX^e siècle ; le peu de nouveautés et de précisions concrètes portées par ces éléments nous ont confortés dans l'idée de ne pas plus mobiliser ces sources⁸⁵.

Enfin, nous avons ressenti le besoin de nous entretenir avec des professionnels pour comprendre comment, concrètement, ils pouvaient contribuer à l'émergence de l'intention en justice – à défaut de pouvoir nous entretenir avec des magistrats du XIX^e ou du début du XX^e siècle. Nous avons donc déployé une série d'entretiens semi-directifs ; la méthodologie a été développée en lisant quelques ouvrages de référence⁸⁶,

⁸⁴ Yves JEANCLOS, *La Justice pénale en France. Dimension historique et européenne*, Paris, Dalloz, 2011, p. 173 et s.

⁸⁵ C'est notamment le cas concernant la mise en place de l'art. 121-3 du *Code pénal* de 1994 qui impose une intention mauvaise pour les crimes et les délits. L'exposé des motifs du projet de loi, présenté par Robert Badinter lors de la séance du 20 février 1986, se contente de préciser que : « La distinction tripartite : crimes, délits, contraventions est conservée. Mais cette distinction ne repose plus sur la seule nature des peines encourues. C'est la gravité de l'atteinte causée à la société qui détermine la nature juridique de l'infraction, et par voie de conséquence la peine applicable. [...] De même, le crime implique la volonté consciente de son auteur à la fois de commettre l'acte et d'atteindre le résultat criminel poursuivi : meurtre de la victime ou destruction d'habitation par explosif. Dans le cas du délit au contraire, la faute pourra être soit intentionnelle, soit résulter d'un manque de prudence ou d'une négligence, ou de la mise en danger délibérée d'autrui. En matière de contravention, la simple inobservation de la règle suffira à caractériser la faute, sans que l'on s'interroge sur l'intention de son auteur » (Robert BADINTER, *Projet de loi portant réforme du code pénal*, Sénat, 20 février 1986, p. 7-8). Le rapport présenté par Marcel Rudloff n'est guère plus éloquent, évoquant simplement, en matière intentionnelle, que : « L'article rappelle en premier lieu qu'il ne peut y avoir crime ou délit sans intention de le commettre. En revanche, il n'est pas nécessaire de démontrer l'intention coupable dans le cas des contraventions. [...] Ces différentes solutions n'appellent pas de commentaires particuliers. [...] La commission a adopté cet article sans modification » (Marcel RUDLOFF, *Rapport fait sur le projet de loi portant réforme des dispositions générales du code pénal*, tome 1, Sénat, 27 avril 1989, p. 63-64).

⁸⁶ Notamment le livre de Jean-Claude COMBESSIE, *La méthode en sociologie*, Paris, La Découverte, 2007 ; également Geneviève IMBERT, « L'entretien semi-directif : à la frontière de la santé publique et de

et en peaufinant les questionnaires avec une Professeure en sciences politiques⁸⁷. L'intérêt de l'entretien semi-directif repose en ce qu'il permet une analyse qualitative des réponses, par opposition à un questionnaire directif qui s'adresse à une population plus grande de répondants en aspirant à la quantité. Nous avons préféré l'option de l'entretien semi-directif, ayant des doutes sur la disponibilité d'un très grand nombre de professionnels pour nous répondre. De fait, nous avons pu mener deux entretiens avec des avocats et avocates⁸⁸, trois experts et expertes⁸⁹, quatre policiers et policières⁹⁰, ainsi que dix-neuf magistrats et magistrates⁹¹, dont cinq rattachés à l'ENM⁹². La retranscription de chaque entretien occupe entre 30 et 40 pages – soit plus de 120 000 signes espaces comprises, au minimum. De surcroît, l'une des conditions de ces discussions tenait dans l'anonymisation totale des propos. Puisque les entretiens sont semi-directifs, il y eut de nombreuses digressions qui offrent des anecdotes personnelles potentiellement éclairantes sur certains points, mais pourraient

l'anthropologie », *Recherche en soins infirmiers*, 3 (2010), p. 23-34 ; Fanny LUNG et Pierre VENDASSI (dir.), *Diagnostic et évaluation : la boîte à outils du sociologue*, Paris, L'Harmattan, 2012.

⁸⁷ Il s'agit de la Professeure Sophie JACQUOT, de l'Université Saint-Louis à Bruxelles. Nous lui renouvelons nos remerciements pour son aide, précieuse, dans la constitution de notre grille d'analyse.

⁸⁸ Entretien avec un avocat/une avocate E.A-1, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, décembre 2020 ; E.A-2, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, mars 2021.

⁸⁹ Entretien avec un expert/une experte E.E-1, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, mars 2021 ; E.E-2, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, mars 2021 ; E.E-3, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, avril 2021.

⁹⁰ Entretien avec un policier/une policière E.P-1, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, février 2018 ; E.P-2, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, décembre 2020 ; E.P-3, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, janvier 2021 ; E.P-4, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, janvier 2021.

⁹¹ Entretien avec un magistrat/une magistrate E.M-3, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, décembre 2020 ; E.M-4, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, janvier 2021 ; E.M-6, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, mars 2021 ; E.M-7, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, mars 2021 ; E.M-8, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, mars 2021 ; E.M-11, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, avril 2021 ; E.M-12, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, avril 2021 ; E.M-13, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, avril 2021 ; E.M-14, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, avril 2021 ; E.M-15, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, avril 2021 ; E.M-16, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, avril 2021 ; E.M-17, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, avril 2021 ; E.M-18, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, avril 2021 ; E.M-19, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, juin 2021.

⁹² E.M-1, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, décembre 2020 ; E.M-2, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, décembre 2020 ; E.M-5, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, février 2021 ; E.M-9, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, mars 2021 ; E.M-10, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, mars 2021.

permettre d'identifier les personnes qui ont bien voulu se livrer au jeu des questions. Cette double raison explique l'absence des entretiens en annexe ; seuls quelques extraits pertinents seront mobilisés au gré de nos développements.

Il est néanmoins utile de préciser que, lorsque des morceaux d'entretiens sont analysés, les éléments choisis le sont parce qu'ils sont représentatifs de ce qui ressort de la majorité, voire parfois de l'ensemble, des entretiens menés avec une catégorie professionnelle. Par exemple, pour évoquer le travail de motivation d'une décision avec les magistrats, nous pouvons ne mobiliser qu'un seul extrait d'entretien, particulièrement clair, démonstratif, et dont le fond est partagé par la majorité ou l'entièreté du panel sondé. Pour d'évidentes raisons pratiques il serait, en effet, difficile de retranscrire tous les extraits qui pointent dans une même direction, ce qui diluerait inutilement notre propos.

D'un point de vue pratique de sélection du panel, nous avons chaque fois jeté une bouteille à la mer, en espérant une réponse ; certaines institutions, dont la police, ont pu être difficiles à convaincre, ce qui explique le faible nombre de répondants. Le recrutement a ensuite été réalisé par un effet « boule de neige », c'est-à-dire en faisant jouer les recommandations de personnes qui pourraient être intéressées dans les contacts de celles et ceux avec qui nous avons pu nous entretenir.

De fait, là encore, notre approche est sujette à un certain nombre de biais ; par exemple nos répondants et répondantes sont peut-être des personnes dans une démarche réflexive sur leur travail, ce qui les a poussés à accepter d'aider une approche universitaire. Peut-être qu'une enquête encore plus large aurait donné des résultats différents, ou plus nuancés. Néanmoins, nous avons pu toucher un public assez largement éparpillé sur le territoire, ce qui amène une forme de diversité dans notre panel. Sans être parfaite, nous avons également une certaine parité, avec 11 répondantes et 17 répondants. De la même manière, plusieurs classes d'âges sont représentées – de 28 à 70 ans.

En somme, nous n'entendons pas produire un travail parfait de sociologie, mais uniquement apporter un éclairage pratique sur certaines notions, une compréhension différenciée de notre approche théorique pour ouvrir de nouvelles pistes réflexives. L'articulation de ces entretiens avec une démarche historique peut surprendre. En

effet, la plupart de nos répondants n'ont pas connu le système antérieur à 1994, ce qui fait obstacle à ce que nous puissions parler d'archives orales ou de sources orales⁹³. Néanmoins, les sources écrites à notre disposition ne nous offrent pas de comprendre le travail interne aux magistrats, qui leur permet de saisir l'intention ou de comprendre leur motivation. Pourtant, ce sont des points essentiels pour notre cheminement. Nous partons donc de ces entretiens avec des personnes en poste, pour comprendre la mécanique du jugement et, dans une certaine mesure, nous appliquons rétroactivement ces enseignements en regardant nos textes antérieurs. En somme, à défaut de pouvoir nous entretenir directement avec les praticiens du XIX^e et du XX^e siècle, ce qui serait la seule voie pour comprendre les mécanismes internes, ceux qui ne transparaissent pas dans les jugements et sont alors indisponibles dans les archives, nous discutons avec des professionnels d'aujourd'hui pour comprendre ces éléments et en tirer des hypothèses rétroactives de fonctionnement de la justice. En ce sens, il nous semble que cette technique peut parfaitement s'articuler avec une thèse en histoire du droit, puisqu'il s'agissait pour nous de la seule issue pour orienter des hypothèses de travail valables, qui ne sont pas uniquement fondées sur une appréciation théorique et désincarnée de la pratique historique.

Concrètement, ces entretiens ont été réalisés majoritairement en visioconférence du fait des difficultés de déplacement et de rencontre liées à la situation sanitaire. Quelques-uns ont cependant été menés au cours d'un véritable face à face⁹⁴. Ces sessions sont enregistrées, avec l'accord des participants et participantes, et durent entre 1 h et 2 h maximum. L'enregistrement nous permet de pouvoir nous concentrer sur les réponses apportées et de nourrir des échanges soutenus, en accord avec la méthodologie des entretiens semi-directifs. À la suite de ce premier travail, nous nous consacrons à la transcription des enregistrements ; s'agissant d'un travail qualitatif et non quantitatif, ces retranscriptions se veulent les plus fidèles possibles à ce qui a été dit mais, également, à la manière dont cela a été raconté – hésitations, silences, rires, etc.

Pour conclure cette phase de délimitation des sources de notre sujet, nous pourrions donc résumer notre approche en la définissant comme plurielle. En effet,

⁹³ Valérie TESNIÈRE, « Les sources orales en pratique à la contemporaine », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, 1 (2019), p. 4-7.

⁹⁴ C'est notamment le cas des entretiens suivants : E.A-1, entr. cit., décembre 2020 ; E.E-2, entr. cit., mars 2021 ; E.M-5, entr. cit., février 2012 ; E.M-18, entr. cit., avril 2021.

nous cherchons à croiser les apports de la jurisprudence, la doctrine et les textes normatifs, non pas pour proposer une définition de l'intention – ce qui ne constitue pas le but de ce travail –, mais pour mieux comprendre la construction et l'évolution de cette notion tout au long de notre période d'étude. Ce choix méthodologique a dicté une forme de rationalité dans les sources qui pouvaient être dépouillées et la manière dont elles pouvaient l'être, comme nous l'avons présenté dans cette sous-partie. Cette rationalité est également de mise concernant les perspectives qui peuvent être ou non retenues.

2. Un choix rationalisé des perspectives retenues

Initialement, l'étude visait l'histoire du droit civil et du droit pénal en lien avec l'intention, avant de se restreindre uniquement au droit pénal, malgré les ponts que nous pouvons relever entre l'intention pénale et d'autres notions civiles comme la cause contractuelle, par exemple. Pour autant, quelques parallèles seront parfois réalisés, sans plonger plus loin dans une comparaison fondamentale entre la construction de l'intention civile et l'intention pénale. Certes, dans tous les cas, l'intention bénéficie d'un système de pensée qui lui est globalement favorable, ce qui explique son fleurissement aussi bien en droit civil qu'en droit pénal. Pour autant, dans une visée purement pratique de faisabilité, nous nous cantonnerons ici principalement au droit criminel. De prochains travaux pourront se pencher sur ces liens qui se tissent entre les différentes branches du droit privé.

Une autre restriction tient dans l'étude du système de *common law*, et particulièrement du Québec. L'idée telle que pensée à l'orée de ce travail était de regarder cet ordre juridique qui mélange la tradition romano-canonique et la tradition de *common law*⁹⁵. Néanmoins, saisir toute la complexité du droit pénal canadien et, plus précisément, de l'inscription de l'intention dans cet autre ordre juridique, mériterait

⁹⁵ Voir notamment William TETLEY, « Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified) », *Louisiana Law Review*, 3 (2000), p. 727 : « Under Canada's *Constitution Act, 1867*, all provincial laws and regulations of Québec, as well as all federal laws and regulations, must be adopted in both French and English, so that Canada and Québec have, in fact, two languages of legislation. Both languages may be used in the debates and must be used in the records of both the federal Parliament and the Québec National Assembly. Either of those languages may be used in any court of Canada (i.e. the Supreme Court of Canada and the Federal Court of Canada), as well as in the courts of Québec. French, of course, is a major language of the civil law, Québec's system of private law. English, on the other hand, is traditionally the language of the common law, which forms the basis of Québec's public law, as well as of many spheres of federal law (e.g. criminal law, maritime law, etc.) ».

un travail de thèse à part entière⁹⁶. La comparaison n'est donc pas totale, mais pourra fleurir au gré des développements, lorsque cela se révélera particulièrement pertinent. Surtout, les exemples fournis par le fonctionnement canadien permettent, là encore, d'ouvrir de nouvelles perspectives. Si elles ne se trouvent pas toujours matérialisées dans cet écrit, il reste certain que le cadre conceptuel d'une telle ouverture aura su guider notre manière d'appréhender l'intention en histoire du droit français. Par exemple, les propos d'auteurs canadiens sont intéressants en ce qu'ils démontrent assez généralement que la liberté est un choix idéologique, une croyance, un postulat. À l'opposé, très rares sont les auteurs français qui font montre d'une telle honnêteté ou d'une approche aussi transparente. Prendre en considération cet état de fait nous a permis de renforcer notre approche qui ne prend pas pour acquise la croyance dans la liberté, et donc dans les intentions libres. De manière plus générale, les études multidisciplinaires sont bien acceptées et courantes au Canada, voire dans les pays de *common law*. C'est cette influence qui a pu nous pousser à sortir, parfois, du cadre strictement juridique pour mieux comprendre le contexte de construction de l'intention dans le droit, comme nous le ferons lorsque nous évoquerons la philosophie analytique ou le structuralisme, par exemple.

3. Le choix pragmatique des sources exploitées

L'objet de ce travail n'est pas de mettre au jour de nouvelles sources encore inexploitées – quoique nos archives contemporaines semblent généralement délaissées. Nous visons principalement à renouveler le regard que l'historiographie a pu avoir sur des documents fondateurs ou des auteurs particuliers, au prisme de l'intention.

En somme, la recherche de l'intention dans les documents classiques constitue non pas une nouveauté matérielle, mais une nouveauté de traitement. En appliquant le filtre intentionnel à notre lecture des décrets, lois, auteurs de doctrine, etc., nous espérons susciter l'intérêt de notre lectorat par ce renouvellement d'éléments classiques. L'exotisme ne provient donc pas du *corpus* en lui-même, mais de l'analyse qui en est faite. En effet, l'intention a souvent été ignorée ou oubliée et, bien que

⁹⁶ À l'image des travaux de Hugues Parent qui consacre plus de 800 pages à la notion de culpabilité, traitant incidemment de la notion d'intention : Hugues PARENT, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*

largement présente en filigrane dans de nombreux écrits, elle n'a pas fait l'objet de développements autonomes pour la faire remonter à la surface.

Également, nous mobiliserons des outils récents pour analyser certains textes, dont ceux offerts par la lexicométrie, nous permettant d'enrichir et transformer les approches plus classiques. L'intérêt de la lexicométrie n'est plus à démontrer en histoire, et permet notamment de neutraliser les biais que nous pourrions avoir à la lecture de nos sources⁹⁷ ; c'est notamment cet outil qui dresse un obstacle face à la potentialité d'une relecture téléologique des textes. La lexicométrie permet également de faire émerger des analyses originales, en révélant des tendances qu'il nous faut par la suite contextualiser pour comprendre ; si les outils statistiques permettent d'objectiver la recherche dans une certaine mesure, les données brutes que nous obtenons ne peuvent cependant faire l'économie d'une démarche cette fois plus qualitative que quantitative, pour en tirer des hypothèses ou conclusions pertinentes.

4. L'assise théorique et philosophique

Bien entendu, la perspective première de ce travail ne saurait qu'être historique, et tend ainsi à s'inscrire pleinement dans la tradition de l'histoire du droit en mobilisant les outils classiques propres à cette discipline⁹⁸. Néanmoins, nous ne pouvons faire l'économie d'une grille de lecture constituée par le réalisme juridique⁹⁹ ou la philosophie du langage, qui sont des éléments structurants de notre recherche.

⁹⁷ En ce sens, nous nous sommes nourris du travail de Jean-Marc LEBLANC et Marie PÉRÈS, « Propositions de visualisations pour la navigation lexicométrique », *Document numérique*, 1 (2011), p. 105-134 ; également Stéphane LAMASSÉ, « Textométrie et temporalité », *Histoire & mesure*, 2 (2021), p. 3-20. Pour une application en histoire du droit, nous signalons la thèse de Prune Decoux, qui mobilise ces différents outils dans son travail : Prune DECOUX, *French Readings in Law Reviews : Les lectures américaines de la doctrine juridique française (1870-1945)*, thèse dactyl., droit, Bordeaux, 2019.

⁹⁸ Nous avons notamment porté un intérêt particulier à Paul VEYNE, *Comment on écrit l'histoire*, *op. cit.* ou encore à Antoine PROST, *Douze leçons sur l'histoire*, Paris, Seuil, 1996. De manière générale, les grands ouvrages d'histoire du droit pénal seront mobilisés dans une continuité historiographique à l'image d'André LAINGUI, *Histoire du droit pénal*, 2^e éd., Paris, PUF, 1993 ou de Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.* Plus directement sur l'intention, par le truchement de la responsabilité, nous viserons l'étude d'André LAINGUI, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit (XVI^e-XVIII^e siècles)*, *op. cit.* ; ou encore le travail d'Olivier DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, Paris, LGDJ, 2005. De manière générale, nous ne pouvons faire l'économie de Jean-Louis HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 2001 ou de Jean-François NIORT, *Homo civilis, contribution à l'histoire du Code civil français*, Marseille, PUAM, 2004. Cette liste préliminaire ne saurait être exhaustive.

⁹⁹ Riccardo GUASTINI, « Le réalisme juridique redéfini », *Revus*, 19 (2013), p. 113-129 ; Javier HERVADA, *Qu'est-ce que le droit ? La réponse moderne du réalisme juridique*, Paris, Boleine, 2021 ; Maté PAKSY, *Penser rationnellement pour lire le monde juridiquement : leçons de philosophie du droit*, Paris, Mare & Martin, 2021.

Cela passe, par exemple, par la mobilisation d'une pluralité de réalités pour imaginer des systèmes alternatifs¹⁰⁰, forme d'histoire contrefactuelle¹⁰¹, en réponse à la prédominance supposément absolue du système fondé sur l'intention. Essayer de réfléchir en faisant fi des grands canons juridiques peut nous offrir l'opportunité de comprendre l'épanouissement d'un système puisqu'il ne devient plus la seule réalité imaginable, sinon la réalité qui procède d'un choix, conscient ou non. En somme, nous embrassons la réalité et les effets de l'histoire, mais nous chercherons à aller un peu plus loin ; nous tenterons d'ouvrir la boîte noire de la construction de l'intention, ses rouages les plus obscurs.

Cependant, cette grille critique, en forme de construction/déconstruction de l'intention, sera suffisamment malléable pour s'adapter aux éléments de chaque époque visée pour ne pas sombrer dans l'anachronisme de concepts¹⁰², ou dans une approche qui serait trop analytique et pas assez historique¹⁰³. Pour illustrer, au lieu de considérer que les auteurs organisent une violation du principe de la légalité criminelle en faisant vivre l'intention en marge des textes, nous essayerons plutôt de comprendre pourquoi et comment, dans leur vision, à leur époque, cet élément ne semblait pas contraire à la légalité criminelle. Privilégier la perception pratique face à la théorie nous approche, par moment, d'une analyse que nous pourrions qualifier de pragmatique¹⁰⁴. Il résulte de cette méthode éclectique plusieurs niveaux de lecture et d'analyse, qui pourront s'intéresser aux fondements textuels de l'intention, à son organisation institutionnelle, mais également prendre plus de recul pour observer l'économie générale du système intentionnel.

¹⁰⁰ À l'image de la pluralité des mondes pensée par David LEWIS, *De la pluralité des mondes*, Paris, Éditions de l'Éclat, 2007 [rééd. 1986].

¹⁰¹ Isabelle DROUET, Stéphanie DUPOUY, Laurent JEANPIERRE et Florian NICODÈME, « Contrefactuels en histoire : du mot au mode d'emploi. Le moment de la *new economic history* », *Labyrinthe*, 39 (2012), p. 81-112 ; Quentin DELUERMOZ et Pierre SINGARAVÉLOU, « Explorer le champ des possibles. Approches contrefactuelles et futurs non advenus en histoire », *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, 3 (2012), p. 70-95.

¹⁰² Nicolas LAURENT-BONNE et Xavier PRÉVOST, « Observations sur l'anachronisme des concepts », dans Nicolas Laurent-Bonne et Xavier Prévost (dir.), *Penser l'ordre juridique médiéval et moderne. Regards croisés sur les méthodes des juristes*, Paris, LGDJ, 2016, p. 5-10.

¹⁰³ Finalement, nous inscrivons ce travail dans une démarche renouvelée d'appréhension de l'histoire du droit. Sur ce point, voit notamment Jean-Louis HALPÉRIN, « Le droit et ses histoires », *Droit et société*, 75 (2010), p. 295-313 ; Jean-Louis HALPÉRIN, « Est-il temps de déconstruire les mythes de l'histoire du droit français ? » [en ligne], *Clio@Themis*, 5 (2012),

URL : <https://journals.openedition.org/cliiothemis/1723> ; Jean-Louis HALPÉRIN, « Pourquoi parler d'une histoire contextuelle du droit ? », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 30 (2017), p. 31-48 ; Géraldine CAZALS et Nader HAKIM, « L'histoire de la pensée juridique : historiographie, actualité et enjeux » [en ligne], *Clio@Themis*, 14 (2018),

URL : <https://journals.openedition.org/cliiothemis/676?lang=en>.

¹⁰⁴ Boris BARRAUD, *Le pragmatisme juridique*, Paris, L'Harmattan, 2017.

D'un point de vue pratique, nous changerons donc de registre, ce qui nous poussera à adapter la méthodologie selon l'objet d'étude en présence. En effet, nous nous déplacerons non seulement dans le temps, mais également entre différents objets, qui ne peuvent être étudiés de manière comparable, ce qui nous incitera à moduler notre façon de présenter nos recherches, nos hypothèses et conclusions. Ce cheminement à géométrie variable est celui qui semble s'imposer dans la mesure où nous n'étudions pas uniquement le droit et son histoire, mais également la socio-histoire de la magistrature, les jurés, les circonstances atténuantes, les théories déterministes ou encore les propositions de l'école de la défense sociale nouvelle, pour terminer notre travail en abordant la législation pénale de 1994. L'intention est un objet protéiforme, que nous disséquons en conséquence, cherchant à la saisir parmi toutes les manifestations possibles de sa présence ou son absence ; cohabitent ainsi des analyses philosophiques, sociologiques, juridiques, etc.

III. Problématisation du sujet

La difficulté du sujet est déjà saillante : l'intention est doublement délicate à saisir. En tant que concept, formaliser l'intention demande une certaine gymnastique intellectuelle pour être pensée et être prise comme un objet autonome. Dans les textes, elle tend à se cacher, à n'être que survolée par les auteurs, sans jamais faire l'objet d'une étude d'envergure qui chercherait à la poser, pour que nous puissions la décortiquer.

Si l'intention est prise en compte *a minima* depuis l'époque romaine¹⁰⁵, nous avons pourtant décidé de l'étudier dans sa formation contemporaine, sur les XIX^e et XX^e siècles. Nous précisons qu'il s'agit là d'une posture de principe puisque notre premier chapitre débordera ce bornage et plongera un peu plus loin, afin de saisir les racines de l'intention contemporaine, telle qu'elle est conçue par la suite. En effet, il

¹⁰⁵ Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., 2014, p. 49 et s. Plus spécifiquement, sur l'irresponsabilité pénale pour cause de folie à l'époque romaine, voir notamment Sandrine VALLAR, « Folie et droit romain – Quelques observations » [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 5 février 2016 [consulté le 29 août 2021], URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/3146#quotation>. Le fait que le droit romain prononce l'irresponsabilité pénale du fou repose sur l'idée qu'il ne peut faire acte de volonté dans ses agissements ; nous avons donc effectivement des traces d'intention à cette époque. Enfin, sur les vicissitudes historiques de la prise en considération de l'intention, voir Barthélémy MERCADAL, « Recherches sur l'intention en droit pénal », art. cit., p. 5 et s.

sera important pour nous de comprendre le système de responsabilité pénale en place dans le courant du XVIII^e siècle, pour mieux mettre en valeur les contestations¹⁰⁶ de ce système, qui mèneront à la création de l'intention contemporaine par les textes et la pratique du XIX^e siècle. De manière analogue, nous prenons comme date butoir officielle 1994, signant l'entrée en vigueur du nouveau *Code pénal*. La justification tient en ce que ce texte met un terme à une période de flottement sur la nécessité ou non d'avoir une intention pour les crimes et les délits, en exposant dans son article 121-3 que « il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre ». Néanmoins, cette apparition formelle de l'intention dans la législation n'interrompt et ne résout pas les questionnements que nous pourrions avoir sur la définition de la notion. Nous débordons donc de cette limite pour voir, par moments, comment s'organise le droit positif pour traiter l'intention à la suite des évolutions que nous aurons mises au jour.

Il en découle que si le cœur du traitement de notre sujet vise prioritairement les XIX^e et XX^e siècles, ce qui justifie le titre de notre travail, nous ne respecterons pas à la lettre ces bornes chronologiques. Cela nous permettra de partir, véritablement, à la recherche de l'intention.

Cette recherche est duale : elle vise dans un premier temps une quête matérielle de l'intention, à débusquer sa présence dans les décrets, les textes, en doctrine, etc. ; elle vise également le fond de la notion, en ce que nous chercherons à étudier, voir et comprendre les éléments qui peuvent être opérants, ou non, pour définir officiellement ou officieusement ce qu'est l'intention. Ainsi, quand nous disons partir en quête de l'intention, c'est toujours ce double aspect qui nous motivera. Cela nous enjoindra par exemple à faire un pas de côté, pour chercher à comprendre qui sont les magistrats. Cette tentative pour dresser une forme de profil sociologique de la profession se justifie en regardant concrètement l'objet que nous étudions. Puisque les textes sont avares en précisions sur l'intention, ce sont effectivement les magistrats qui doivent s'en débrouiller et donner un contenu à la notion. Nous postulons alors que comprendre qui sont les magistrats peut nous aider à saisir comment est construite l'intention.

Finalement, Roland Barthes que nous citons en ouverture de ce travail, cherche à comprendre l'amour, mais se trouve mis en difficulté parce que son discours, en étant

¹⁰⁶ Il en va ainsi de la nécessité de comprendre le contexte d'écriture du traité de Beccaria : Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milan, Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, 2001 [rééd. 1774].

inscrit dans l'amour, ne lui permet pas de s'en extirper pour le comprendre. Nous sommes mis face à la même difficulté : celle de comprendre l'intention, alors que nous baignons dans un système intentionnel. Comme il l'écrit, « le lieu le plus sombre, dit un proverbe chinois, est toujours sous la lampe »¹⁰⁷. Cette phrase résume parfaitement le prisme de notre approche ; aveuglés par la lumière de l'intention, nous allons tenter de nous éloigner du dessous de la lampe, prendre du recul, et ainsi pouvoir observer les mécaniques qui nourrissent l'intention criminelle.

Plusieurs questions constitueront notre boussole, afin de nous repérer sur les sentiers de l'intentionnalité. Pourquoi apparaît l'intention pénale ? Comment s'impose-t-elle ? Qu'en fait-on concrètement ? Peut-on articuler principe de légalité, clef de voûte du système pénal à partir de la Révolution de 1789, et intentionnalité ? Voilà les interrogations qui nous occuperont, chaque fois que nous considérerons un nouveau point de vue, une nouvelle doctrine, un nouveau courant. Nous essayerons de comprendre cette intention et, surtout, de chercher ce qu'elle signifie réellement dans le langage de la justice.

De fait, l'idée principale, celle qui donne une direction à notre travail et sera démontrée, tient dans une forme de hiatus entre ce que l'on pose comme étant l'intention et l'intention effectivement prise en considération par les textes, par la doctrine, par les juges. Ainsi, il s'agira de montrer dans quelle mesure existe cet écart entre ce que les juristes présupposent à propos de l'intention, et l'intention effectivement prise en compte.

Pour soulever et appréhender ces questionnements, le plan initial adoptait une forme non pas chronologique, mais thématique. Cette réalisation était guidée par le souci de mise en relief des différents aspects problématiques concernant la construction de l'intention. En tant que notion floue, notion-cadre du droit, l'intention ouvre de nombreuses brèches qu'il convient d'aller fouiller pour espérer comprendre son fonctionnement pratique. Cette approche thématique avait le mérite de mettre l'accent sur différents acteurs ou différentes périodes, qui ont été charnières pour l'émergence, la construction et la victoire de l'intention dans notre système juridique. Elle mettait également en exergue la continuité de certaines difficultés dans le temps. Néanmoins, un tel plan n'aurait pas permis d'inscrire pleinement notre propos dans

¹⁰⁷ Roland BARTHES, *Fragments d'un discours amoureux*, Paris, Seuil, 1977, p. 71.

une démarche historique d'analyse systématique et systémique de sources diverses, prises dans leur contexte, pour comprendre le fonctionnement pratique sur l'intention.

C'est ainsi que le plan proposé suit finalement une approche majoritairement chronologique, distinguée par deux grands mouvements – nos deux parties. C'est cette approche chronologique qui justifie la numérotation continue des titres et chapitres qui, loin de marquer de véritables arrêts entre différentes périodes, servent finalement à articuler une réflexion globale sur la question intentionnelle. Néanmoins, la construction chronologique ne pose pas ici une chronologie linéaire, mais une chronologie liée à diverses thématiques. Nous cheminerons alors de manière progressive, en nous arrêtant sur différents objets d'étude présentés dans l'introduction, et démontrant cette hybridation entre chronologie et perspective thématique.

Nous débuterons alors avec une première partie qui s'ouvre à la fin du XVIII^e siècle, pour s'achever en 1870. La date de 1870 est importante en ce qu'elle signe une forme de renouveau pour la pensée pénale, avec le développement croissant des théories déterministes. Une seconde partie vient compléter l'ensemble, qui sera consacrée à l'analyse de l'intention pour la période s'étirant de 1870 à 1994, date d'entrée en vigueur du nouveau *Code pénal*.

Partie 1. La construction de l'intention contemporaine (fin du XVIII^e siècle-1870)

Partie 2. La confirmation de l'intention (1870-1994)

Partie 1. La construction de l'intention contemporaine (fin XVIII^e siècle-1870)

La question de l'apparition de l'intention criminelle en droit français est un sujet complexe. Ses ramifications plongent profondément dans notre histoire juridique pour remonter, *a minima*, aux premières formes de constructions systématisées du droit à Rome¹⁰⁸. Cependant, pour respecter les bornes chronologiques de notre étude, nous ne reviendrons pas sur les pérégrinations de cette notion au fil des siècles, rappelant seulement l'alternance entre responsabilité objective et subjective¹⁰⁹. Dès lors, nous évoquons « l'intention contemporaine » non pas en ce que la notion même serait différente d'un point de vue conceptuel, mais parce qu'elle se trouve encadrée par de nouveaux principes, de nouvelles idées, qui n'existaient pas auparavant.

Forgée au gré de l'émergence d'un droit national français, l'intention moderne évolue lentement pour devenir un élément primordial des condamnations pénales : « Le crime [...] est un Acte défendu par la Loi, par lequel on cause du préjudice à un

¹⁰⁸ La question n'est pas d'affirmer que le droit est inexistant avant le droit romain ; les sociétés primitives et ancestrales, même sans user spécifiquement du mot « droit », disposent néanmoins d'un *droit* dans leurs pratiques, tel qu'ont pu le démontrer les anthropologues. Pour une référence générale, voir Baudoin DUPRET, *Droit et Sciences sociales* [en ligne], manuscrit original, publié en 2006 [consulté le 28 juillet 2020], URL : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00197135>. Néanmoins, nous ne faisons remonter l'appréhension de l'intention qu'à l'époque romaine car il est vraisemblablement besoin d'un système rationnel et organisé pour mettre en place une appréciation différenciée de la responsabilité en tenant compte du caractère intentionnel ou non de l'action ; paradoxalement, la rationalisation permet d'introduire un raisonnement fondé sur des fictions juridiques (sur la thématique des fictions, voir Yan THOMAS, *Les opérations du droit*, Paris, Gallimard/Seuil, 2011, p. 133 et s.). Sur ce point, voir notamment Pierre DUPARC, *Origines de la grâce dans le droit pénal romain et français du Bas-Empire à la Renaissance*, Paris, Sirey, 1942, p. 98-99 ; André LAINGUI, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit*, op. cit., p. 31 ; Geneviève VINEY, « La responsabilité », *Archives de philosophie du droit*, 35 (1990), p. 280-282). Cela recoupe peu ou prou la distinction entre la responsabilité objective et subjective, et ses évolutions. Sur ce dernier point, voir Jean-Marie CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, op. cit., 2014, p. 35 et s.

¹⁰⁹ Notamment Michel VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », art. cit., p. 49 et s. À propos de la responsabilité civile, qui partage un cadre idéologique avec la responsabilité pénale, voir Olivier DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, op. cit. Plus précisément encore, pour connaître la conception moderne de la responsabilité, cela suppose une philosophie de l'imputation allant de pair avec une idée de *Raison*, nécessitant, de fait, une certaine organisation de la pensée (Alessandro GIULIANI, « Imputation et justification », *Archives de philosophie du droit*, 22 [1977], p. 85-86). De manière encore plus précise et concise, concernant les vicissitudes dans l'acceptation de l'intention et donc le basculement entre une responsabilité objective et subjective, voir Barthélémy MERCADAL, « Recherches sur l'intention en droit pénal », art. cit., p. 5.

tiers par son dol ou par la faute », nous rappelle Muyart de Vouglans (1713-1791)¹¹⁰. Nous y décelons la preuve d'un système entièrement conquis et acquis à l'appréciation subjective de la responsabilité, en accord avec les racines religieuses de la notion de culpabilité¹¹¹. La critique émergente du XVIII^e siècle ne la laissera alors pas indemne, ce qui constitue une rupture dans le cheminement de l'intention depuis sa création ; c'est cette rupture qui forme le point de départ de notre analyse.

Les auteurs matérialistes du XVIII^e siècle ne cherchent pas à annihiler la religion de la société, mais à en amoindrir l'influence ; en droit, cela passe par son évincement du système juridique¹¹². L'intention, parce qu'elle partage une relation privilégiée avec

¹¹⁰ Pierre-François MUYART DE VOUGLANS, *Institutes au droit criminel*, Paris, Le Breton, 1757, p. 2 : « Le crime considéré sous ce dernier rapport, est défini différemment par les Auteurs : voici de toutes les Définitions celle qui m'a paru la plus exacte, & dont le développement fera le sujet particulier de ce chapitre ; c'est un Acte défendu par la Loi, par lequel on cause du préjudice à un tiers **par son dol ou par la faute** [...] » (nous soulignons) ; ou encore p. 6 : « Enfin, nous avons dit en *quatrième lieu*, que pour former le Crime, il falloit du dol ou de la faute de la part de celui qui le commettoit : *dolo aut culpa facientis*. L'on appelle Dol tout ce qui se fait dans le dessin de nuire, & Faute tout le mal qui se fait dans le dessin formel de nuire ; on voit par-là que c'est proprement le dol qui fait le Crime, & qui rend le coupable sujet aux peines portées par les Loix ».

¹¹¹ La culpabilité peut apparaître pleinement une fois que sont distingués le royaume des pensées et celui des actions, car alors les pensées peuvent devenir objet de contrôle et de punition. Pour Jean-Marie CARBASSE (*Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2006, p. 234-235), cette scission apparaît au XII^e siècle par l'action du clergé. Pour une analyse mêlant histoire, religion et psychanalyse, voir Michel NEYRAUT, « L'invention du for intérieur », *Revue française de psychanalyse*, 4 (2011), p. 972 (citant Saint Augustin, *Dialogues philosophiques, Le maître* [Pléiade, notice p. 1270], p. 362 et s.) ou encore p. 973 (citant Nicolas DE CUES, *La filiation de Dieu*, traduit du latin par Jean Devriendt, « Préface de Marie-Anne Vannier », Paris, Arfuyen, 2000, p. 52). La proximité avec la psychanalyse est ici évidente en ce que la création de « l'humain intérieur » vient donner forme et consistance au dialogue que nous entretenons avec cet autre qui nous habite et tempère nos actions ; en quelque sorte, nous expérimentons ainsi nos pensées, avant de les matérialiser dans le monde sensible. Attention cependant à ne pas confondre cette vision dématérialisée de la pensée avec une acception plus large selon laquelle nous nous projeterions systématiquement dans un système accordant une place prépondérante à la pensée libre : ce dialogue peut n'être que le fruit de déterminismes intériorisés dans l'inconscient.

¹¹² Cesare Beccaria, par exemple, ne repousse pas la religion dans son traité, et va même jusqu'à l'évoquer. Seulement, il précise que les affaires religieuses ne doivent pas interférer avec le droit. Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, op. cit., p. 5 : « Dunque l'idea delle virtù politica può senza taccia chiamarsi variabile ; quelle della virtù naturale sarebbe sempre limpida e manifesta, si l'imbecilità o le passioni degli uomini non la oscurassero ; quella virtù religiosa è sempre una costante, perché rivelata immediatamente Dio, e da lui conservata » ; p. 6 : « La giustizia divina e la giustizia naturale sono per essenza loro immutabili e costanti, perché la relazione fra due medesimi oggetti è sempre medesima ». De la même manière, nous savons que Voltaire était déiste et croyait donc en l'existence d'une entité supérieure, sans accepter pour autant les dérives de l'Église catholique. Voir François-Marie AROUET, dit VOLTAIRE [les prochaines citations ne relèveront que VOLTAIRE], *Œuvres complètes*, tome 22, Paris, Garnier, 1879, p. 193 et s., « Chapitre II. S'il y a un Dieu », et spécialement la synthèse de sa réflexion p. 197-198 : « Les arguments contre la création se réduisent à montrer qu'il nous est impossible de la concevoir, c'est-à-dire d'en concevoir la manière, mais non qu'elle soit impossible en soit : car, pour que la création fût impossible, il faudrait d'abord prouver qu'il est impossible qu'il y ait un Dieu ; mais, bien loin de prouver cette impossibilité, on est obligé de reconnaître qu'il est impossible qu'il n'existe pas. Cet argument, qu'il faut qu'il y ait hors de nous un être infini, éternel, immense, tout-puissant, libre, intelligent, et les ténèbres qui accompagnent cette lumière, ne servent qu'à montrer que cette lumière existe : car de cela même qu'un être infini nous est démontré, il nous est démontré aussi qu'il doit être impossible à un être fini de le comprendre » ; ou encore la position modérée de Condillac pour ne retenir que ces quelques exemples.

la déclaration de culpabilité, devient un des éléments cibles de cette critique. De surcroît, d'autres raisons qui reposent sur la quête d'une meilleure rationalité juridique président la contestation d'un système offrant une place trop centrale à l'intentionnalité. D'une part, l'intention est vue comme facilitant un arbitraire des magistrats devenu contestable ; d'autre part, elle est perçue comme un danger pour la sécurité juridique des citoyens, par son caractère tout à la fois imprévisible et incidemment incompréhensible¹¹³.

Sans surprise, en s'inscrivant dans la suite de l'œuvre des Lumières, la Révolution de 1789 hérite de certains fragments de cette pensée qui donne naissance à une responsabilité teintée d'objectivisme¹¹⁴. De façon surprenante, en revanche, nous

¹¹³ De premiers jalons sont posés par Montesquieu, en ce qui concerne la nécessité d'encadrer l'action des juges par des lois claires. Voir Charles Louis DE SECONDAT, baron de LA BRÈDE et de MONTESQUIEU [par commodité, les prochaines occurrences seront uniquement signalées par « Montesquieu »], *De l'esprit des lois*, tome 1, Paris, Dabo, 1824 [rééd. 1748], p. 11-12 : « **La loi, en général, est la raison humaine**, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre ; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine. Elles doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un très-grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre. Il faut qu'elles se rapportent à la nature et au principe du gouvernement qui est établi, ou qu'on veut établir ; soit qu'elles le forment, comme font les lois politiques ; soit qu'elles le maintiennent, comme font les lois civiles. Elles doivent être relatives au *physique* du pays ; au climat glacé, brûlant, ou tempéré ; à la qualité du terrain, à sa situation, à sa grandeur ; au genre de vie des peuples, laboureurs, chasseurs, pasteurs : elles doivent se rapporter au degré de liberté que la constitution peut souffrir, à la religion des habitants, à leurs inclinaisons, à leurs richesses, à leur nombre, à leur commerce, à leurs mœurs, à leurs manières. Enfin elles ont des rapports entre elles ; elles en ont avec leur origine, avec l'objet du législateur, avec l'ordre des choses sur lesquelles elles sont établies. C'est dans toutes ces vues qu'il faut les considérer » ; p. 150 : « **Dans les états despotiques, il n'y a point de lois : le juge est lui-même sa règle. Dans les états monarchiques, il y a une loi ; et là où elle est précise, le juge la suit ; là où elle ne l'est pas, il en cherche l'esprit. Dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi.** Il n'y a point de citoyen contre qui on puisse interpréter une loi, quand il s'agit de ses biens, de son honneur, ou de sa vie. **À Rome, les juges prononçaient seulement que l'accusé était coupable d'un certain crime, et la peine se trouvait dans la loi**, comme on le voit dans diverses lois qui furent faites. De même, **en Angleterre, les juges décident si l'accusé est coupable, ou non, du fait qui a été porté devant eux ; et, s'il est déclaré coupable, le juge prononce la peine que la loi inflige pour ce fait : et, pour cela, il ne lui faut que des yeux** » [nous soulignons]. De ces citations, on trouve une synthèse des idées des Lumières en France, avec la notion de raison qui vient guider l'adoption des lois ; mais encore, nous relevons de premières traces du légalisme qui dominera la fin du XVIII^e siècle.

¹¹⁴ Objectivisme en ce sens que n'est pas recherchée l'utilité morale de la sanction, ni donc de responsabilité morale de l'agent ; ce système pénal se concentre sur la matérialité, ce qui est le cas d'une partie de la doctrine du XVIII^e siècle. Voir notamment la distinction clairement posée par Pellegrino ROSSI, *Traité de droit pénal*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 106 : « Toutes les théories du droit de punir, tel qu'il est exercé par la société, peuvent se ranger sous deux chefs ; celles qui remontent à un principe moral, celles qui ont pour base unique un fait, un intérêt matériel ; en d'autres termes, les unes remontent au juste, les autres s'arrêtent à l'utile ; les unes sont les filles du spiritualisme, les autres du matérialisme ». Or, par l'influence croissante d'Helvétius, de Bentham, ou encore de Beccaria, utilitarisme et matérialisme sont des notions qui ne sont pas inconnues de la période révolutionnaire ; voir également p. 107 : « Le principe de l'utilité est au fond le principe qui domine dans tous les systèmes où l'on n'a pas essayé de remonter à un principe moral. Qu'on se serve d'une circonlocution ou d'une autre, qu'on allègue l'intérêt individuel, qu'on ait recours au principe de l'utilité générale, du plus grand bien du plus grand nombre, ou qu'on invoque comme principe primitif la nécessité de prévenir la punition d'un acte la réitération d'actes semblables, d'intimider les esprits, de contenir les volontés dangereuses, toujours est-il que si on ne remonte pas plus haut, la doctrine de ces écoles est en définitive contenue tout entière

notons une réapparition timide, mais constante, de l'intention dans la pratique judiciaire. Se saisissant des premiers jalons posés pour son retour en force, l'intention trouvera une nouvelle concrétisation sous la forme d'indices textuels, qu'il appartiendra aux auteurs de récolter, comprendre, et assembler. Les praticiens, et notamment les magistrats, sur fond d'opposition avec les jurés, endosseront ce rôle¹¹⁵ ; la législation napoléonienne, elle, s'inscrira dans cette continuité logique¹¹⁶.

Ce concept accepté à la fin de l'Ancien Régime se trouve alors amoindri par la critique matérialiste des Lumières et en ressort effacé dans la législation révolutionnaire. Il demeure toutefois ancré dans la pratique, et trouvera dans les textes – législatifs ou règlementaires – une assise suffisante, bien que subtile, pour que d'autres puissent de nouveau le systématiser et le réimposer dans notre droit pénal (**Titre I**).

Successivement, dans la continuité de leur œuvre entre 1791 et 1810, les juges se saisiront des indices d'intention semés dans la législation, pour en faire un élément pleinement constitutif des infractions. De fait, en cherchant à combler les lacunes des premiers codes et à répondre aux nouvelles nécessités sociales, la législation du XIX^e siècle renforcera, presque accidentellement, l'emprise de l'intention sur le phénomène criminel (**Titre II**).

dans cette phrase : les punitions sont justes, parce qu'elles sont utiles, mêmes nécessaires à ceux qui les prescrivent ». Certes, critique de ces positions qui ne correspondent pas aux courants dominants lorsque Rossi écrit, il nous offre pourtant la confirmation du matérialisme teinté d'utilitarisme qui frémit à l'aube de la Révolution de 1789.

¹¹⁵ Sur la place de l'intime conviction dans l'office des magistrats, leur permettant notamment d'imposer une intention pourtant rarement prévue par les textes, voir Julie RICHARD, *L'intime conviction du juge en matière criminelle*, thèse dactyl., droit, Montpellier, 2017.

¹¹⁶ Voir notamment Barthélémy MERCADAL, « Recherches sur l'intention en droit pénal », art. cit., p. 6 : selon lui, le *Code pénal* de 1810 est une forme de synthèse entre responsabilité objective et subjective, puisque l'intention est à la fois nécessaire, tout en étant non suffisante à elle seule pour punir. Cette affirmation nous paraît cependant excessive et sera discutée dans la suite de cette partie. Voir également Andrew ASHWORTH et Eva STEINER, « Criminal Omissions and Public Duties: The French Experience », *Legal Studies*, 10 (1990), p. 154-155 : pour ces auteurs, les rédacteurs du *Code pénal* de 1810 sont inspirés par le libéralisme et le subjectivisme, ce qui les poussa à ne prendre en compte que les actions positives, et non les omissions dans un premier temps. Cela conjugué avec le principe de l'interprétation stricte et de la légalité faisait obstacle à la résolution en pleine *Justice* d'affaires telles que celle de la *Séquestrée de Poitiers* : les infractions d'actions ne peuvent être constituées par des omissions, sauf si le Code le prévoit expressément, ce qui n'était pas le cas.

Titre I. La timide réapparition de l'intention (fin XVIII^e siècle-1810)

Pour comprendre l'évolution de l'intention sur la période contemporaine, nous devons dans un premier temps analyser quelques points clefs du système pénal antérieur à la Révolution de 1789. La responsabilité pénale y est clairement subjective et les intentions font alors l'objet d'une attention particulière dans les jugements¹¹⁷, quand elles ne sont pas, parfois, le motif exclusif de la sanction.

Malgré la présence de textes royaux, certains magistrats parviennent à contourner les barrières dressées sur le chemin d'une appréciation libre de la procédure criminelle : détenteurs d'un pouvoir fort, ils créent des incriminations ou prennent quelques libertés dans l'exécution des peines¹¹⁸. Dans ce contexte, l'examen

¹¹⁷ Prenons pour exemple l'hypothèse de l'homicide qui est exposée comme suit par Daniel JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, tome 3, Paris, Debure, 1771, p. 480-481 : « L'homicide considéré en général, est toute action qui cause la mort à autrui, & il comprend même le suicide, ou l'homicide de soi-même. L'homicide peut se commettre de quatre manières ; 1. Par *nécessité* ; 2. Par *accident* ; 3. Par *imprudence* ; 4. *Volontairement*. 1. L'homicide *nécessaire* ou *légitime* est celui qui est permis par les Loix, & qui se commet dans le cas d'une légitime défense. 2. L'homicide *casuel* ou *involontaire*, est celui qui se commet par accident & par cas fortuit, sans aucune faute, ni négligence, & que l'on ne pouvoit prévoir. 3. L'homicide par *imprudence*, ou *faute*, est celui qui se commet sans aucun dessein de procurer la mort d'autrui, mais que néanmoins l'on auroit pu éviter, si l'on avoit été prudent ou prévoyant. 4. L'homicide *volontaire licite*, est celui qui est permis par les Loix. L'homicide *volontaire illicite*, est celui qui est défendu par les Loix ; & il se fait de deux manières ; ou *simplement & sans délibération*, ou *avec délibération*. L'homicide *simple & indélibéré*, est celui qui se commet dans la chaleur d'une rixe, & dans un premier mouvement de colere. L'homicide *délibéré*, est celui qui se commet avec un dessin qui a été prémédité quelque temps auparavant ; & il se fait de plusieurs manières, dont il sera parlé ci-après. L'homicide est plus ou moins grave, suivant les circonstances & la qualité des personnes ».

Il est également intéressant de remarquer chez Jousse le rappel de la nécessaire prise en compte des circonstances de commission de l'infraction, qui tiennent à la personne, la victime, le lieu, etc. Sur ce dernier point, voir Daniel JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, tome 1, *op. cit.*, 1771, p. 10-11 : « Tous les crimes ont leur source dans la concupiscence ou dans la colere. C'est de la colere que naissent les injures, les voies de fait, les homicides, les trahisons, les empoisonnements, les calomnies, les conspirations, les subornations, & les autres crimes par lesquels on nuit au prochain ; et c'est la concupiscence qui donne lieu à l'ivresse, à l'adultere, au viol, à la séduction, au vol, à la simonie, & à tous les autres crimes qui flattent les sens, ou l'avarice, ou l'ambition ; & quoique quelques-uns des différents crimes dont on vient de parler, puissent avoir ensemble pour cause les deux motifs de concupiscence & de colere, néanmoins il est vrai que tous les crimes en général se rapportent à l'un de ces deux principes. *Seconde cause*, Les circonstances qui accompagnent le crime, sont la seconde cause, qui, par leur différence, rend le crime plus ou moins grave, & par conséquent plus ou moins punissable ».

¹¹⁸ Voir, par exemple Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, 2014, p. 222-223, à propos des adaptations de la pratique face aux forts pouvoirs des juges : « À vrai dire, dès les premières décennies du siècle suivant, la question allait devenir de plus en plus exceptionnelle **au fur et à mesure que se désagrègera le système rigide des preuves légales au profit de l'intime conviction des juges**. Aussi bien, dès 1670, l'Ordonnance elle-même présente des signes certains de cette prochaine désagrégation, en particulier la "question avec réserve des preuves" » [nous soulignons] ; plus généralement, voir les pages 217 à 228.

de l'intention est particulier en ce sens qu'il touche les circonstances de réalisation de l'acte : quand une personne est tuée, s'interroger sur l'intention du criminel revient à questionner une circonstance de commission de l'action. Or, en pratique, l'appréciation des circonstances des homicides est un attribut du Roi en France¹¹⁹ – la situation est différente en Italie, par exemple ; c'est notamment sur ce fondement qu'il peut remettre des lettres de grâce¹²⁰. Pour le reste, les délits demeurent sous la coupe des juges que l'on regarde la constitution des preuves comme l'établissement des circonstances de l'action dommageable.

Ce cheminement historique, intellectuel et institutionnel, nous permet de dire que, désormais, il est convenu qu'une intention doit être recherchée. Cela relève d'une habitude renforcée par les enseignements professés en droit pénal, et par la législation de 1994 : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre »¹²¹. Nous connaissons et comprenons le droit par ce prisme particulier qu'est la croyance dans le postulat de la liberté des humains, et dans leur capacité d'exprimer une volonté. Alors, l'intention semble s'être imposée dans le droit, parce qu'elle s'est imposée dans la société, aidée par ses ramifications religieuses¹²² et les liens étroits entretenus entre

¹¹⁹ Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., 2014, p. 173-174 : « les juges ne pouvaient pas tenir compte des circonstances particulières d'un homicide pour prononcer une peine moindre que la mort ; ils ne pouvaient pas non plus excuser de leur propre chef les homicides purement "casuels" (survenus par cas fortuit), ou commis en état de légitime défense ».

¹²⁰ À condition qu'il les reçoive à temps, puisque la demande de grâce n'est généralement pas suspensive du jugement qui doit être exécuté le jour même. Voir *Ordonnance criminelle*, 25 août 1670, Titre XXV, art. 21. : « Les jugements sont exécutés le même jour qu'ils auront été prononcés ». Voir également Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., 2014, p. 225. Cette rigueur excessive fera d'ailleurs l'objet d'une réformation par Louis XVI, voir *Déclaration du roi Louis XVI faite à Versailles le 1^{er} mai 1788*, § 6 : « Le principal abus qui rendrait en ce genre tous les autres irrémédiables jusqu'à la parfaite réforme de nos lois criminelles, a pour principe la disposition de l'article 21 du titre XXV de l'Ordonnance de 1670, qui, en ordonnant que les jugements seront exécutés le même jour qu'ils auront été prononcés aux condamnés, laisse aux juges la faculté de les mettre à exécution aussitôt qu'ils sont rendus. [...] **Mais dans la punition des autres délits, une pareille forme rend illusoire l'espoir de recourir à notre clémence ou d'éclairer notre justice** » [nous soulignons]. Enfin, il convient de noter que les magistrats pouvaient, en pratique, décider de suspendre le procès si l'infraction était susceptible de rémission ; de la sorte, le jugement n'était pas rendu, l'exécution n'avait donc pas à être réalisée dans la journée ce qui tempère nos propos précédents.

¹²¹ *Code pénal* de 1994, art. 121-3.

¹²² Selon Michel VILLEY (« Esquisse historique sur le mot responsable », art. cit., p. 50-54), même si la notion de faute est présente dans le vocabulaire romain, elle ne comporte pas la charge émotionnelle que nous lui attribuons de manière contemporaine ; la faute, à Rome, visait le déséquilibre matériel créé dans le monde par l'action dommageable – cela ne fait pas obstacle à l'appréciation des caractéristiques subjectives de la personne incriminée. C'est à la suite des invasions *barbares* et du déclin du droit romain que domine la lecture religieuse de la faute, et que le terme « responsable » acquiert une connotation morale divine. Cette même morale sera désacralisée, passera au tamis de la philosophie, et intégrera la pensée sur le droit naturel, la conscience de la Raison, etc. De fait, le mot responsable a commencé à adopter son acception contemporaine en passant entre les mains de la religion, avant de se diffuser plus largement dans le droit. C'est ainsi que nous parlons des racines religieuses de cette responsabilité morale subjective qui regarde les intentions.

vie sociale et vie religieuse¹²³. Dès lors, punir une personne atteinte d'une affection mentale semblerait illogique, au même titre que serait critiquée l'indulgence excessive pour une tentative qui, sans l'intervention d'un tiers ou de la mauvaise fortune, aurait produit sa funeste destinée¹²⁴.

Toutefois, ces notions qui paraissent aujourd'hui logiques seront critiquées au cours du XVIII^e siècle, dans un mouvement de remise en question des conceptions immatérielles qui composent le droit. Les notions les plus flottantes, comme l'intention, seront bannies ou amoindries dans leur portée ; cela se vérifie dans les premiers textes post-révolutionnaires, fraîchement influencés par les idéaux des Lumières (**Chapitre 1**). Néanmoins, cette semi-victoire d'une responsabilité plus objective, parce que plus matérielle, fera long feu. Aidée par la pratique, l'intention commencera timidement son retour dans la législation napoléonienne (**Chapitre 2**).

¹²³ Les grandes étapes de la vie sont alors marquées par un passage devant le ministère ecclésiastique : la naissance porte le sceau du baptême, l'installation en couple est officialisée par un mariage religieux, le décès est enregistré par l'office funéraire offert au défunt et sa famille.

¹²⁴ Les sociétés *archaïques* ne prenaient pas en considération cela et, à partir du moment où l'équilibre était rompu, la réparation était automatisée et objectivée. Au risque d'un anachronisme conscient, nous pourrions parler de peines réfléchissantes dans la recherche d'un rétablissement, coûte que coûte, de l'équilibre ; par la suite, la monétarisation de la réparation commence à s'installer de manière non obligatoire. Plusieurs exemples ici : *Code d'Hammourabi*, vers 2000 av. J.-C. : « § 196. Si un homme a crevé l'œil d'un homme libre, on lui crèvera un œil. § 197. S'il a brisé un membre d'un homme libre, on lui brisera un membre. § 200. Si un homme fait tomber les dents d'un homme de même condition que lui, on fera tomber ses dents » ; *Lévitique*, V^e siècle av. J.-C. : « 24.17 Celui qui frappe un homme mortellement sera puni de mort. 24.18 Celui qui frappera un animal mortellement le remplacera : vie pour vie. 24.19 Si quelqu'un blesse son prochain, il sera fait comme il a fait. 24.20 Fracture pour fracture, œil pour œil, dent pour dent ; il lui sera fait la même blessure qu'il a faite à son prochain » ; *Loi des Douze Tables*, Titre XXII, 451-449 av. J.-C. : « 1. Que celui qui est convaincu d'avoir commis quelques injures contre quelqu'un soit condamné à vingt-cinq as d'airain. 2. Que celui qui a rompu un membre à quelqu'un et n'a pas transigé à ce sujet avec lui, soit puni par la Loi du Talion ». Pour une synthèse de ces idées, voir également Adolphe PRINS, *Science pénale et droit positif*, Bruxelles, Bruylant, 1899, p. 4-5 : « [évoquant les sociétés anciennes, fonctionnant sans écrits] Ensuite sur le rétablissement de l'équilibre rompu par l'attaque. Il n'y a pas de responsabilité individuelle au sens moderne du mot. On répond au meurtre par le meurtre ; mais celui qu'on tue n'est pas nécessairement le coupable ; on tue un membre de la famille ennemie que le hasard fait rencontrer, même si c'est un enfant. On tue le propriétaire de l'étang où la victime aurait été noyée. Il y a en un mot une lutte entre deux familles, et cette lutte aboutit soit à la satisfaction du sentiment de vengeance, soit à une transaction pécuniaire, *compositio*. Le prix de la transaction est le *wehrgeld* ». Pour une référence plus contemporaine, voir Xavier PIN, *Droit pénal général*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 2022, p. 7-8. Enfin, il convient de préciser que l'application littérale de la *Loi du Talion* est sujette à caution, contrairement à ce qui a pu longtemps être affirmé en doctrine. Cette idée part de la logique selon laquelle ôter un œil, avec les outils de l'époque, reviendrait certainement à tuer la personne en cherchant à obtenir une réparation : l'équilibre serait de nouveau rompu ! Pour une référence générale sur cette controverse, voir notamment Rojzman BETTY, « La métaphore du talion », *Cités*, 2 (2007), spéc. p. 157 : « "Œil pour œil, dent pour dent" : il y aurait là comme une déclaration de principe, qui saisirait dans une même rigueur la raideur de la lettre et l'inexorabilité de la loi. L'interprétation littérale en effet, telle qu'elle est attribuée à la lecture hébraïque, fonde une équation de parité jouant à la fois sur les significations et sur les objets du monde. [...] La réalité herméneutique, elle s'avère radicalement différente : par décision légale et par tradition exégétique, le Talmud n'a jamais lu le texte biblique *au premier degré* [...] la fameuse loi du talion sera interprétée en termes de réparation matérielle, et non de mutilation ».

Chapitre 1. L'intention en question : la crise matérialiste du XVIII^e siècle

Bien que notre étude démarre ici au XVIII^e siècle, et que le cœur de notre thèse vise les XIX^e et XX^e siècles, nous avons conscience que nous ne faisons que saisir un morceau d'histoire à la volée, pour y apporter quelques précisions sur la thématique de l'intention. Concrètement, nous amorçons nos développements aux XVIII^e siècle, tout en sachant que l'intention s'inscrit dans une histoire bien plus longue, initiée en-dehors de nos bornes chronologiques. C'est pour cela que nous débutons ce chapitre par de brefs rappels historiques qui permettent de resituer le cheminement menant jusqu'au moment de notre analyse.

Ainsi, au fil de la construction de l'État royal et du droit français par les juristes, le Roi gagne en pouvoirs¹²⁵. Initié par sa volonté de récupérer la justice, ce mouvement qui pousse vers la recentralisation des pouvoirs entre les mains du roi continue avec la promulgation d'ordonnances¹²⁶ ; l'un des objectifs poursuivis est certainement de juguler l'utilisation chaotique de la législation, telle que décrite notamment par Marc Boulanger :

La législation trahit une certaine prise de conscience des difficultés que rencontre la justice criminelle : les ordonnances existantes sont manifestement trop complexes, trop disparates, et trop mal observées. Les querelles de compétence, les déficiences du respect de la hiérarchie, les heurts avec les justices non royales sont les carences les plus graves du système judiciaire ; des points essentiels de procédure, notamment la rigueur et le secret, ne sont pas appliqués. Les officiers, trop nombreux,

¹²⁵ Voir notamment Yves CARTUYVELS, *D'où vient le code pénal ? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIII^e siècle*, Bruxelles, De Boeck Université, 1996, spéc. p. 25-62 et 63-108 ; Yves JEANCLOS, *La justice pénale en France. Dimension historique et européenne*, Paris, Dalloz, 2011, spéc. p. 16-19 ; Jean HILAIRE, *Histoire du droit*, 14^e éd., Paris, Dalloz, 2017, spéc. p. 3-5, 72-78, 121, 124 et 132-135.

¹²⁶ Ce mouvement se fait dans la foulée de la mise par écrit des coutumes commandée par le roi avec l'*Ordonnance de Montils-lès-Tours* de 1453 au sortir de la guerre de Cent Ans ; néanmoins, cette entreprise est longue et fastidieuse du fait de sa complexité, aussi peut-on considérer que les rédactions officielles – que nous distinguons des coutumiers privés tels que celui de Philippe DE BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, Paris, Picard, 1899 [rééd. 1283] – prennent véritablement forme au XVI^e siècle. Voir Jean HILAIRE, *Histoire du droit*, *op. cit.*, p. 77 : « À partir du XVI^e siècle, surtout depuis la rédaction officielle des coutumes, la législation royale devient la source de droit **essentielle** (la seule vraiment vivante, en fait, et symbole de l'affermissement de l'**État**) » [nous soulignons].

semblent d'une honnêteté douteuse, de mœurs indignes, d'une compétence professionnelle restreinte, et de plus peu assidus à leurs tâches dont ils se déchargent sur leurs subalternes ; corruption et faveur ajoutent encore au désordre¹²⁷.

Parmi ces ordonnances nous retenons principalement ici les ordonnances criminelles¹²⁸, dont la grande *Ordonnance criminelle* de 1670¹²⁹. Cette dernière devait justement encadrer les magistrats¹³⁰, trop souvent critiqués et craints par la population, en leur rappelant l'existence du système des preuves légales¹³¹. Bien vite, néanmoins, cette organisation sera encore dévoyée, ce qui fera l'objet de premières critiques au XVIII^e siècle.

¹²⁷ Marc BOULANGER, « Justice et absolutisme : la Grande Ordonnance d'août 1670 », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 1 (2000), p. 10.

¹²⁸ Comme l'*Ordonnance de Blois*, mars 1498, art. 48, qui impose un certain niveau de connaissances en droit pour devenir magistrat, et qui, de manière générale, jette les bases de l'organisation de la procédure extraordinaire (sur ce dernier point, voir Marc BOULANGER, « Justice et absolutisme : la Grande Ordonnance d'août 1670 », art. cit., p. 10) ; *Ordonnance de Villers-Cotterêts* d'août 1539, bien connue pour avoir imposé le français en justice (articles 110 et 111), mais qui, par ailleurs, est une référence en matière de procédure criminelle ; de surcroît, on ressent cette tension contre l'action des juges, puisque les articles 141 et 142 évoquent les erreurs des magistrats, et la nécessité de les punir en cas de réitération : « 141. Et que pour ce que plusieurs juges subalternes, tant de nostres que autres, ont par ci-devant commis plusieurs fautes et erreurs en la confection des procez criminels, qui ont esté cause que nos cours souveraines ont plusieurs fois donné arrests interlocutoires pour la réparation desdictes fautes, dont s'est ensuivie grande retardation de l'expédition desdits procez, et punition des crimes. 142. Que les juges qui seront trouvés avoir fait fautes notables en l'expédition desdits procez criminels, seront condamnés en grosses amendes envers nous pour la première fois, et pour la seconde seront suspendus de leurs offices pour un an, et pour la troisième, privez de leursdits offices, et déclarez inhabiles à tenir les offices royaux ». Cela nous rappelle donc que le roi domine désormais son système judiciaire, au moins de manière théorique, dans un mouvement conjoint avec la montée progressive de l'absolutisme, bientôt aidé par l'action de jurisconsultes comme Jean Bodin (1529-1596).

Voire encore l'*Ordonnance d'Orléans* de janvier 1560 qui, en son article 63, rappelle la nécessité pour les juges d'instruire personnellement et sans attendre tous crimes et délits qui sont portés à leur connaissance, rappelant la place croissante de l'inquisiteur dans la procédure ; l'*Ordonnance de Moulins* de février 1566 ; l'*Ordonnance de Blois* du mois de mai 1579 ; Le *Code Michau* de 1629, qui sera rejeté par des parlements de province (Lauriane KADLEC, « Le "Code Michau" : la réformation selon le garde des Sceaux Michel de Marillac » [[en ligne](#)], *La vie de Michel de Marillac*, publié le 13 juin 2012 [consulté le 4 octobre 2019], URL : <http://journals.openedition.org/dossiersgrihl/5317>)), mais demeure intéressant sur le fond, en ce qu'il rappelle, comme d'autres textes, la nécessité de respecter les lois antérieures qui ne sont pas encore caduques par l'application des nouveaux textes.

¹²⁹ *Ordonnance criminelle de Saint-Germain-en-Laye*, 26 août 1670.

¹³⁰ *Ordonnance criminelle de Saint-Germain-en-Laye* du 26 août 1670, notamment en son Titre XIX « Des jugements et procès-verbaux de questions et tortures ».

¹³¹ Le système des preuves légales s'impose progressivement au cours du Moyen Âge, mais les magistrats n'ont de cesse que de le détourner. L'*Ordonnance criminelle* de 1670 vient en renforcer l'application en proposant un cadre plus rigoureux. Voir notamment Marc BOULANGER, « Justice et absolutisme : la Grande Ordonnance d'août 1670 », art. cit., p. 31 : « L'ordonnance de 1670 décrit, avec une clarté nouvelle, une procédure sévère et rigoureuse, dont la trame générale diffère peu de l'ordonnance de 1539 : elle rappelle et précise, plus qu'elle n'innove. Elle redéfinit chaque étape de la procédure dans les premiers articles de chaque titre. Elle laisse une part fort limitée à l'intime conviction des juges, mais reconnaît à plusieurs reprises, par de graves omissions notamment, que le simple bon sens est parfois le meilleur des jugements ». Nul doute que les magistrats pourront alors s'engouffrer dans cette brèche laissée béante, et ainsi donner du grain à moudre aux critiques du XVIII^e siècle !

D'un autre côté, le Roi en s'imposant de nouveau comme source de toute justice¹³², peut délivrer des lettres de grâce. Elles poursuivent un double objectif : rappeler le statut divin de la royauté qui peut accorder un pardon comparable au pardon de Dieu ; replacer le Roi au centre de la procédure judiciaire, réinstaurant là encore sa toute-puissance.

Ce système, marqueur d'une monarchie qui s'absolutise, quoique concurrencé par l'action incidente des juges¹³³, est mis en crise par le renouvellement de la pensée juridique, philosophique ou théologique du siècle des Lumières¹³⁴. S'il n'est plus convenable qu'un monarque dispose de prérogatives aussi fortes – dont la possibilité d'établir les lettres de cachet¹³⁵ et de grâce –, il l'est encore moins que les magistrats puissent statuer sans réelle forme de contrôle ou limites. L'arbitraire, jadis loué pour la permissivité offerte aux juges qui pouvaient statuer en équité et chercher sans contraintes le meilleur compromis, fait désormais figure de repoussoir à la suite d'une accentuation des critiques fondées sur des procès aussi emblématiques que problématiques¹³⁶ – bien que ne représentant pas nécessairement avec fidélité le travail des juges.

¹³² Pour une référence générale sur la reprise en main de la justice par le roi, voir Silvère MENEGALDO et Bernard RIBÉMONT (dir.), *Le roi fontaine de justice et pouvoir royal au Moyen Âge et à la Renaissance*, Paris, Klincksieck, 2012. Plus spécifiquement, l'Ordonnance de Montils-lès-Tours de 1453, donnée par Charles VII marque un virage important en ce sens, sans oublier le travail fondateur des jurisconsultes qui se succèdent dans cette tâche lente, mais constante de construction du droit français comme Barthélémy de Chasseneuz (1480-1541), André Tiraqueau (1488-1558), Charles Du Moulin (1500-1566) – chez les humanistes conservant une assise bartoliste –, ou encore Michel de L'Hospital (1505-1573), Jean Bodin (1529/30-1596) et Charles Loyseau (1564-1627) – pour les penseurs de la souveraineté moderne –, mais également Guy Coquille (1523-1603), Étienne Pasquier (1529-1615) et Antoine Loysel (1536-1617) – pour les penseurs d'un droit national. Cette énumération n'est, bien entendu, pas exhaustive.

¹³³ L'épisode de la fronde des parlements y est certainement pour quelque chose.

¹³⁴ Nous visons ici les Lumières en France, et non les courants similaires, comme les Lumières en Écosse, bien que ces dernières posent des jalons importants pour le renouvellement de la pensée philosophico-juridique française.

¹³⁵ Bien qu'importante dans la critique des penseurs des Lumières, les lettres de cachet ne font pas l'objet central de notre analyse. Certes, les hypothèses juridiques réglées par ces lettres sont intéressantes en ce qu'elles permettent de régulariser simplement, discrètement et arbitrairement des situations, sans prêter attention à l'intention justement ; néanmoins, les lettres de grâce s'inscrivent bien mieux dans notre travail. Pour plus de détails sur les lettres de cachet, voir notamment Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice*, op. cit., 2014, p. 171 ; ou encore Jeanne-Marie JANDEAUX, « La révolution face aux "victimes du pouvoir arbitraire" : l'abolition des lettres de cachet et ses conséquences », *Annales historiques de la Révolution française*, 2 (2012), p. 34, note n° 1, citant Jacques-Guy Petit qui estime à environ 200 000 les lettres envoyées entre 1660 et 1780 (Jacques-Guy PETIT, *Histoire des galères, bagnes et prisons, XIII^e-XX^e siècles : introduction à l'histoire pénale de la France*, Toulouse, Privat, 1991, p. 68).

¹³⁶ Les grandes affaires telles que Calas, le Chevalier de La Barre, Sirven, etc., et les critiques acrimonieuses de Voltaire, parfois infondées et souvent exagérées, ne contribuent qu'à « jeter de l'huile sur le feu » (sur le nécessaire recul à prendre quant aux critiques formulées par Voltaire, voir Benoît GARNOT, « Voltaire et la justice d'Ancien Régime : la médiatisation d'une imposture intellectuelle », *Le Temps des médias*, 2 [2010], p. 27 sur le manque de connaissances juridiques de Voltaire, et plus généralement, p. 28 et s. concernant la critique de la posture de Voltaire).

Alors que l'assise religieuse paraît s'éroder, une forme de matérialisme rationnel commence à s'imposer¹³⁷. S'inspirant des idées nouvelles portées par les penseurs des Lumières – Montesquieu (1689-1755), Voltaire (1694-1778), Beccaria (1738-1794), pour ne citer qu'eux –, les révolutionnaires renverseront l'Ancien Régime pour poser de nouvelles fondations sur lesquelles construire une société voulue plus égalitaire et, surtout, juridiquement encadrée. Les théories sur l'État fleurissent, le contrat social de Rousseau (1712-1778) en est un exemple¹³⁸, et l'on aspire à ce que le droit criminel ne soit plus l'apanage d'une justice obscure, radicale et meurtrière, mais le fidèle outil d'émancipation de la société, son rayonnement et sa protection¹³⁹. Les législateurs partiront en quête de ces idéaux et formuleront des propositions de textes respectant ce crédo généreux. Seulement, appeler de ses souhaits une législation plus sûre, moins sujette à interprétations, revient à objectiver le droit et son contenu : l'intention n'avait alors plus droit de cité. Il serait pourtant naïf de croire en une totale exclusion de cette notion d'un système juridique également bâti sur des idées volontaristes et initialement optimistes sur les capacités des humains de vivre en harmonie¹⁴⁰.

¹³⁷ Voir notamment Catherine KÖNIG-PRALONG, « L'histoire médiévale de la raison philosophique moderne (XVIII^e-XIX^e siècles) », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 3 (2015), spéc. p. 671-672 ; ou Souâd AYADA, Daniel LINDENBERG, Jean-Louis SCHLEGEL, Michaël FÆSSEL et Timothée MAUBREY, « Les religions avec, après ou contre les Lumières ? Table ronde avec Souâd Ayada, Daniel Lindenberg et Jean-Louis Schlegel », *Esprit*, 8 (2009), p. 199 : « On entre dans les Lumières historiques avec la revendication, par la raison humaine, d'être à la source de la vérité. La raison cesse d'être considérée comme un "don de Dieu" ».

¹³⁸ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Alcan, 1896 [rééd. 1762], qui déclare notamment dans sa conclusion, p. 239, qu'il a « posé les vrais principes du droit politique et tâché de fonder l'État sur sa base » avec le contrat social et les dispositions qu'il comporte dans son ouvrage. Nous pourrions encore citer, avant lui, Montesquieu qui évoque le rassemblement des hommes dans des sociétés étatisées, quelle que soit leur organisation politique – gouvernement despotique, monarchique ou républicain (MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, tome 1, *op. cit.*).

¹³⁹ Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milan, Mursia, 1973 [rééd. 1763], « Introduzione », « **Questi sono frutti che si debbono alla luce di questo secolo**, ma pochissimi hanno esaminata e combattuta la crudeltà delle pene e l'irregolarità delle procedure criminale, parte di legislazione così principale et così trascurata in quasi tutta l'Europa, pochissimi, rimontando ai principii generali, annientarono gli errori accumulati di più secoli, **frenando almeno, con quella sola forza che hanno le verità conosciute, il troppo libero corso della mal diretta potenza, che ha dato fin ora un lungo et autorizzato esempio di freddezza atrocità** » [nous soulignons].

¹⁴⁰ Pour une illustration particulièrement claire de la pensée du XVIII^e siècle, voir Jean-Jacques ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* [[en ligne](#)], Édition électronique, Les Échos du Maquis, 2011 [rééd. 1754] [consulté le 23 août 2019].

URL : <https://philosophie.cegeptr.qc.ca/wp-content/documents/Discours-sur-linégalité-1754.pdf>, p. 23 : « En dépouillant cet être, ainsi constitué, de tous les dons surnaturels qu'il a pu recevoir, et de toutes les facultés artificielles qu'il n'a pu acquérir que par de longs progrès, en le considérant, en un mot, tel qu'il a dû sortir des mains de la nature, je vois un animal moins fort que les uns, moins agile que les autres, mais, à tout prendre, organisé le plus avantageusement de tous. Je le vois se rassasiant sous un chêne, se désaltérant au premier ruisseau, trouvant son lit au pied du même arbre qui lui a fourni son repas, et voilà ses besoins satisfaits ». Ce passage est intéressant en ce qu'il expose que l'humain sort de la nature, et non d'un quelconque Dieu ; mais encore, il met en avant le caractère *naturellement* bon de l'Homme, se positionnant ainsi contre d'autres philosophes à l'instar du matérialiste Thomas HOBBS, *Léviathan* [[en ligne](#)], Chicoutimi, Édition électronique, 2012 [rééd. 1651]

Dès lors, nous marquerons un arrêt pour analyser la critique véhémement du système juridique, et particulièrement du droit pénal de cette fin d'Ancien Régime (**Section I**). Nous continuerons et terminerons au crépuscule de ce XVIII^e siècle pour observer les évolutions de la législation à la suite de la Révolution française de 1789, censée rompre radicalement avec l'ancien droit (**Section II**).

[consulté le 23 août 2019]. URL :

http://classiques.uqac.ca/classiques/hobbes_thomas/leviathan/leviathan_partie_1/leviathan_1e_partie.pdf, p. 106 : « Et c'est pourquoi si deux hommes désirent la même chose, dont ils ne peuvent cependant jouir tous les deux, ils deviennent ennemis ; et, pour atteindre leur but (principalement leur propre conservation, et quelquefois le seul plaisir qu'ils savourent), ils s'efforcent de se détruire ou de se subjuguier l'un l'autre » ; p. 107 : « Et de cette défiance de l'un envers l'autre, il n'existe aucun moyen pour un homme de se mettre en sécurité aussi raisonnable que d'anticiper, c'est-à-dire de se rendre maître, par la force ou la ruse de la personne du plus grand nombre possible d'hommes, jusqu'à ce qu'il ne voit plus une autre puissance assez importante pour le mettre en danger [...] ». Le contraste entre ces deux penseurs est assez saisissant.

Section I. Des idées nouvelles pour sécuriser le droit

La peur du « gouvernement des juges¹⁴¹ » dicterait pour beaucoup les propos de Montesquieu, Voltaire ou Beccaria. Nourris d'influences diverses – système anglo-saxon, positivisme de Locke (1632-1704), pensée matérialiste ou préutilitariste d'Helvétius (1715-1771) – la synthèse tiendrait dans une volonté de disposer d'une législation claire, certaine, et à disposition des citoyens.

Ce mouvement entraîne pendant la Révolution la montée en puissance de la jurispohobie et de la nomophilie. Défendant la même idée d'un droit épuré du recours aux juristes par la mobilisation de textes limpides, ces notions laissent pourtant émerger un sentiment contradictoire sur la question intentionnelle. En effet, alors que la nomophilie fait de la loi le centre névralgique du droit, loi qui doit être rationnelle et compréhensible, nous pourrions alors penser que les tendances spiritualistes seraient boutées en dehors de ce domaine. Cette affirmation est matériellement vérifiée puisque la lecture de la législation à partir de 1791 démontre une volonté d'inscription dans une mouvance plus objective. Néanmoins, la jurispohobie introduit avec elle l'institution du jury criminel ; or, ce jury, importé du système anglais, fonde son autorité sur l'intime conviction à défaut d'une formation juridique solide des jurés¹⁴². En outre, et de manière comparable à ce que nous avons relevé concernant les magistrats, injecter de l'intime conviction dans la procédure revient à ce que puisse

¹⁴¹ Pour une analyse de l'émergence – tardive – de cette expression, voir Wanda MASTOR, « Énième retour sur la critique du "Gouvernement des juges" », *Pouvoirs*, 3 (2021), spéc. p. 39 : « La critique du gouvernement des juges ne peut s'apprécier qu'en ayant à l'esprit le contexte américain, puisque c'est précisément celui qui l'a initiée et nourrie. [...] Si, en France, c'est bien le célèbre ouvrage d'Édouard Lambert [*Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Dalloz, 2005 (rééd. 1921)] qui va lui donner des allures de spectres, la paternité de l'expression tout comme sa réalité sont américaines ».

¹⁴² Voir notamment Dominique GARAT, « Opinion de M. Garat, l'aîné, député du pays de Labour, sur les plans présentés par MM. Duport et Sieyès, pour l'organisation judiciaire », art. cit., p. 491 : « et voilà pourquoi je me soulève contre la proposition de MM. Duport et Sieyès de nous donner pour juges, sous le nom de *jurés* ou de *jurys*, des hommes qui ignorent nos lois actuelles, et qui, quelles qu'elles soient, ignorent également nos lois futures, quoique pourtant ce soit par ces lois que doivent être jugées, et les questions que ces deux messieurs appellent de fait, et les questions qu'ils appellent de droit, à moins que, sur les premières, on ne veuille nous livrer à l'arbitraire de quelques-uns de nos juges, c'est-à-dire à l'iniquité, si elle leur plaît. [...] Ce n'est pas des jurés, c'est-à-dire des hommes condamnés à une éternelle ignorance de nos lois présentes et futures, qu'elle [la nation] nous demande pour juges ; mais des hommes distingués par leurs mœurs parmi ceux qui les sauront le mieux » ; ou encore p. 492 : « Lors même qu'ils se réuniraient à la majeure en faveur des plus éclairés et des plus honnêtes, que puis-je espérer des lumières de ceux-ci pour la sûreté de la justice, si leurs connaissances sont étrangères aux lois qui doivent régler la distribution ? Je vois toujours leur probité, par conséquent la bonté des jugements, à la merci des jurys, hommes de loi qui, de bonne ou de mauvaise foi, embrasseront de fausses opinions ». La critique contre les jurés est incisive et porte donc, tout à la fois, sur leur manque de connaissances en droit, ce qui contribue à forger de « fausses opinions », *opinions* étant un reflet de la subjectivité des décisions des jurés.

s'exprimer une certaine subjectivité dans la motivation¹⁴³. Cela est d'autant plus vraisemblable que l'exigence de motivation formelle – différente de la motivation interne – est d'apparition très contemporaine devant les cours d'assises¹⁴⁴. Ce faisant, l'intention pourra certainement trouver une place où se lover, se nourrissant de la subjectivité des jurés, de leurs croyances.

Pour mieux comprendre les courants intellectuels qui traversent la France du XVIII^e siècle, il sera intéressant de regarder les fondements exogènes qui innervent la pensée des Lumières formulant une critique acerbe à l'encontre du système judiciaire de la fin d'Ancien Régime (§ 1). Ce premier mouvement en entraînera un second, matérialisé par l'affirmation d'une pensée résolument nomophilique et jurisphobique ; toutefois, alors que l'objectif affiché est d'objectiver le droit en rationalisant sa concrétisation sensible dans les lois, les réalités pratiques sous forme de constats pragmatiques nous semblent bien vite prendre le pas : l'intention, figure de proue d'une responsabilité subjectivée, demeure (§ 2).

§ 1. La critique acide du système pénal de la fin de l'Ancien Régime

Nous supposons que la critique du système pénal de la fin de l'Ancien Régime provient d'un substrat exogène et endogène. Exogène en ce qu'il nous faut attendre les théorisations plus réalistes de la philosophie anglaise pour commencer à concevoir un système de pensée qui dépasserait l'aporie de Descartes¹⁴⁵. À la faveur des traductions d'ouvrages et d'écrits français qui se consacrent à l'étude des institutions d'outre-Manche, ces théories pénètrent la France. Locke et Hume (1711-1776) développent un empirisme moderne, s'opposant à la position dualiste – séparation de la matière et de

¹⁴³ Emmanuelle JOUANET, « La motivation ou le mystère de la boîte noire », art. cit., p. 251 et s. : la boîte noire de la motivation des juges nous semble être transposable aux jurés, dont on ne connaît pas, non plus, la motivation interne – forme de mise en abyme de la recherche de l'intention criminelle.

¹⁴⁴ L'exigence de motivation des arrêts des cours d'assises est encore jeune, puisqu'elle remonte à la loi du 11 août 2011 (voir Laure MILANO, « La motivation des arrêts de cours d'assises » [[en ligne](#)], *Revue des droits et libertés fondamentaux*, publié en 2013 [consulté le 24 octobre 2018], URL : <http://www.revuedlf.com/cedh/motivation-des-arrets-de-cours-d-assises/>). Cette exigence a été poussée encore plus loin concernant le choix de la peine, par une Question Prioritaire de Constitutionnalité du 2 mars 2018 (*Conseil constitutionnel*, 2 mars 2018, n° 2017-694 QPC, M. Ousmane K. et a.).

¹⁴⁵ Pour une brève comparaison des théories de Descartes et Locke, voir Vili LÄHTEENMÄKI, « L'attention dans la philosophie de l'esprit de John Locke », *Les Études philosophiques*, 1 (2017), p. 75-76. Voir également Geneviève BRYKMAN, « John Locke (1632-1704) » [[en ligne](#)], *Encyclopædia Universalis*, s. d. [consulté le 19 octobre 2020], spéc. « L'opposition à Descartes ». URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/john-locke/>.

l'esprit – de Descartes¹⁴⁶. Ce dernier, en effet, cherchait à comprendre notre processus de connaissance des choses, d'identification de l'idée à l'objet, mobilisant son célèbre exemple du « morceau de cire » :

Prenons par exemple ce morceau de cire, il vient tout fraîchement d'être tiré de la ruche, il n'a pas encore perdu la douceur du miel qu'il contenoit, il retient encore quelque chose de l'odeur des fleurs dont il a esté recüeilly : sa couleur, sa figure, sa grandeur sont apparentes, il est dur, il est froid, il est maniable, & si vous frappez dessus, il rendra quelque son. Enfin, toutes les choses qui peuvent distinctement faire connoistre un corps, se rencontrent en celui-cy. Mais voicy que pendant que ie parle on l'approche du feu, ce qui y restoit de saveur s'exhale, l'odeur s'évapore, sa couleur se change, sa figure se perd, sa grandeur augmente, il devient liquide, il s'échauffe, à peine le peut-on manier, & quoy que l'on frappe dessus il ne rendra plus aucun son. La mesme cire demeure-telle encore apres ce changement ? Il faut advoüer qu'elle demeure, personne n'en doute, personne ne iuge autrement. [...] Peut-estre estoits-ce que ie pense maintenant, à sçavoir que cette cire n'estoit par, ny cette douceur de miel, ny cette agreable odeur de fleurs, ny cette blancheur ny cette figure ny ce son : mais seulement un corps qui un peu auparavant me paroissoit sensible sous ces formes, & qui maintenant se fait sentir sous d'autres¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Descartes pose une théorie qui distingue la matière et l'esprit, qui sera communément acceptée comme « le dualisme cartésien ». Il cherche à nous faire comprendre que des idées innées nous permettent de comprendre le monde sensible que nous percevons ; il insère donc une compréhension métaphysique du monde sensible, en intégrant Dieu dans l'équation – en ce que Dieu nous aurait donné la faculté de correctement percevoir les choses et relier les idées aux sensations. Voir René DESCARTES, *Les méditations métaphysiques*, 3^e éd., Paris, Bobin, 1673 [rééd. 1641]. p. 18-19 ou, de manière encore plus générale, voire la « Seconde Meditation. De la nature de l'Esprit humain ; et qu'il est plus aisé à connoistre que le Corps », p. 10-25, et la « Sixiesme Meditation. De l'Existence des choses materielles : Et de la distinction réelle entre l'ame & le corps de l'Homme », p. 73-97.

¹⁴⁷ Pour la citation complète, voir René DESCARTES, *Les méditations métaphysiques*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 18-19 : « Considerons donc maintenant les choses que l'on estime vulgairement estre les plus faciles de toutes à connoistre, & que l'on croit aussi estre le plus distinctement connuës, c'est à sçavoir les corps que nous touchons & que nous voyons ; non pas à la vérité les corps en general, car ces notions generales sont d'ordinaire un peu plus confuses, mais considerons-en un en particulier. Prenons par exemple ce morceau de cire, il vient tout fraîchement d'être tiré de la ruche, il n'a pas encore perdu la douceur du miel qu'il contenoit, il retient encore quelque chose de l'odeur des fleurs dont il a esté recüeilly : sa couleur, sa figure, sa grandeur sont apparentes, il est dur, il est froid, il est maniable, & si vous frappez dessus, il rendra quelque son. Enfin, toutes les choses qui peuvent distinctement faire connoistre un corps, se rencontrent en celui-cy. Mais voicy que pendant que ie parle on l'approche du feu, ce qui y restoit de saveur s'exhale, l'odeur s'évapore, sa couleur se change, sa figure se perd, sa grandeur augmente, il devient liquide, il s'échauffe, à peine le peut-on manier, & quoy que l'on frappe dessus il ne rendra plus aucun son. La mesme cire demeure-telle encore apres ce changement ? Il faut advoüer qu'elle demeure, personne n'en doute, personne ne iuge autrement. Qu'est-ce donc que l'on connoissoit en ce morceau de cire avec autant de distinction ? Certes ce ne peut estre rien de tout ce que i'y ay remarqué que par l'entremise des sens, puisque toutes les choses qui tomboient sous le goulst, sous l'odorat, sous la veuë, sous l'attouchement, & sous l'ouye se trouvent changée, & que cependant la mesme cire demeure. Peut-estre estoits-ce que ie pense maintenant, à sçavoir que cette cire n'estoit par, ny cette douceur de miel, ny cette agreable odeur de fleurs, ny cette blancheur ny cette figure ny ce son : mais seulement un corps qui un peu auparavant me paroissoit sensible sous ces formes, & qui maintenant se fait sentir sous d'autres ».

Sa conclusion tient en ce que nous connaissons les choses autrement que par leur caractérisation matérielle, fruit de nos sensations : il y a donc l'âme, et le corps ; dans cette âme réside la connaissance. Hume et Locke, eux, posent sans le savoir les premières pierres d'un courant beaucoup plus vaste que l'on nommera le matérialisme ; tel Bacchus sortant de la cuisse de Jupiter, l'utilitarisme critiqué ou adulé, découle en quelque sorte de la matrice matérialiste qui lui offre ses nutriments essentiels : remettre l'extériorité au centre de l'attention, et non plus l'attention créant l'extérieur. Pour ces penseurs, la matrice idéaliste devait être remise en question, notamment pour que soient acceptées d'autres conceptions fondées, elles, sur un certain réalisme permettant de penser l'utilité par exemple. En effet, et à gros traits, alors que l'idéalisme sublime la pensée dans la création du monde, le réalisme part de l'extériorité pour fonder la connaissance.

Endogène, parce que ces idées imprégneront les penseurs des Lumières en France, et permettront, ensuite, l'absorption et l'incorporation de ces mécanismes en droit pénal. Le schéma qui se dessine est donc très progressif, puisque dans un premier temps ce sont les concepts qui voyagent¹⁴⁸, avant d'être rejoints par des institutions, à l'image du jury criminel.

Cette fresque guidera donc les Montesquieu, Voltaire, ou autres Beccaria dans leur quête d'un système social et judiciaire plus proche de la *Justice*, épuré de considérations religieuses et immatérielles qui « polluent » la pensée notamment juridique, à l'image d'un Locke polissant l'usage du langage pour tenter de déconstruire les incompréhensions sur les notions immatérielles qui excèdent nos capacités réflexives ; à défaut, nous sombrerions dans une vaine tentative de résolutions de problèmes inexistantes¹⁴⁹. Sans être radicale, l'opposition entre idéalisme et matérialisme vient ici jouer dans la conception que l'on peut retenir du crime ou du criminel, voire de la procédure.

Pour éclairer ces différents points, nous analyserons dans un premier temps ce substrat donné par les penseurs des Lumières écossais (A). Dans un second mouvement, nous pourrions alors étudier la réception de certaines de ces idées,

¹⁴⁸ Comme chez MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, *op. cit.*, ou encore chez Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, *op. cit.*

¹⁴⁹ John LOCKE, *Essai philosophique concernant l'entendement humain*, Amsterdam, Mortier, 1735 [rééd. 1689], p. XXXIV, p. XXXIX et p. 3 notamment.

regarder quels sont les stigmates de cette pensée chez des auteurs français, posant les prodromes de l'organisation pénale contemporaine (B).

A. L'émergence lente mais continue du matérialisme utilitariste

Après le coup de semonce du dualisme de Descartes, proposant une séparation radicale entre la matière et l'esprit¹⁵⁰, la philosophie se saisira de cette pensée pour la reprendre ou la critiquer. C'est notamment le cas de John Locke qui dénoncera la prédominance de la sensation pour arriver à la connaissance, et peut être vu comme l'un des fondateurs de l'empirisme contemporain¹⁵¹ avec David Hume¹⁵². En effet, dans sa démarche, le monde extérieur doit être expérimenté pour en saisir la connaissance ; pour lui :

les hommes peuvent acquérir toutes connaissances qu'ils ont, par le simple usage de leurs Facultez naturelles, sans le secours d'aucune impression *innée* ; & qu'ils peuvent arriver à une entière certitude de certains choses, sans avoir besoin d'aucune de ces Notions naturelles, ou de ces Principes *innés*. Car tout le Monde, à mon avis, doit convenir sans peine, qu'il seroit ridicule de supposer, par exemple, que les idées des Couleurs ont été imprimées dans l'Ame d'une Créature, à qui Dieu a donné la vûë & la puissance de recevoir ces idées par l'impression que les Objets extérieurs feroient sur ses yeux¹⁵³.

De fait, l'intention n'est plus totalement dominante ici, et si notre conception du monde passait prioritairement par les intentions, cela relèverait d'un psychologisme total, ne permettant pas de comprendre le monde sensible.

Dans une certaine mesure, les penseurs tels que Locke permettent à l'utilitarisme de se développer. Il semble en effet nécessaire de stopper, dans un

¹⁵⁰ Sur la mise en crise apportée par Descartes sur l'interaction entre l'esprit et le corps, voir notamment Valérie AUCOUTURIER, *L'intention en action*, Paris, Vrin, 2018, p. 7-9. Nous pouvons également renvoyer aux références précédemment données : René DESCARTES, *Les méditations métaphysiques*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 73-97, « Sixiesme Meditation. De l'Existence des choses materielles : Et de la distinction réelle entre l'ame & le corps de l'Homme ».

¹⁵¹ Jean ROHMER, « L'intentionnalité des sensations de Locke à Berkeley », *Revue des sciences religieuses*, 3 (1953), p. 251-252.

¹⁵² David Hume n'intervient que plus tard avec, notamment, son *Traité de la nature humaine* (David HUME, *Traité de la nature humaine*, Paris, Aubier-Montaigne, 1946 [rééd. 1739]) ; s'inspirant notamment de Locke et de Berkeley, il arbore une pensée moins religieuse que celle du premier. Cela peut s'expliquer certainement par le scepticisme religieux de son environnement, puisqu'il écrit au cours du XVIII^e siècle.

¹⁵³ John LOCKE, *Essai philosophique concernant l'entendement humain*, *op. cit.*, p. 7-8.

premier temps, la toute-puissance du royaume des pensées et donc des intentions, pour finalement revenir à une étude plus centrée sur le monde matériel. Ce dernier est dénué d'intentions, en dehors de celles que les humains projettent sur lui.

Locke est également intéressant en ce qu'il pose d'autres problématiques, telles que celle du langage de l'esprit. Dans sa conception, l'esprit est bien plus complexe que ce que ne peuvent retranscrire les mots. De différents extraits puisés dans son *Essai philosophique concernant l'entendement humain*¹⁵⁴, nous pouvons tirer l'idée que certains problèmes relatifs aux mots découlent d'imperfections constitutives de la construction d'un langage, mais que se surajoute une difficulté liée à une défaillance humaine plus ou moins volontaire dans l'usage fait de ces mots, dans une langue déjà imparfaite.

Or, il s'agit pour nous d'une thématique essentielle lorsque l'on traite de l'intention : à défaut de pouvoir être vue, cette dernière est racontée. Or, en tenant compte des idées lockiennes, nous pouvons considérer qu'elle peut être « mal » racontée¹⁵⁵. Cette perspective, bien qu'intéressante, ne trouvera pas d'écho dans la critique des Lumières au XVIII^e siècle ; ce sera néanmoins un cheval de bataille puissant de la philosophie analytique au XX^e siècle, derrière l'œuvre de Ludwig Wittgenstein (1889-1951).

Il reste que l'ensemble de ces éléments posent les jalons de ce que nous appellerons plus tard le matérialisme du siècle des Lumières¹⁵⁶. Ce matérialisme, loin de se limiter à l'opposition entre matériel et immatériel, touche également et en premier lieu la matière. Doctrine fondée sur une vision corpusculaire¹⁵⁷, on peut la

¹⁵⁴ John LOCKE, *Essai philosophique concernant l'entendement humain*, op. cit., p. 323 sur la construction des mots à partir du sensible ; p. 327 et s. sur l'association des sons au mot et à un sens (en précisant que l'association au sens est ce qui distingue les capacités humaines des capacités animales, mobilisant l'exemple du perroquet) ; p. 385 et s. sur l'imperfection des mots et les problématiques de signification opérantes ; p. 397 et s. sur l'abus des mots, opéré par les humains qui les mobilisent.

¹⁵⁵ En tenant compte des idées lockiennes, certes, mais également plus tard à tout le courant analytique qui propose de focaliser la réflexion philosophique sur un problème fondamental de conception et de compréhension de la langue. Sur ce dernier point, voir notamment les « Avant-propos » qui affichent une posture radicale de Ludwig WITTGENSTEIN, dans son *Tractatus logico-philosophicus*, Paris, Gallimard, 1993 [rééd. 1922].

¹⁵⁶ Expression inspirée d'un numéro thématique de la revue *Dix-Huitième Siècle* : Olivier BLOCH et Charles PORSET (dir.), « Le matérialisme des Lumières », *Dix-Huitième Siècle*, 24 (1992).

¹⁵⁷ Voir notamment Paolo CASINI, « Newton, Diderot et la vulgate de l'atomisme », *Dix-Huitième Siècle*, 24 (1992), p. 29 et s. Voir également Georges GUSDORF, « Matérialisme » [[en ligne](#)], *Encyclopædia Universalis*, s. d. [consulté le 25 octobre 2019], § 10 : « Le modèle corpusculaire, commun à quelques variantes près, à la plupart des philosophes et des savants du XVII^e et du XVIII^e siècle, permet l'élimination de toute finalité et la stricte application du déterminisme. [...] Le monde est devenu une combinaison de matière et de mouvement, docile aux exigences du calcul. Après les tâtonnements, dès

comprendre comme dérivant de l'atomisme grec. De fait, la matière a une importance, puisqu'elle existe en dehors de la pensée ; le règne de l'intentionnalité est donc amoindri, ce n'est plus uniquement la connaissance du monde qui lui donne sa consistance, sinon le monde qu'il convient d'explorer pour ensuite en avoir connaissance¹⁵⁸.

Ces apports sont nécessaires en ce qu'ils modifient la perception que l'on peut avoir du phénomène criminel. Dans une vision purement idéaliste, la connaissance que l'on a de l'extérieur devient notre monde, alors que dans une démarche plus réaliste, c'est l'extériorité qui apporte des réponses à nos interrogations internes. Schématiquement, nous pouvons donc poser l'hypothèse qu'une doctrine majoritairement idéaliste se tournerait, d'un point de vue procédural, vers l'inquisitoire : la connaissance des magistrats instructeurs, leur représentation du réel, prime sur le reste. Un système qui serait plus réaliste favoriserait l'accusatoire, puisque le réel existe à l'extérieur du magistrat, et c'est ce réel qui vient l'informer. Cette hypothèse est confortée en analysant côte à côte ces philosophies et le système pénal en place : dans une Angleterre conquise au réalisme, la procédure est plutôt accusatoire ; à l'inverse, dans une France traversée d'idéalisme, la procédure judiciaire est nettement plus inquisitoire.

Dans tous les cas, il nous semble délicat de chercher à nier la place importante de l'intention, comme celle de la religion qui lui est fortement reliée. Trop souvent on aura pu lire que les idéalistes permettent à un système religieux de tenir, en mettant Dieu au-dessus de toutes choses, et coordonnant notre perception de l'extérieur : Dieu nous donne la connaissance du monde en notre for intérieur, avec lequel nous allons ensuite interagir¹⁵⁹. À l'autre extrême, en donnant le primat à une vision réaliste, Dieu n'existe plus puisque la connaissance du monde peut se situer exclusivement dans l'expérience¹⁶⁰. Néanmoins cette présentation est trop réductrice en ce qu'elle oublie que les perspectives idéalistes peuvent décapiter ce qui viendrait au-dessus des humains, Dieu, et recentrer le monde de la connaissance dans l'esprit humain : des

la fin du XVII^e siècle, la synthèse de Newton consacre le triomphe du nouveau style de la pensée scientifique ».

URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/materialisme/>.

¹⁵⁸ Sur l'émergence de la perception sensible comme fondement de la connaissance, voir notamment l'approche synthétique d'Olivier HOUDÉ, *Histoire de la psychologie*, Paris, PUF, 2021, p. 84-93.

¹⁵⁹ Cette approche serait semblable, alors, à l'innéisme de Descartes.

¹⁶⁰ Mais ce serait vite oublier que certains réalistes affirment que Dieu a créé l'humain capable de voir, entendre, sentir, etc. à l'image de Locke par exemple.

interactions avec l'extérieur, nous recevons des perceptions qui constituent notre monde ; le monde existe donc selon la représentation idéalisée – en termes d'idées – que nous nous en faisons¹⁶¹. Cela pourrait nous renvoyer vers une conception berkeleyenne du monde, nous affirmant :

Que ni nos pensées, ni nos passions, ni les idées formées par l'imagination n'existent hors de l'esprit, c'est ce que chacun accordera. Pour moi, il n'est pas moins évident que les diverses sensations ou idées imprimées sur les sens, quelques mêlées ou combinées qu'elles soient (c'est-à-dire quelques objets qu'elles composent par leurs assemblages), ne peuvent pas exister autrement qu'en un esprit qui les perçoit¹⁶².

Également, le matérialisme peut ne pas renier pleinement la religion. Il en va par exemple ainsi de Voltaire qui, décriant la religiosité poussée à son extrême – le fanatisme –, ne rejette pas l'idée d'une existence divine en tant que déiste. En d'autres termes, les matérialistes ne sont pas tous athées, et l'idéalisme n'entraîne pas implacablement l'exaltation de Dieu.

De fait, bien qu'une partie des juristes français tende à se tourner vers le matérialisme dans la seconde moitié du XVIII^e siècle¹⁶³, cela n'apporte pas nécessairement la mort de la liberté ou de l'intention. Cependant, cette dernière n'aura pas la même place que celle que nous pouvions lui accorder dans un système plus idéaliste. Partant de la matière, les intentions existent, mais elles ne doivent pas être le commencement de la réflexion, sinon, éventuellement, des considérations examinées en fin de cheminement intellectuel. D'autres auteurs bien sûr, à l'instar de Muyart de Vouglans, campent sur leurs positions, en atteste son ouvrage de réfutation des idées de Beccaria, *Réfutation Des principes hasardés dans le Traité des Délits et des Peines*¹⁶⁴,

¹⁶¹ Nous serions alors bien plus proches des théories posées par Berkeley ou Condillac. Sur Berkeley, voir notamment Jean ROHMER, « L'intentionnalité des sensations de Locke à Berkeley », art. cit., p. 262 : « Ainsi l'objet réel défini par les qualités primaires de Locke s'évanouit pour ne laisser subsister qu'un monde de pures représentations. Ayant supprimé ce qui subsistait du réalisme des anciens dans la science cartésienne, Berkeley peut conclure que la sensation est exclusivement œuvre de l'esprit, et que la matière devenue inutile peut être supprimée à son tour sans dommage pour notre représentation du monde ». Sur Condillac, voir notamment Sylvain AUROUX, « Condillac, inventeur d'un nouveau matérialisme », *Dix-Huitième Siècle*, 24 (1992), spéc. p. 154-158.

¹⁶² George BERKELEY, *Les principes de la connaissance humaine*, Paris, Armand Colin, 1920 [rééd. 1710], p. 23.

¹⁶³ Le matérialisme semble pouvoir être la « doctrine » majoritaire de ce XVIII^e siècle, emportant avec elle les conséquences que nous connaissons en termes de renouvellement de la pensée, de la place de l'Homme, du savoir, mais également du droit et de sa compréhension – interférant nécessairement avec les questions qui gravitent autour de l'intention. Néanmoins, d'autres auteurs demeurent campés sur leurs positions et réfutent le matérialisme, même inscrit dans une perspective de progrès du droit pénal.

¹⁶⁴ Pierre-François MUYART DE VOUGLANS, avec sa *Réfutation Des Principes hasardés dans le Traité des Délits et des Peines*, Paris, Desaint, 1767, p. 4 : « Je me pique de sensibilité comme un autre ; mais sans doute

distillant une critique acerbe de l'ouvrage milanais. Le ton est donné dès l'introduction :

Je me pique de sensibilité comme un autre ; mais sans doute que je n'ai point l'organisation des fibres aussi déliée que celle de nos Criminalistes modernes, car je n'ai point ressenti ce *doux frémissement* dont ils parlent¹⁶⁵.

Il reste que ce sont tous ces éléments que nous importons d'Angleterre, notamment aidés par les traductions d'ouvrages, la circulation des idées, ou encore les écrits de Montesquieu. La pensée matérialiste n'est pas sans racines, et nous pouvons en trouver certaines origines dans cette opposition au dualisme cartésien, portée par la pensée anglaise, ensuite introduite en France, paradoxalement berceau du cartésianisme¹⁶⁶.

Dans une perspective d'histoire contrefactuelle réduite à sa plus simple expression, sans l'empirisme de Locke ou Hume, l'utilitarisme d'Helvétius dans *De l'Esprit*¹⁶⁷, puis de Bentham (1748-1832) avec *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*¹⁶⁸ ne peuvent exister. Sur ce dernier point, nous précisons que souvent Bentham est présenté comme le père de l'utilitarisme, au détriment des

que je n'ai point l'organisation des fibres aussi déliée que celle de nos Criminalistes modernes, car je n'ai point ressenti ce *doux frémissement* dont ils parlent » ; p. 17-18 : « Je m'arrête ici, Monsieur, persuadé qu'en voilà bien assez pour vous mettre en état d'apprécier cet Ouvrage, & de sentir tout le danger de ses conséquences ; sur-tout pour ce qui concerne le Gouvernement, les Mœurs, & la Religion. Je laisse à Ceux qui sont chargés spécialement de cette partie de notre Droit public, le soin d'exercer leur censeur, & d'employer toute leur autorité pour en arrêter la contagion. Qu'il me soit seulement permis de proposer ici quelques réflexions sur la partie qui est le plus de mon ressort, & de chercher à vanger notre Jurisprudence des imputations aussi gratuites qu'indécentes que l'Auteur lui a prodigué dans cet Ouvrage » ; p. 24 : « Tel est le tableau odieux que cet Auteur ose tracer de notre jurisprudence actuelle » ; etc. Muyart de Vouglans ne mâche pas ses mots et profère des menaces à peine voilées à l'encontre de cette pensée nouvelle qu'il exècre – en rappelant que Beccaria est un tenant du matérialisme. Voir également Didier MASSEAU, « Qu'est-ce que les anti-Lumières ? », *Dix-Huitième Siècle*, 1 (2014), p. 107-123.

¹⁶⁵ Pierre-François MUYART DE VOUGLANS, avec sa *Réfutation Des Principes hasardés dans le Traité des Délits et des Peines*, op. cit., p. 4.

¹⁶⁶ L'anglophilie n'est pas totale, puisque coexiste dans une certaine mesure une anglophobie plus ou moins prononcée. Voir Frances ACOMB, *Anglophobia in France 1763-1789. An essay in the history of Constitutionalism and Nationalism*, Durham, Duke University Press, 1950. Voir également les précisions apportées par Édouard TILLET, *La Constitution Anglaise, un modèle politique et institutionnel dans la France des Lumières*, Marseille, PUAM, 2001, notamment note n° 60.

¹⁶⁷ Sur le matérialisme d'Helvétius voir Roland MOUSNIER et Ernest LABROUSSE, *Le XVIII^e siècle, l'époque des « Lumières » (1715-1815)*, 6^e éd., Paris, PUF, 1986, p. 76. Helvétius révèle ses traits déterministes et utilitaristes dans son ouvrage *De l'Esprit* (Claude-Adrien HELVÉTIUS, *De l'Esprit* [[en ligne](#)], Saguenay, Les classiques des sciences sociales, 2009 [rééd. 1757], p. 481-482 concernant le déterminisme ; p. 120, 148 ou encore 227 à propos de son « utilitarisme » prébenthamien, en ce sens qu'on attribue généralement la paternité de l'utilitarisme à Bentham, alors que de premières traces sont à relever chez cet auteur). URL :

http://classiques.uqac.ca/classiques/helvetius_claude_adrien/de_l_esprit/helvetius_de_l_esprit.pdf.

¹⁶⁸ Jeremy BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London, Payne, 1780.

apports d’Helvétius. Cela peut vraisemblablement être expliqué parce que le principe utilitariste est clairement traité et explicité chez Bentham ; dans l’œuvre d’Helvétius, il était suggéré et devait être lu entre les lignes. Bentham est donc bien plus direct, et systématise une pensée logique et cohérente, organisée autour de l’idée utilitariste, y consacrant même un chapitre : « Chap. I. Of The Principle of Utility »¹⁶⁹.

C’est donc l’ensemble de ces influences qui, reçues au fil de l’eau par les Lumières du XVIII^e siècle, seront assimilées et serviront à repenser notre système pénal. Dans une certaine mesure, ces nouvelles idées sont au fondement d’une acceptation – de la greffe juridique¹⁷⁰ ? – de l’idée d’un jury criminel, dépossédant les magistrats de leur mainmise sur l’instance, par cette transition entre idéalisme et matérialisme. Dans cette continuité, il est intéressant de rechercher les institutions juridiques qui pourraient être d’inspiration réaliste.

B. La concrétisation des philosophies du réel chez les penseurs des Lumières

L’œuvre considérable de Montesquieu voit dans l’organisation politique et judiciaire anglaise un modèle, qui signe le début d’une certaine forme d’anglophilie¹⁷¹ – anglomanie est généralement à réserver pour une connotation plus péjorative.

¹⁶⁹ Jeremy BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, spéc. p. 1 et s., « Chap. I. Of the Principle of Utility ».

¹⁷⁰ L’utilisation de l’expression « greffe » juridique est sujette à caution. Alors que certains auteurs s’en prévalent et affirment la possibilité de greffes (à l’image, par exemple, de Stefan GOLTZBERG, *Le droit comparé*, Paris, PUF, 2018, p. 65-96, « Chapitre III. Les greffes juridiques » ; ou encore Stefan GOLTZBERG, « Greffes de sources talmudiques dans les théories du droit naturel du XVII^e siècle », *Dix-Septième Siècle*, 2 [2018], p. 231-244 ; Stefan GOLTZBERG, « La définition aristotélicienne : greffe de raisonnement juridique en droit romain », dans Anne-Blandine Caire et Cyrille Dounot [dir.], *Les définitions. Les artifices du droit*, Paris, LGDJ, 2018, p. 101-112), d’autres, au contraire, s’y opposent. Pour un aperçu global sur la question, voir Catherine VALCKE, « La Greffe juridique en droit comparé », dans AHJUCAF (dir.), *Internationalisation du droit, internationalisation de la justice*, Ottawa, Cour suprême du Canada/Supreme Court of Canada, 2010, p. 86-94 ; ou Assaf LIKHOVSKI et Ron HARRIS (dir.), « Histories of Legal Transplantations », *Theoretical Inquiries in Law*, 2 (2009).

¹⁷¹ Claude NORDMANN, « Anglomanie et anglophobie en France au XVIII^e siècle », *Revue du Nord*, 66 (1984), p. 787 et s. Notons que l’anglomanie est confortée par la vision du baron d’Holbach qui, tout en traduisant les auteurs anglais, transforme finalement leur pensée en y introduisant ses propres réflexions, de manière dissimulée. La réception de certains textes n’est donc pas fidèle aux écrits originaux du fait de cette réécriture – qui sert également à déjouer la censure en se cachant derrière des propos soi-disant rapportés –, mais correspond aux attentes d’un certain nombre de penseurs français de la seconde moitié du XVIII^e siècle. Sur ce dernier point, voir Mladen KOZUL, « D’Holbach et les déistes anglais : la construction des “lumières radicales” à la fin des années 1760 », dans Stefanie Stockhorst (dir.), *Cultural Transfer through Translation: The Circulation of Enlightened Thought in Europe by Means of Translation*, New York, Rodopi, 2010, p. 279-295.

Le système français ne convient plus ; dans une situation d'impasse, l'un des réflexes premiers peut être de se tourner vers l'extérieur pour y chercher des réponses¹⁷². Le travail de présentation systématisé des institutions anglaises par Montesquieu se fait en parallèle d'une circulation de plus en plus intensive des idées d'outre-Manche vers la France, grâce à la traduction des œuvres des auteurs des Lumières écossais. Ce travail de traduction débute avant l'encyclopédisme, mais se trouve fortement nourri par les auteurs qui y contribueront, au premier rang desquels nous trouvons le baron d'Holbach (1723-1789) – désormais critiqué pour les libertés prises dans ses traductions qui servaient, finalement, à transmettre sa pensée sans risquer la censure¹⁷³.

En outre, la percée du matérialisme est vectrice de renouveau pour les sciences, et peut expliquer dans une certaine mesure l'encyclopédisme. Par définition, vouloir composer une encyclopédie passe par une connaissance du monde dans sa réalité propre, matérielle et extérieure. Cette démarche s'inscrit aux antipodes d'une pensée idéaliste qui chercherait plutôt à se projeter dans le monde tel que l'esprit le comprend. En d'autres termes, la science est marquée d'idéalisme lorsqu'elle cherche à découvrir, la pensée projetant sa connaissance sur le monde ; les représentations priment sur le substrat matériel ici. En revanche, la science serait teintée de réalisme si elle tendait vers la connaissance, puisqu'ici la pensée viendrait se confronter au monde sensible, étudiant en premier lieu les choses de l'extérieur. Cette démarche nous semble répondre au modèle réaliste du matérialisme. D'ailleurs, D'Alembert (1717-1783) avouera lui-même être inspiré par Locke – empirisme – et Condillac (1714-1780)¹⁷⁴ – sensualisme. Le sensualisme prône, lui, la connaissance du monde par la sensation : le monde existe à l'extérieur de l'humain, qui le perçoit par ses sensations, il n'y a donc pas de connaissance *a priori* encore une fois. Tout au long de son œuvre, Condillac passe en revue les différents sens, comme la vue ou l'odorat, et essaye d'imaginer ce que ferait la « statue » interne des humains, bornée à un seul sens. Finalement il peut

¹⁷² Édouard TILLET, « L'histoire du droit au risque de la sociologie » [[en ligne](#)], *Champ pénal/Penal Field*, publié le 14 septembre 2005 [consulté le 24 septembre 2018], p. 8-9 [§ 19], URL : <http://journals.openedition.org/champpenal/263>.

¹⁷³ Voir Mladen KOZUL, « D'Holbach et les déistes anglais : la construction des "lumières radicales" à la fin des années 1760 », art. cit., p. 279-295.

¹⁷⁴ Voir notamment Dominique TRIAIRE, « D'Alembert et la pensée philosophique de son temps », *Bulletin de l'Académie des Sciences et Lettres de Montpellier*, 2 (2017), p. 7-12 : dans le cadre de la construction de l'*Encyclopédie*, d'Alembert se lie d'amitié avec Condillac, grand relai français de la pensée de Locke.

affirmer que le touché est le sens primordial¹⁷⁵. Condillac est ici relativement clair, en affirmant que :

Nous ne saurions nous appliquer toutes les suppositions que j'ai faites : **mais elles prouvent au moins que toutes nos connaissances viennent des sens, & particulièrement du toucher** ; parce que c'est lui qui instruit les autres. Si en ne supposant que des Sensations dans notre Statue, elle a acquis des idées particulières & générales, & s'est rendue capable de toutes les opérations de l'entendement ; si elle a formé des désirs, & s'est fait des passions, auxquelles elle obéit ou résiste ; enfin si le plaisir & la douleur sont l'unique principe du développement de ses facultés : il est raisonnable de conclure que nous n'avons d'abord eu que des Sensations, & que nos connaissances & nos passions sont l'effet des plaisirs et des peines qui accompagnent les impressions des sens¹⁷⁶ [nous soulignons].

Nous retrouvons bien la filiation avec le réalisme anglais.

Ce cadre intellectuel pousse à imaginer d'autres horizons, notamment juridiques et judiciaires, tout en offrant aux critiques des perspectives d'épanouissement. Ce sera notamment le cas de Voltaire qui, prenant fait et cause pour le Chevalier de la Barre, Sirven, Calas, etc., affrontera directement le système en place¹⁷⁷, en ayant certainement en tête le fonctionnement institutionnel anglais¹⁷⁸. L'inquisitoire, vraisemblablement marqué par son fonctionnement idéaliste, justifie la position d'un juge omniscient et omnipotent, qui peut donc traduire les faits et les intentions comme une vérité qu'il convient de faire triompher¹⁷⁹. Dans une démarche

¹⁷⁵ Étienne BONNOT DE CONDILLAC, *Traité des sensations*, tome 1, Paris, de Bure, 1754, p. 204 et s.

¹⁷⁶ *Ibid.*, tome 2, p. 255-257.

¹⁷⁷ VOLTAIRE, *Prix de la Justice et de l'Humanité*, Londres, [pas d'édition sur le manuscrit consulté], 1777, spéc. p. 92-96.

¹⁷⁸ N'oublions pas que, un temps, Voltaire dût partir en Angleterre, ce qui peut également expliquer ses connaissances concernant le système pénal outre-Manche.

¹⁷⁹ C'est, du moins, ce que nous permet d'affirmer l'affaire « La Pivardière » telle que rapportée – certainement subjectivement et de manière orientée – par Voltaire. Voir VOLTAIRE, *Prix de la Justice et de l'Humanité*, *op. cit.*, p. 93-94 : dans le fait, Madame de Chauvelin est accusée d'avoir fait assassiner son mari, La Pivardière ; plusieurs témoins abondent en ce sens. « Cependant, il n'y avait eu ni coup de fusil tiré, ni sang répandu, ni personne tuée. Le reste est bien plus extraordinaire. La Pivardière revient chez lui ; il se présente aux juges de la province, qui poursuivaient la vengeance de sa mort. Les juges ne veulent pas perdre leur procédure ; ils lui soutiennent qu'il est mort, qu'il est un imposteur de se dire encore en vie ; qu'il doit être puni de mentir ainsi à la justice ; **que leurs procédures sont plus croyables que lui**. Ce procès criminel dure dix-huit mois avant que ce pauvre gentilhomme puisse obtenir un arrêt *comme quoi il est en vie* » [nous soulignons]. Même si la probité de Voltaire peut parfois être remise en cause (sur ce point, voir Benoît GARNOT, « Voltaire et la justice d'Ancien Régime : la médiatisation d'une imposture intellectuelle », art. cit. ; et son contradicteur, Michel PORRET, « Voltaire et le droit de punir. Un activiste du moment Beccaria », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 3 (2016), p. 6-8 et p. 12), Muyart de Vouglans avoue lui aussi que, parfois, « l'Accusé a été condamné comme coupable de Meurtre d'une personne, qui, dans la suite, a été trouvée vivante » (Pierre-François MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles de France, dans leur ordre naturel*, *op. cit.*, p. 778).

accusatoire, la « vérité » serait à rechercher depuis l'extérieur, sans préconception, sans *a priori* de connaissance sur les faits ou sur l'intention : le magistrat deviendrait alors arbitre de la preuve et non co-constructeur ou principal concepteur de cette preuve. Ce point est d'autant plus important que, si les faits peuvent être rapportés, les intentions sont construites ou représentées mentalement¹⁸⁰. Dans le premier système, la construction mentale est autonome ; dans le second, elle s'appuie sur un travail de compréhension de l'extériorité en tant qu'entité distincte¹⁸¹.

Cette critique du système posera les premiers jalons d'une contestation encore plus générale ordonnée par Cesare Beccaria¹⁸². Abreuvé par ces influences diverses, à dominance matérialiste et utilitariste – car lecteur d'Helvétius¹⁸³ –, il proposera un système ne reposant plus sur la connaissance absolue d'un groupe déterminé de personnes, mais sur des textes : le règne de l'esprit cède face à la nécessité de la concrétisation d'un monde extérieur, tangible. Il n'est pas anodin que la volonté de se doter de textes écrits et organisés émerge avec plus de force dans un moment où la dominance de l'esprit sur le monde est en déclin : nous y voyons une nouvelle facette du renversement paradigmatique de l'idéalisme total vers un idéalisme mesuré. D'aucuns nomment cette tendance le « matérialisme des Lumières »¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Souvent on insiste alors sur la preuve du « Corps du Délit » ou « Corps de Délit », qui traduit la preuve matérielle par son intitulé même, au détriment d'une preuve plus intentionnelle. Voir notamment Pierre-François MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles de France, dans leur ordre naturel*, op. cit., p. 777 : « La preuve en Matière Criminelle doit avoir nécessairement ces deux Objets qu'il ne faut point diviser ; l'un de s'assurer de l'existence du Crime, c'est-à-dire, d'établir le fait particulier que le Crime a été commis (ce qu'on appelle autrement constater le Corps de Délit) [...] » ; ou encore Daniel JOUSSE, *Traité de de la justice criminelle de France*, tome 2, op. cit., p. 4 : « À moins donc que le corps de délit ne soit suffisamment constaté, on ne peut passer à la condamnation de l'accusé, quelques preuves qu'il y eût d'ailleurs contre lui ; quand même il conviendrait avoir commis le crime pour lequel il est poursuivi ».

¹⁸¹ En somme, dans une conception qui fait prévaloir les éléments intellectuels, il n'est pas étonnant que des magistrats puissent avoir une représentation immatérielle des faits, calquée bien entendu sur les faits bruts qu'ils constatent et/ou leur sont rapportés, ce qui correspondrait à la procédure inquisitoire. Dans la procédure accusatoire, le magistrat ne vient plus chercher activement la preuve, mais on la lui apporte, ce qui procède principalement des débats contradictoires et ouverts. De fait, la matière mise devant le juge a un poids supposément prédominant cette fois ; le matérialisme n'interdisant pas l'existence d'idées, c'est donc à partir de cette matière qu'il pourra asseoir sa connaissance (voir ci-avant notre distinction entre la connaissance et la découverte).

¹⁸² Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milan, Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, 2001 [rééd. 1774].

¹⁸³ Voir Xavier MARTIN, « À propos d'un livre. Target, Bentham et le Code civil », art. cit., p. 133 ; également Gianni FRANCONI, « Beccaria, philosophe utilitariste », art. cit., note n° 8, p. 26, citant la lettre de Beccaria à Morellet dans laquelle le premier écrit « C'est lui [Helvétius] qui m'a poussé avec force dans le chemin de la vérité et qui a le premier réveillé mon attention sur l'aveuglement et les malheurs de l'humanité. Je dois à la lecture de *L'Esprit* une grande part de mes idées ».

¹⁸⁴ Quoi de plus matériel, en effet, que de chercher à poser et imposer une législation sûre et accessible, à l'abri du caractère impétueux de la magistrature tel que décrit par Voltaire ou Beccaria ?

Il est nécessaire de marquer un arrêt plus prolongé sur Beccaria puisque son œuvre constitue à la fois le porte-étendard de son époque, tout en étant marqué d'idées nouvelles qui, par leur organisation et leur puissance, innoveront la plupart des codes pénaux européens de la période contemporaine¹⁸⁵. D'inspiration matérialiste, et très certainement utilitariste – n'oublions pas qu'il ne s'oppose pas entièrement à la peine de mort¹⁸⁶ –, il souhaite organiser une société dans laquelle les textes juridiques de droit criminel, ciment de l'organisation sociale, seraient posés clairement¹⁸⁷. En parallèle, il souhaite également imposer le principe phare de la légalité criminelle en rappelant un syllogisme en trois temps :

Pour chaque crime, le juge doit établir un syllogisme parfait : la majeure doit être la loi générale, la mineure l'action conforme ou non à la loi, la conséquence la liberté ou la punition. Lorsque le juge est contraint, ou s'il veut faire seulement deux des syllogismes, la porte est ouverte à l'incertitude¹⁸⁸ [notre traduction, texte original en note de bas de page ; la traduction française généralement utilisée est celle d'André Morellet, publiée dès 1866, qui a modifié la structure du texte comme il l'annonce dans la préface¹⁸⁹. Les traductions suivantes sont plus fidèles à l'ouvrage original, comme celle de Collin de Planey¹⁹⁰. C'est pour cela que, pour éviter tout doute, nous privilégions la version originale].

Ainsi il semble s'opposer à la toute-puissance d'une caste d'hommes de justice, confisquant le pouvoir du peuple. Il vise donc les magistrats selon une critique devenue « classique », car répétée, depuis Montesquieu, tout en allant plus loin encore, jetant l'opprobre sur le monde des juristes qui manient des textes obscurs ; or, pour lui, connaître c'est pouvoir :

Voulez-vous prévenir les crimes ? Que les lois soient claires et simples, et que toute la force de la nation soit condensée pour les défendre, qu'aucune partie ne soit

¹⁸⁵ Denis BARANGER, « Beccaria et le siècle de la législation », dans Philippe Audegean, Christian Del Vento, Pierre Musitelli et Xavier Tabet (dir.), *Le Bonheur du plus grand nombre. Beccaria et les Lumières*, Lyon, ENS Éditions, 2017, p. 113 ; Jacques POUMARÈDE, « Montesquieu, Voltaire, Beccaria », dans Jean-Pierre Allinne (dir.), *Itinéraire(s) d'un historien du Droit. Jacques Poumarède, regards croisés sur la naissance de nos institutions*, Toulouse, Presses Universitaires du Midi, 2011, p. 326.

¹⁸⁶ Bien que fondamentalement opposé, par principe, à la peine de mort, Beccaria relève deux exceptions suivant lesquelles il est nécessaire de mettre à mort un citoyen. Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 2^e éd., Paris, Boiste, 1796, p. 63 : « La morte di un cittadino non può credersi necessaria che per due motivi » ; de manière générale, voir les pages 62 à 75 sur la question de la peine de mort.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 22, « § V. Oscurità delle leggi ».

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 10 « In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza ».

¹⁸⁹ Cesare BECCARIA, *Des délits et des peines*, Philadelphie, [sans éditeur], 1866, p. IV-XXIV.

¹⁹⁰ Cesare BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris, Brière, 1822 [rééd. 1764].

employée à les détruire. Que les lois favorisent moins les classes d'hommes que les hommes eux-mêmes. [...] Voulez-vous prévenir les crimes ? Que la lumière accompagne la liberté. Les maux, qui naissent de la connaissance, sont inversement proportionnels à sa diffusion ; et les biens le sont de manière directe. Un imposteur audacieux, qui est toujours un homme grossier, a l'adoration d'un peuple ignorant, et les huées d'un peuple éclairé. [...] Face aux lumières répandues vigoureusement dans la nation, l'ignorance calomnieuse se tait, et l'autorité désarmée de la raison tremble, tandis que la puissante force des lois reste immobile, parce qu'il n'y a point d'homme éclairé qui n'aime les pactes publics, clairs et utiles pour la sécurité commune, en comparant le peu de liberté inutile sacrifiée par lui aux autres hommes, qui sans les lois pourraient devenir des conspirateurs contre lui. Celui qui a l'âme sensible, jetant un coup d'œil sur un code de lois bien fait, et constatant qu'il n'a rien perdu d'autre que la funeste liberté de nuire aux autres, sera obligé de bénir le trône et ceux qui y sont assis¹⁹¹ [notre traduction, texte original en note de bas de page].

Sa réprobation vise tout à la fois la procédure, mais encore les viscères du droit pénal ; nous pensons y déceler quelque lien avec l'influence anglaise, là encore. En effet, l'Angleterre a très tôt essayé d'apporter des garanties face aux risques d'abus et aux privilèges de la caste des puissants¹⁹², cherchant à faire taire la contestation

¹⁹¹ Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 2^e éd., Paris, Boiste, 1796, p. 140 : « Volete prevenire i delitti ? Fate, che le leggi sian chiare, semplici, e che tutta la forza della nazione sia condensata a difenderle, e nessuna parte di essa sia impiegata a struggerle. Fate che le leggi favoriscano meno le classi degli uomini, che gli uomini stessi » ; p. 141-142 : « Volete prevenire i delitti ? Fate, che i lumi accompagnino la libertà. I mali, che nascono dalle cognizioni, sono in ragione inversa della loro diffusione ; e i beni lo sono nella diretta. Un ardito impostore, che è sempre un uomo non volgare, ha le adorazioni di un popolo ignorante, e le fischiare di un illuminato. [...] In faccia ai lumi sparsi con profusione nella nazione, tace la calunniosa ignoranza, e trema l'autorità disarmata di ragioni, rimanando immobile la vigorosa forza delle leggi, perchè non v'è uomo illuminato, che non ami i pubblici, chiari, ed utili patti della commune sicurezza, paragonando il poco d'inutile libertà da lui sacrificate dagli altri uomini, che senza le leggi poteano divenire cospiranti contro di lui. Chiunque ha un' anima sensibile, gettando uno sguardo su un codice di leggi ben fatto, e trovando di non aver perduto che la funesta libertà di far male altrui, sarà costretto a benedire il trono e chi vi siede ».

¹⁹² L'histoire particulière de l'Angleterre a fait que, relativement tôt, une organisation sous forme de monarchie parlementaire fut établie. Néanmoins, nous devons patienter jusqu'en 1689 et l'adoption de la *Déclaration des droits* concédée par le prince d'Orange, pour qu'une forme de séparation des pouvoirs effective puisse exister ; de fait, il y a une meilleure protection des droits et libertés. Voir *Bill of Rights* [[en ligne](#)], 1689 [consulté le 5 juillet 2020] : « [...] the pretended power of suspending the laws or the execution of laws by regal authority without consent of Parliament is illegal; [...] the pretended power of dispensing with laws or the execution of laws by regal authority, as it hath been assumed and exercised of late, is illegal; [...] That the election of members of Parliament ought to be free; [...] And they do claim, demand and insist upon all and singular the premises as their undoubted rights and liberties, and that no declarations, judgments, doings or proceedings to the prejudice of the people in any of the said premises ought in any wise to be drawn hereafter into consequence or example ».
URL : https://avalon.law.yale.edu/17th_century/england.asp.

Des interdictions posées à la couronne, se dégage l'idée de la séparation des pouvoirs. Montesquieu ne dira pas autrement. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* [[en ligne](#)], deuxième partie (Livres IX à XIII), Chicoutimi, Édition électronique, 2002 [rééd. 1748], Livre XI, Chapitre 6., p. 54 : « Ce n'est point à moi à examiner si les Anglais jouissent actuellement de cette liberté, ou non. Il me suffit de dire qu'elle est établie par leurs lois, et je n'en cherche pas davantage » ; ou encore Livre XI, Chapitre 7, p. 55 : « Les monarchies que nous connaissons n'ont pas, comme celle dont nous venons de parler [l'Angleterre], la liberté pour leur objet direct ; elles ne tendent qu'à la gloire des citoyens, de l'État et du prince. Mais de

populaire grondante. Cette influence ne doit toutefois pas être surinterprétée. Alors que le système anglais se satisfait d'un fonctionnement reposant sur l'oralité et la coutume, Beccaria est nettement plus attiré par les écrits pérennes : ce sont là d'autres signes qui préfigurent l'ère de la codification en devenir.

Il renoue avec l'idéologie importée d'outre-Manche, puis bien installée en Europe continentale et particulièrement en France, en ce qu'il a une certaine vision matérielle de la société ; dans ce nouvel espace, le religieux ne devrait pas se mêler du juridique. Cependant considérer Beccaria comme anticlérical serait excessif ; ses écrits ne sont pas d'une critique absolue contre l'organisation religieuse ou l'existence d'une instance divine. Son désir, comme d'autres lorsqu'il écrit, est de séculariser les champs disciplinaires qui se trouvent noyautés par la religion, en ce que cette dernière apporte des freins à l'expansion d'un modèle plus juste – la *Justice* étant nouvellement mesurée par l'utilité en l'espèce :

Les principes régulateurs moraux et politiques de l'homme proviennent de trois sources. La Révélation, la loi naturelle et les conventions tacites de la société. Il n'y a pas de comparaison entre la première et les autres en ce qui concerne leur fin principale ; mais elles sont semblables en ce qu'elles conduisent toutes au bonheur de la vie mortelle. [...] C'est au théologien d'établir les limites du juste et de l'injuste, quant à la malice ou à la bonté intrinsèque de l'acte ; c'est au publiciste d'établir les rapports du juste et de l'injuste politique : et jamais un objet ne peut porter préjudice à l'autre, puisque chacun voit combien la vertu émane de Dieu¹⁹³ [notre traduction, texte original en note de bas de page].

cette gloire il résulte un esprit de liberté qui, dans ces États, peut faire d'aussi grandes choses, et peut-être contribuer autant au bonheur que la liberté même. Les trois pouvoirs n'y sont point distribués et fondus sur le modèle de la constitution dont nous avons parlé. Ils ont chacun une distribution particulière, selon laquelle ils approchent plus ou moins de la liberté politique ; et, s'ils n'en approchaient pas, la monarchie dégénérerait en despotisme ». URL :

http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/partie_2/esprit_des_lois_Livre_2.pdf.

Il n'est pas d'une critique acerbe à l'encontre du système français ; la censure étant en place, cela peut expliquer le recul que l'auteur prend sur les caractéristiques de son propre pays, tout en faisant l'éloge relatif du système Anglais.

¹⁹³ Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 2^e éd., Paris, Boiste, 1796, p. 3-4 : « **Tre sono le sorgenti dalle quali derivano i principi morali e politici regolatori degli uomini. La rivelazione, la legge naturale, le convenzioni tattizie della società. Non vi è paragone tra la prima et le altre per rapporto al principale de lei fine ; ma si assomigliano in questo, che conducono tutte tre alla felicità di questa vita mortale.** Il considerare i rapporti dell' ultima non è l'escludere i rapporti delle due prime : anzi siccome quelle, benchè divine ed immutabili, furono, per colpa degli uomini, dalle false religioni e dalle arbitrarie nozioni di vizio e di virtù, in mille modi nelle depravate menti loro alterate ; così sembra necessario di esaminare separatamente da ogni altra considerazione ciò che nasce dalle pure convenzioni umane o espresse o supposte per la necessità ed utilità commune, idea, in cui ogni setta ed ogni sistema di morale deve necessariamente convenire » ; p. 7 : « **Spetta a' teologo lo stabilire i confini del giusto e dell' ingiusto, per ciò che riguarda l'intrinseca malizia o bontà dell' atto : lo stabilire i**

De fait, le droit et le religieux doivent cohabiter, mais dans leurs sphères respectives, pour que la morale et l'éthique n'interfèrent plus avec les objectifs du droit pénal.

Ce système de pensée cherche alors à rationaliser le fonctionnement du droit criminel, tant sur le fond, que sur la forme. Sur la forme, il s'agira d'adopter des textes, de les suivre à la lettre, de faire en sorte qu'ils soient intelligibles, que la procédure tende vers plus d'accusatoire pour s'objectiver. Sur le fond, il faudra principalement que les infractions soient clairement posées et définies, ce qui recoupe l'objectif d'intelligibilité de la loi pénale. Nous pouvons en trouver la synthèse dans cette nouvelle citation de Beccaria :

S'il faut de l'habileté et de la dextérité dans la recherche de la preuve d'un délit, s'il faut de la clarté et de la précision dans la présentation du résultat, il ne faut rien d'autre que le bon sens ordinaire pour juger du résultat, ce qui est moins fallacieux que les connaissances d'un juge qui a l'habitude de trouver des délinquants et qui ramène tout à un système factuel acquis pendant ses études. Heureuse est cette nation où les lois ne sont pas une science !¹⁹⁴ [notre traduction, texte original en note de bas de page].

Nous pouvons considérer que l'intention sera alors privée de ses meilleurs fondements une fois sapée l'emprise de la culpabilité chrétienne dans le droit. Selon nous, le coup d'estoc proviendra du rejet des conceptions annexes de l'intention, celles qui s'en nourrissent, comme celles qui la nourrissent. Ici, nous faisons référence à l'arbitraire des magistrats qui participe grandement au maintien de ce concept, ce même arbitraire qui est désormais critiqué et repoussé¹⁹⁵. Le raisonnement suit une logique identique concernant la tentative qui, même extériorisée par un

rapport del giusto e dell'ingiusto politico spetta al publicista : nè un oggetto può mai pregiudicare all'altro, poichè ognun vede quanto la virtù emanata da Dio » [nous soulignons].

De manière générale, la préface « A chi legge », p. 1-8 est riche en enseignements sur ce point. Voir également p. 71 : « Quali sono le vere e le più utili leggi ? Quei patti, e quelle condizioni, che tutti vorrebbero osservare e proporre, mentre tace la voce, sempre ascoltata, dell'interesse privato, o si combina con quello publico ».

¹⁹⁴ En plus des extraits déjà cités ci-avant, voir Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 2^e éd., Paris, Boiste, 1796, p. 29 : « Se nel cercare le prove di un delitto richiedesi abilità e destrezza, se nel presentarne il risultato è necessario chiarezza e precisione ; per giudicarne dal risultato medesimo, non vi si richiede che un semplice ed ordinario buon senso, mena fallace che il sapere di un giudice assuefatto a voler trovar rei, e che tutto riduce ad un sistema fattizio adottato da' suoi studi. Felice quella nazione dove le leggi non fossero una scienza ! »

¹⁹⁵ Nous l'avons vu avec Voltaire, Montesquieu ou encore Beccaria dans les citations qui précèdent. Voir également Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., 2014, p. 236-244.

commencement d'exécution dans le monde sensible, est un élément excessivement mental pour conserver son rond de table dans la conception becarrienne du droit.

Ces éléments constitueront le berceau des idées qui nourriront les idéaux révolutionnaires, allant puiser dans ce magma de conceptions, aussi diverses qu'antagonistes, de quoi construire un système que l'on voudrait absolument détaché de l'ancien droit, honni par ces penseurs. Seulement, la confrontation avec la réalité donnera naissance à un modèle pratique bien différent et, par certains endroits, fort éloigné de ces premières considérations. Entraînant dans son sillage la montée de la jurisphobie et de la nomophilie ces acceptions nouvelles auront des réussites plus ou moins heureuses.

§ 2. *Jurisphobie, nomophilie : entre crise et persévérance de l'intention sous la Révolution*

L'un des idéaux révolutionnaires tient en un droit qui pourrait se passer d'interprètes par l'entremise de textes limpides et accessibles à l'ensemble de la population. Cette vision généreuse dans son principe, renferme pourtant les fondations de la déliquescence de l'ensemble du système en devenir.

En effet, repousser les professionnels du droit provoque un appel d'air pour que d'autres prennent leur place ; ces autres, ce seront les jurés citoyens. Or, non seulement ces jurés ne représentent pas nécessairement la population, ce qui était pourtant un souhait exprimé par une frange des réformateurs¹⁹⁶, mais de surcroît, ils ne sont pas formés au droit. Aussi la rationalité juridique se trouve-t-elle amoindrie au bénéfice d'un jugement dominé par les émotions à dessein de conquérir le cœur de ces profanes du droit¹⁹⁷ ; du moins, c'est l'image martelée par les plus critiques de cette institution.

¹⁹⁶ Voir notamment Georges MARTYN et Ricardo SONTAG, « Can Criminal Procedure Ever be "Moderne"? A Historical Comparative Perspective (Editorial of the Dossier "History of Criminal Procedure in Modernity") », *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2 (2021), p. 711 : les auteurs nous expliquent que, tant que les jurés sont choisis parmi une caste de privilégiés – qui ressemble aux gouvernants et puissants, à la doctrine –, les décisions sont moins sujettes aux critiques. En revanche, à mesure que la sélection des jurés s'élargit, les critiques vont *crescendo*.

¹⁹⁷ Une citation de Henri LECLERC (« L'intime conviction du juge : norme démocratique de la preuve », dans *Le for intérieur*, Paris, PUF, 1995, p. 209) est particulièrement démonstrative : « [en parlant du jury criminel] Le système de l'intime conviction tout entier fondé sur le jugement par des citoyens ignorant les choses du droit qui se prononcent par oui ou par non avec pour seul guide leur conscience, pour seule lumière leur raison, et n'ont pas à motiver leurs décisions ». D'ailleurs, n'est-ce pas en ce sens préventif que l'article 343 du *Code des délits et des peines* de 1795 demandait aux jurés de « n'écouter ni la

L'intime conviction est ainsi accordée aux jurys, certainement dans le même objectif que l'arbitraire était confié aux magistrats : s'approcher d'une décision équilibrée. Néanmoins, de manière comparable aux critiques adressées à l'encontre des juges, nous supposons qu'attribuer un tel pouvoir aux jurés revient à leur préserver de grandes marges de manœuvre, lesquelles sont difficilement contrôlables : comment, en effet, contrôler ce qui confine à l'intime ?

Pour ce qui concerne l'intention, nous relevons que cette dernière n'apparaît plus aussi clairement dans la législation révolutionnaire ; il nous semble difficile alors de mesurer si les jurés en tiennent compte plus ou moins directement lorsqu'ils décident de ne pas retenir les faits d'une infraction. Un élément marquant tient en ce qu'ils cherchent parfois à manipuler les faits afin que l'accusé soit automatiquement acquitté par les juges professionnels qui passeront derrière eux. Parce que l'intention est amoindrie, voire effacée dans les textes, et puisque c'est l'intime conviction qui gouverne, ces suppositions sont délicates à attester pleinement. Nous nous contentons donc d'indices concordants.

C'est pour broser au mieux ce tableau que nous verrons dans un premier temps en quoi la jurisphobie et la nomophilie apparaissent comme des alliées d'une acception objective de la loi (A), pour que dans une seconde partie, nous puissions peindre un tout autre décor, celui d'un droit noyauté par la subjectivité en contre-feu, justement, de la jurisphobie et de la nomophilie (B).

A. Des conceptions vectrices d'une acception objectiviste de la loi

La prise en considération des idées matérialistes importées majoritairement d'Angleterre, puis digérées par les penseurs français, permettra la percée de deux conceptions phares de la reconstruction juridique française : la nomophilie, entraînant ou étant entraînée par la jurisphobie. Il nous serait difficile de dire si la nomophilie engendre la jurisphobie ou l'inverse, puisque les deux lectures semblent valables ; une position médiane, se refusant de trancher, peut tenir en posant l'hypothèse d'une

haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l'affection » ? Il nous paraît difficile d'admettre que les rédacteurs n'avaient pas ce doute sur les capacités d'abstraction émotionnelle des jurés.

apparition concomitante compte tenu du contexte intellectuel particulier de la fin du XVIII^e siècle¹⁹⁸.

Pour ce qui est de la nomophilie, nous en voyons de premiers indices chez Hobbes (1588-1679), dans son *Léviathan*, affirmant que :

Là où il n'existe aucun pouvoir commun, il n'y a pas de loi. [...] Car quoique ceux qui parlent de ce sujet aient l'habitude de confondre *jus* et *lex*, *droit* et *loi*, il faut cependant les distinguer, parce que le DROIT consiste en la liberté de faire ou de s'abstenir, alors que la LOI détermine et contraint à l'un des deux. Si bien que la loi et le droit diffèrent autant que l'obligation et la liberté qui, pour une seule et même chose, sont incompatibles¹⁹⁹.

Dans un même mouvement, il décrédibilise le rôle de la doctrine juridique, opérant donc un nouveau retour, fondamental, sur le rôle de la loi unique vectrice du Droit²⁰⁰. En France, ces idées son dévoilées sous la plume de Claude-Joseph de Ferrière (1680-1748) dans la troisième édition du *Dictionnaire de droit et de pratique* (les éditions précédentes ne font pas montre d'autant de détails sur la loi, signe d'un changement frémissant autour de ce concept), pour qui :

Quand la Loi a parlé d'une manière claire & positive, il n'est pas permis de s'en écarter ; quelque dure qu'elle soit, il faut s'en tenir à sa décision, ou avoir recours au Prince, pour qu'il lui donne une interprétation, ou qu'il en tempère la rigueur²⁰¹.

Et Domergue (1754-1795), en 1791, reprendra l'expression de « loyau » premièrement utilisée par auteur anonyme en 1789²⁰², qui lui servira de point d'ancrage pour cette mutation du Droit ; il est désormais articulé autour de la loi, ce que véhicule la « nomophilie ». La suite logique est connue : l'œuvre codificatrice.

Concernant la jurisphobie, elle trouve diverses expressions. Nous en relevons des marqueurs importants chez Montesquieu – et certainement encore avant de

¹⁹⁸ Par contexte particulier, nous visons ce mouvement de remise en cause de la place centrale des juristes et de leur rôle dans la société.

¹⁹⁹ Thomas HOBBS, *Léviathan* [[en ligne](#)], *op. cit.*, p. 110.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 135-136.

²⁰¹ Claude-Joseph DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, 3^e éd., Paris, Brunet, 1749, p. 238.

²⁰² L'origine de ce terme ne lui appartient pas et revient à un auteur anonyme qui l'utilise, dès 1789, dans une brochure de *La Trompette du Jugement. Premier septembre 1789* (référence et explications tirées de Jacques GUILHAUMOU, « Modérer la langue politique à l'extrême : les journalistes remarqueurs au début de la Révolution française », *Annales historiques de la Révolution française*, 357 [2009], § 56).

manière sporadique –, qui souhaitait pouvoir museler les magistrats en les liant à la loi. Ces principes, repris chez Beccaria, perceront également dans les débats parlementaires avec pour figures de proue Adrien Duport (1759-1798)²⁰³ ou encore Nicolas Bergasse (1750-1832)²⁰⁴. Ce dernier est l’auteur d’une citation faussement attribuée à Robespierre (1758-1794), à propos de l’interprétation de la loi :

Car on aperçoit sans peine que si la loi peut être interprétée, augmentée, ou, ce qui est la même chose, appliquée au gré d’une volonté particulière, l’homme n’est plus sous la sauvegarde de la loi, mais sous la puissance de celui qui l’interprète ou qui l’augmente [...]²⁰⁵.

Outre les liens plutôt évidents entre ces propos et ceux systématisés chez Beccaria, nous pouvons remarquer que les juristes subissent une forme de déclassement, relégués au rang de simples « techniciens du droit ». Ce contexte, qui leur est hostile, peut également expliquer le déclin de l’enseignement juridique et la fermeture des facultés de droit sous la Révolution²⁰⁶ : nul besoin d’interprètes lorsque la loi est limpide et, de surcroît, est représentative de la volonté générale²⁰⁷. Plus généralement, ces idées s’inscrivent dans le souhait révolutionnaire de mettre un terme aux privilèges – et la justice est un monde qui connaît beaucoup de professions privilégiées²⁰⁸.

²⁰³ Adrien Jean DUPORT, « Principes et plan sur l’établissement de l’ordre judiciaire par M. Duport, en annexe de la séance du 29 mars 1790 », *Archives Parlementaires de la Révolution Française*, 12 (1881), p. 408-432.

²⁰⁴ Nicolas BERGASSE, « Rapport par M. Bergasse sur l’organisation du pouvoir judiciaire, lors de la séance du 17 août 1789 », *Archives Parlementaires de la Révolution Française*, 12 (1881), p. 440-450.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 443.

²⁰⁶ Voir notamment Alexandre FRAMBÉRY-IACOBONE, « Supprimée, provisoire, consacrée : la difficile renaissance de la faculté de droit à Bordeaux » [[en ligne](#)], dans Anne-Sophie Chambost, Florent Garnier et Alexandra Gottely (dir.), *Des facultés sur le front du droit*, Exposition virtuelle, Bibliothèque Cujas, publié le 1^{er} juin 2018 [consulté le 3 décembre 2020], § 2. URL : <http://expo-grande-guerre-biu-cujas.univ-paris1.fr/supprimee-provisoire-consacree-la-difficile-renaissance-de-la-faculte-de-droit-a-bordeaux/>.

²⁰⁷ L’idée de respect de la « volonté générale » – et par là, de la loi qui en est l’expression par le truchement de la représentation nationale – a infusé chez les penseurs et autres parlementaires. Nous en retrouvons la marque dans les débats parlementaires (de manière générale voir notamment Jérôme MAVIDAL et Émile LAURENT [dir.], *Archives Parlementaires de la Révolution Française*, tomes 8 à 32, Paris, Dupont, 1875-1888). La volonté générale est théorisée et systématisée en grande partie par Rousseau (Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, *op. cit.*), et innerve bien d’autres recherches, comme celles, novatrices, de Beccaria (par exemple, voir Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 2^e éd., Paris, Boiste, 1796, p. 16 : « La prima conseguenza di questi principi, è che le sole leggi possano decretare le pene sù i delitti, e questa autorità non può risedere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale »).

²⁰⁸ Les magistrats des parlements devront cesser leur interprétation arbitraire des textes ; les autres magistrats sont visés par le « Décret relatif à l’abolition des privilèges » (*Archives Parlementaires de la Révolution Française*, 8 [1875], p. 397-398), notamment aux articles 4 et 7.

Ce faisant, nomophilie et jurisphobie appellent un nouveau fonctionnement systémique articulé autour de la loi. Cela doit mettre fin aux pratiques critiquées qui ont cours dans les tribunaux, et abolir un système jugé inégalitaire, dans lequel une poignée de puissants peut asservir une majorité restée dans l'obscurité qui est celle des non instruits, comme le dit Beccaria :

[...] La seconde est dans le difficile et terrible passage de l'erreur à la vérité, de l'obscurité inconnue à la lumière. L'impact considérable des erreurs utiles au petit nombre de puissants, contre les vérités utiles au grand nombre de faibles, l'approche et le ferment des passions qui s'éveillent à cette occasion, font des maux infinis à la misérable humanité²⁰⁹ [notre traduction, texte original en note de bas de page].

S'il est difficile de parler de révolution procédurale²¹⁰, de grands changements sont pourtant convoqués. Cherchant à anéantir l'arbitraire des magistrats, il fallait alors se doter d'une institution pour les remplacer, qui nourrirait, en outre, la recherche d'un meilleur équilibre démocratique. Une nouvelle fois les yeux se sont tournés vers le système de *common law* pour y trouver le jury²¹¹. Voulus présents dans toutes les phases préparatoires du jugement, de la mise en accusation à l'établissement de la culpabilité, les magistrats sont rendus seuls maîtres du droit, et rien que du droit, en prononçant des peines automatiques, puisque clairement identifiées.

Dans ce système, tout paraît calibré pour que la justice gagne en objectivité et ne soit plus l'apanage des juges. Le peuple participe à la justice, les textes sont connus et les infractions pénales correctement balisées. Les notions les plus floues sont effacées

²⁰⁹ Voir notamment Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 2^e éd., Paris, Boiste, 1796, p. 10-11 : « Felici sono quelle pochissime nazioni, che non aspettarono che il lento moto delle combinazioni e vicissitudini umane facesse succedere alla estremità de' mali un avviamento al bene, ma ne accelerarono i passaggi intermedi con buone leggi. [...] e si è accesa fralle nazioni una tacita guerra d'industria, la più degna di uomini ragionevole. Questi sono frutti, che si debbono alla luce di questo secolo » ; ou encore p. 144 : « La seconda è nel difficile e terribile passaggio dagli errori alla verità ; dalla oscurità non conosciuta, alla luce. L'urto immenso degli errori utili ai pochi potenti, contro le verità utili ai molti deboli, l'avvicinamento ed il fermento delle passioni che si destano in quella occasione, fanno infiniti mali alla misera umanità ».

²¹⁰ Georges MARTIN et Ricardo SONTAG, « Can Criminal Procedure Ever be "Moderne"? A Historical Comparative Perspective (Editorial of the Dossier "History of Criminal Procedure in Modernity") », art. cit., p. 700.

²¹¹ Notamment Adrien Jean DUPORT, « Principes et plan sur l'établissement de l'ordre judiciaire par M. Duport, en annexe de la séance du 29 mars 1790 », art. cit., p. 428 : « C'est en parlant de cette belle institution des jurés, tant au civil qu'au criminel, qui fait la gloire du droit anglais, dit *Blackstone*, que cet auteur ne craint pas d'ajouter qu'elle seule a conservé la liberté dans ce pays puisqu'aucun individu n'y peut recevoir d'atteinte à sa liberté, à son bonheur, à ses biens, à sa personne, sans le consentement de douze de ses voisins et de ses égaux ».

pour offrir un droit dans sa plus simple expression, épuré des artifices qui en faisaient jusqu'à présent un domaine sombre et lointain.

En ce sens, nous pouvons trouver dans la nomophilie et la jurisphobie des alliées pour l'objectivisation du droit ; la démarche correspondrait en apparence à celle plus générale de recherche de la connaissance matérielle des choses, et non plus d'une surintellectualisation omnipotente confiée aux magistrats.

Or, ce substrat fait de haine et de peur, concocté par ce qu'inspirent les professionnels du droit, les refoule hors de la vie juridique, peut-être excessivement. La recherche quoiqu'il en coûte de la limitation de leur champ d'action paraît généreuse pour la société. Néanmoins, *l'enfer est pavé de bonnes intentions*²¹², et cette même vision généreuse renferme pourtant les ingrédients de son échec une fois mise en pratique.

B. L'incursion détournée de la subjectivité dans l'appréciation projetée de la loi

Ici, il s'agira bien plus de comprendre les idées sous-jacentes aux textes, que de découdre et analyser la législation – ce qui sera effectué dans la section suivante. Nous l'avons relevé, la jurisphobie et la nomophilie peuvent être appréhendées comme des alliées d'une responsabilité plus objective, plus matérielle, puisque la volonté de restreindre les pouvoirs des juristes en établissant des textes clairs, tout en boutant les conceptions religieuses en-dehors du droit, pouvait logiquement nous conduire vers un amoindrissement, voire une suppression des concepts indéterminés – ou immatériels – comme l'intention ou la tentative. Nous pourrions constater textuellement cela ; néanmoins, nous mettons en crise cette acception concernant le mode d'opérer des jurés qui remplacent pour partie les magistrats professionnels.

Le droit semble avoir une faible tolérance face aux vides ; en chassant les professionnels du droit de la procédure, d'autres sont donc appelés pour les

²¹² Expression qui apparaît pour l'occurrence « Intention » en tant que proverbe familier, dans le *Dictionnaire de l'Académie française* à partir de la 7^e édition (1878) ; déformation probable de l'expression « L'enfer est plein de bonnes volontés ou désirs », attribuée à Saint Bernard par François de Sales dans ses correspondances avec Madame de Chantal (Lettre LXXIX), voir Jacques-Paul MIGNÉ (dir.), *Œuvres complètes de S. François de Sales, Évêque et Prince de Genève*, tome 5, Paris, Migne Éditeur, 1861, p. 518.

remplacer. Ces autres, nous les avons identifiés, ce sont les jurés, importés par la doctrine de cette fin du XVIII^e siècle. Outre le fait que leur mode de sélection puisse ne pas reposer sur une représentation exacte de la composition de la société²¹³, ils ne sont pas formés en droit comme le souligne avec virulence Dominique Garat (1735-1833) :

sous le nom de *jurés* ou de *jurys*, des hommes qui ignorent nos lois actuelles, et qui, quelle qu'elles soient, ignoreront également nos lois futures [...]. Ce n'est pas des jurés, c'est-à-dire des hommes condamnés à une éternelle **ignorance** de nos lois présentes et futures [...]. C'est que, reconnaissant par ces combinaisons même, que la connaissance des lois est nécessaire pour bien juger, soit au civil, soit au criminel, il croie utile pour les jugements de l'un et de l'autre genre, de joindre aux citoyens qui les connaissent, d'autres citoyens qui les **ignorent**. Je ne conçois pas, moi, à quoi l'**ignorance** peut être bonne dans des fonctions pour lesquelles la science est nécessaire [...]. Que dans l'association de leur **ignorance** au savoir des légistes, le danger pour les jugements est bien plus facile à concevoir que l'utilité [...] puisqu'il entend que l'**ignorance** égarée ou corrompue de ses jurés dans la détermination, puisse prévaloir sur la leçon du maître [...]. Aussi, moi légiste, pour faire ceux-là, me suis-je bien gardé d'y appeler des jurés. Et comment, dès qu'ils **ignorent** les lois, auraient-ils pu : 1. Établir la majeure ? [...] 2. déterminer la mineure [...]. Mais si le sort envoie au tribunal ceux des jurés précisément que ces sentiments **ignorés** des plaideurs pourront y partialiser ?²¹⁴ [nous soulignons].

Répétant le terme « ignorance », Garat expose de manière assez évidente le peu de crédit qu'il accorde à cette institution. Du reste, sa critique sur le manque de connaissances juridiques des jurés n'est pas infondée ; ce qui peut être tempéré, cependant, ce sont que les conséquences qu'il attache à ce manque de connaissances qui relèvent de sa subjectivité.

L'ambition de rationalité juridique ne pouvait être atteinte en faisant reposer l'instance sur une foule non rompue à l'exercice du droit. À la place, peut s'installer une cérémonie dramatique de jugement dominée par les émotions, mobilisées – peut-être à outrance – pour conquérir le cœur des jurés-profanes, pour qui les larmes sont

²¹³ Voir notamment Georges MARTIN et Ricardo SONTAG, « Can Criminal Procedure Ever be “Moderne”? A Historical Comparative Perspective (Editorial of the Dossier “History of Criminal Procedure in Modernity”) », art. cit., p. 710-712.

²¹⁴ Ce point est vite soulevé par Dominique GARAT, « Opinion de M. Garat, l'aîné, député du pays de Labour, sur les plans présentés par MM. Duport et Sieyès, pour l'organisation judiciaire », art. cit., p. 491-498.

bien plus évocatrices que les articles d'un code criminel en gestation²¹⁵ ; n'est-ce pas d'ailleurs, en prévention de cette conséquence qui semble inéluctable, que l'article 343 du *Code des délits et des peines* de 1795 prescrit aux jurés de « n'écouter ni la haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l'affection » ?

Cet effet pervers, sorte de retour de flammes, ne semblait pas avoir été pris en compte par les théoriciens du droit criminel qui dans leur obsession *matérialiste jurisphobique* ont peut-être eu tendance à sacraliser tout ce qui pouvait nous éloigner du modèle tel qu'il était en place jusqu'en 1789. Dès lors, sur le ton du simple rappel, et sans autres garde-fous, ont-ils jugé suffisant de poser l'interdiction de se laisser emporter par l'émoi dans la procédure criminelle.

Néanmoins, octroyer un rôle juridique aux citoyens entraîne une kyrielle de conséquences plus ou moins prévisibles ; il en est une qui sera très vite comprise et qui imprégnera jusqu'aux textes mêmes de la législation révolutionnaire : l'intime conviction²¹⁶.

Pour pallier le manque de connaissances juridiques des jurés, mais également pour parfaire ce « transplant » juridique, l'intime conviction pénètre notre droit par la grande porte. Or, il est possible de comparer l'intime conviction à l'arbitraire des magistrats, travesti pour se présenter sous un meilleur jour. Le « syndrome des habits neufs de l'empereur »²¹⁷ semble trouver application en l'espèce, ou bien est-ce une volonté déterminée qui poussa à camoufler l'arbitraire sous une enveloppe verbale différente ; plusieurs explications demeurent possibles.

²¹⁵ Anne JOLIVET, « Les jurés face aux émotions du procès criminel : regards croisés France-Italie », *Les Cahiers de la Justice*, 1 (2014) ; Célia GISSINGER-BOSSE, « Chapitre 4. L'instruction des émotions. Le jury Populaire dans l'institution judiciaire », dans Loïc Blondiaux et Christophe Traïni (dir.), *La démocratie des émotions*, Paris, Presses de Sciences Po, 2018, p. 119-144 ; Georges MARTIN et Ricardo SONTAG, « Can Criminal Procedure Ever be "Moderne"? A Historical Comparative Perspective (Editorial of the Dossier "History of Criminal Procedure in Modernity") », art. cit., p. 716 ; Frédéric CHAUVAUD, « Pleurs, effroi et rires dans les prétoires. Le triomphe de l'émotion en cour d'assises (1880-1940) » [[en ligne](https://journals.openedition.org/cliiothemis/1479?lang=en)], *Clio@Themis*, 8 (2015), URL : <https://journals.openedition.org/cliiothemis/1479?lang=en>.

²¹⁶ En nous inspirant du modèle anglais pour introduire le jury, nous avons également charrié l'intime conviction au passage. Voir Pierre-Charles RANOUIL, « L'intime conviction », dans Renée Martinage et Jean-Pierre Royer (dir.), *Les destinées du jury criminel*, Lille, L'Espace juridique, 1990, p. 85 et s.

²¹⁷ Expression directement inspirée de l'article de Frank GROSS, « The Emperor's Clothes Syndrome », *New England Journal of Medicine*, 15 (1971), p. 265-863, qui suppose que nous pouvons parfois refaire des actions en les pensant nouvelles, alors qu'elles sont anciennes. En somme, nous persévérons dans une forme d'erreur, tout en nous persuadons d'un changement aspirant vers le *mieux*.

Cet instrument juridique d'apparence classique et sans lien avec l'intention jouera pourtant dans l'appréhension des offenses et sur l'appréciation de la responsabilité. Alors que les mots « intention », « volonté », ou encore « fraude » sont difficiles à trouver dans la législation révolutionnaire, nous pouvons néanmoins considérer que les jurés mobiliseront l'intention dans leur travail délibératif. En substance, les termes qui peuvent faire référence, plus ou moins directement à l'intention, apparaissent 34 fois dans le *Code pénal* de 1791, dans 21 articles (sur un total de 225 articles, soit 15,11 % de représentation). Cela démontre que les termes qui se rapportent à l'intention sont généralement juxtaposés dans un seul et même article. De surcroît, les « crimes et attentats contre les personnes » ne totalisent que 4 apparitions de l'intention et termes dérivés (soit 11,76 % des relevés), quand les « crimes et délits contre les propriétés » en concentrent 22 (soit 64,70 %) ²¹⁸.

²¹⁸ Sur ce point, voir les tableaux 1 et 2 sur la page suivante ; l'ensemble des données est disponible en annexe de ce travail. Termes recherchés : dessein, fraude, frauduleusement, frauduleuse(s), intention, intentionnellement, malice, méchamment, sciemment, volontairement, volonté. Pour une analyse complète et détaillée, voir Annexe V – La recherche de l'intention dans le *Code pénal* de 1791.

Répartition totale des termes de l'intention pour l'ensemble du Code pénal de 1791, par Titres et Sections

	Articles	Articles avec référence à l'intention et ses dérivés
Première Partie. Des condamnations	70	0
Titre I. Des peines en général	35	0
Titre II. De la récidive	2	0
Titre III. De l'exécution des jugements contre un accusé contumax	2	0
Titre IV. Des effets des condamnations	8	0
Titre V. De l'influence de l'âge des condamnés sur la nature et la durée des peines	7	0
Titre VI. De la prescription en matière criminelle	3	0
Titre VII. De la réhabilitation des condamnés	13	0
Deuxième Partie. Des crimes et de leur punition	155	34
Titre I. Crimes et attentats contre la chose publique	70	7
Section I. Des crimes contre la sûreté extérieure de l'État	7	2
Section II. Des crimes contre la sûreté intérieure de l'État	5	0
Section III. Crimes et attentats contre la Constitution	25	2
Section IV. Délits des particuliers contre le respect et l'obéissance dûs à la loi et à l'autorité des pouvoirs constitués pour la faire exécuter	10	0
Section V. Crimes des fonctionnaires publics dans l'exercice des pouvoirs qui leur sont confiés	15	1
Section VI. Crimes contre la propriété publique	8	2
Titre II. Crimes contre les particuliers	81	27
Section I. Crimes et attentats contre les personnes	33	4
Section II. Crimes et délits contre les propriétés	48	22
Titre III. Des complices des crimes	4	1
Totaux	225	34

Traduction du tableau précédent en pourcentage

	Pourcentages
Première Partie. Des condamnations	0 %
Titre I. Des peines en général	0 %
Titre II. De la récidive	0 %
Titre III. De l'exécution des jugements contre un accusé contumax	0 %
Titre IV. Des effets des condamnations	0 %
Titre V. De l'influence de l'âge des condamnés sur la nature et la durée des peines	0 %
Titre VI. De la prescription en matière criminelle	0 %
Titre VII. De la réhabilitation des condamnés	0 %
Deuxième Partie. Des crimes et de leur punition	21,93 %
Titre I. Crimes et attentats contre la chose publique	10 %
Section I. Des crimes contre la sûreté extérieure de l'État	28,57 %
Section II. Des crimes contre la sûreté intérieure de l'État	0 %
Section III. Crimes et attentats contre la Constitution	8 %
Section IV. Délits des particuliers contre le respect et l'obéissance dûs à la loi et à l'autorité des pouvoirs constitués pour la faire exécuter	0 %
Section V. Crimes des fonctionnaires publics dans l'exercice des pouvoirs qui leur sont confiés	6,66 %
Section VI. Crimes contre la propriété publique	25 %
Titre II. Crimes contre les particuliers	33,33 %
Section I. Crimes et attentats contre les personnes	12,12 %
Section II. Crimes et délits contre les propriétés	45,83 %
Titre III. Des complices des crimes	25 %
Totalité du Code pénal de 1791	15,11 %

En effet, lorsque le jury de jugement est mis face à une infraction, les faits ont été commis, le jury d'accusation s'étant chargé d'en vérifier la matérialité. Comment expliquer alors les relaxes considérées abusives au fur et à mesure que les jurés rendront leurs décisions ? Nous y voyons, même partiellement, la marque de l'intention, en supposant qu'elle joue le rôle d'une forme de « zone tampon », parce qu'insaisissable. Alors que l'interprétation des faits doit s'accommoder d'éléments matériels effectivement relevés, l'intention est reconstruite à défaut de pouvoir être captée, ensachée et conservée jusqu'à l'audience. Ainsi, la différence entre un homicide involontaire et un meurtre peut ne reposer que sur une différenciation d'appréciation de la volonté chez le prévenu, sans pour autant que cela ne soit déclaré dans la sentence rendue par le jury, à plus forte raison que la motivation n'existait pas devant les cours d'assises. D'un crime « impardonnable », nous pouvons glisser vers une offense bien plus légère qui convoquera la clémence.

En filant notre hypothèse, les jurés sont convaincus par la probité des faits, mais demeurent circonspects quant à la culpabilité de l'infracteur. Ce dernier ne mériterait donc pas la sanction automatiquement prononcée par les magistrats professionnels. Or, évoquer la culpabilité, cela revient à convoquer l'intention et la mesure de l'intentionnalité²¹⁹. Le jury va donc distinguer les cas qui présentent une intention criminelle marquée, des autres situations sans intention. Cette appréciation se fait en marge de textes qui privilégient la clarté et la sécurité d'interprétation, au prix d'une exclusion de l'intention et des circonstances atténuantes.

De fait, le zèle dans l'imagination d'une procédure plus objective et d'un droit certain nous pousse vers son contraire et vers la rémanence d'une subjectivité exaltée par l'intime conviction des jurés. Néanmoins, il nous semble difficile que le système par jury puisse fonctionner différemment : l'intime conviction est logiquement convoquée pour répondre à leur manque de connaissances juridiques.

Ainsi, alors que les médailles se limitent généralement à deux faces, nous en voyons ici une troisième. La jurisphobie et la nomophilie qui œuvrent pour l'amélioration du droit provoquent des contresens et servent un but inverse à celui initialement pensé : voilà le revers de médaille. Le second revers tient en ce que

²¹⁹ Pour quelques rappels généraux sur le lien entre volonté et culpabilité, voir Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., 2014, p. 256-260.

l'évocation de l'intime conviction permet de mettre en lumière une pratique du monde judiciaire, qui ne se limite pas aux jurés : la « boîte noire » de la motivation, renfermant l'intime conviction²²⁰. C'est pourquoi, alors que la jurisphobie et la nomophilie apparaissent comme des notions vectrices d'objectivité en justice, elles permettent également l'incursion détournée de la subjectivité dans l'interprétation des textes et le rendu de la justice.

²²⁰ Nous renvoyons une nouvelle fois vers la motivation interne des magistrats, décrite comme une « boîte noire », parce qu'inaccessible (voir Emmanuelle JOUANET, « La motivation ou le mystère de la boîte noire », art. cit., p. 251 et s.) Nous étendons cette remarque en postulant qu'il en sera de même pour les jurés, à plus forte raison qu'ils n'ont pas besoin, encore, de motiver leurs décisions. Enfin, pour une approche générale sur les biais cognitifs dans le jugement, voir le numéro thématique « Des juges sous influence », *Les Cahiers de la Justice*, 4 (2015).

Section II. Une législation révolutionnaire sans intention marquée

En théorie, le *Code pénal* de 1791 et le *Code des délits et des peines* de 1795 se montrent plutôt matérialistes en ce qu'ils amoindrissent l'intention et la tentative, consacrant – pour le second uniquement²²¹ – le principe de la légalité en donnant une force opérante à *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789²²². Alors que le *Code pénal* de 1791 demeure muet sur la question de la légalité, la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* ne peut avoir de force opérante concrète. C'est le *Code des délits et des peines* de 1795 qui, adopté au sortir de la Terreur, reprendra le principe de légalité pour lui conférer son applicabilité juridique²²³. Ce Code est appuyé sur la *Déclaration des Droits et des Devoirs de l'Homme et du Citoyen*, aux articles 7 à 10 de la section « Droits », précédant le corps même de la *Constitution* du 5 fructidor an III (22 août 1795). La loi fondamentale vient réitérer l'interdiction des condamnations arbitraires qui ne seraient pas fondées et justifiées par la loi, notamment avec son article 232 : « Toutes rigueurs employées dans les arrestations, détentions ou exécutions, autres que celles prescrites par la loi, sont des crimes ». Plus généralement, on constate la volonté d'encadrement des juridictions criminelles aux articles 222 à 253. Le rappel du virage accusatoire est également opéré avec l'article 208 : « Les séances des tribunaux sont publiques ; les juges délibèrent en secret ; les jugements sont prononcés à haute voix ; ils sont motivés et on y énonce les termes de la loi appliquée ». Enfin, nous rappelons la séparation des pouvoirs et l'impossibilité pour les juges de rendre des arrêts de règlements²²⁴.

Cependant, la pratique peut être appréhendée différemment.

Nous nous interrogerons sur la force concrète des textes tels que posés et de leurs exigences, notamment en matière intentionnelle. Nous commenterons donc ce qui est dit, mais également les non-dits de cette législation : alors que le crime tend à être objectivé dans les facteurs qui le constituent, sa réception judiciaire, elle, offre une libre expression à l'arbitraire des jurés.

²²¹ Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA et Pierre LENOËL, *Au nom de l'ordre, une histoire politique du Code pénal*, Paris, Hachette, 1989, p. 129.

²²² Voir notamment les articles 5, 7 et 8 de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, 26 août 1789.

²²³ *Code des délits et des peines* de 1795, art. 1 à 3.

²²⁴ *Constitution* du 5 fructidor an III (22 août 1795), art. 202-203.

Selon toute vraisemblance, nous sommes confrontés à une pensée ambivalente présentant, d'une part, cette volonté résolument affirmée de rompre avec le modèle de l'ancien droit et les pratiques de la justice qui y avaient cours (§ 1) ; d'autre part, une forme de résignation pragmatique avouant qu'un tel système, aussi rigide, ne pourrait mener à rien d'autre qu'une succession de blocages freinant l'action de la justice (§ 2).

§ 1. Le rejet de la subjectivité décisionnelle dans la pensée révolutionnaire

Certaines des idées portées par les penseurs des Lumières de France intègrent notre système pénal. Il en va ainsi du principe de la légalité criminelle qui, bien qu'introduit dans la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* dès 1789, doit patienter avant d'intégrer un texte lui donnant une véritable force juridique. Notre travail sera de distinguer ce qui relève de l'« effet d'affichage », et ce qui regarde la réalité juridique concrète, en nous appuyant sur les sources disponibles. Cette étape est primordiale, car notre droit pénal contemporain repose sur cette forteresse, supposément imprenable, de principes cardinaux. Ils guident, pour ne pas dire encadrent, le législateur et les magistrats d'hier comme d'aujourd'hui (A).

Également, nous reviendrons plus particulièrement sur la législation criminelle adoptée au début de la période révolutionnaire, à savoir le *Code pénal* de 1791 et le *Code des délits et des peines* de 1795 – dans une moindre mesure²²⁵. Certes, il existe d'autres textes qui regardent l'action pénale, à l'image de la loi des 16-29 septembre 1791²²⁶, ou encore du décret en forme d'instruction des 29 septembre-21 octobre 1791²²⁷. Néanmoins, ces éléments intéressent plus particulièrement la pratique judiciaire des jurés, et seront analysés plus tard dans notre étude. De fait, nous n'affirmons pas que l'intention est ignorée sous la période révolutionnaire ; nous relevons simplement que les Codes qui posent les infractions et la procédure, ensemble que l'on souhaite

²²⁵ Les éléments se rapportant à l'intention et au traitement objectivé des infractions y sont moins prégnants.

²²⁶ *Loi concernant la Police de sûreté, la Justice criminelle et l'établissement des Jurés* des 16-29 septembre 1791, compilée dans la *Collection générale des lois, proclamations, instructions, et autres actes du pouvoir exécutif*, tome 5, partie II, août-septembre 1791.

²²⁷ *Loi en forme d'instruction, pour la Procédure criminelle* des 29 septembre-21 octobre 1791, compilée dans la *Collection générale des lois, proclamations, instructions, et autres actes du pouvoir exécutif*, tome 6, octobre-novembre 1791.

strictement défini en vertu du principe de la légalité, semblent effacer ou amoindrir l'intention²²⁸ et plus largement ce qui relève de l'immatériel.

Par ailleurs, le cas de la tentative reste problématique. Elle est particulière en ce qu'elle relève à la fois du matériel et de l'immatériel. Du matériel, puisqu'il nous faut un commencement d'exécution dans le monde sensible pour intervenir juridiquement. Immatérielle, puisque l'on projette une intention inéluctablement tournée vers le mal pour s'immiscer dans l'action, et arrêter la personne que l'on suppose déterminée d'aller jusqu'au bout de *l'iter criminis*. Force est de constater que la tentative, certainement trop immatérielle pour les révolutionnaires, sera réduite à sa plus simple expression.

Cet ensemble, l'effacement de l'intention et la rémanence timide de la tentative, que nous nommons « absence d'immatérialité »²²⁹, fera l'objet du second temps de nos développements (B).

A. La vitrine enchantée : l'affirmation de grands principes pénaux

Le XVIII^e siècle charrie avec lui son lot de nouvelles valeurs, une idéologie renouvelée sur la peine, les infractions, et plus généralement encore, sur le droit. Cette vision repose pour beaucoup sur les principes inventés ou répertoriés par Beccaria dans son célèbre ouvrage²³⁰, constituant le point d'ancrage des systèmes pénaux européens contemporains²³¹. Ces grands principes sont hissés comme autant de clefs de voûte qui, interconnectées et interdépendantes, font tenir une nouvelle organisation du droit répressif plus vertueuse en ce qui concerne les droits et libertés individuels²³².

²²⁸ Nous renvoyons à l'Annexe V – La recherche de l'intention dans le *Code pénal* de 1791. Pour rappel, l'intention et ses avatars – entendre ici les termes qui en dérivent ou peuvent servir à marquer sa présence comme la *volonté*, la *fraude*, etc. – ne sont présents que dans 34 articles sur les 225 qui composent le *Code pénal* de 1791. De surcroît, nous relevons une concentration surprenante des termes qui gravitent autour de l'intention dans la section consacrée au « Crimes et délits contre les propriétés », avec 22 articles qui y font référence sur les 34 (soit 64,70 %).

²²⁹ Et qui renvoie, alors, à l'effacement de l'intention et de la tentative.

²³⁰ Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Mursia, Milano, 1973. [rééd. 1764].

²³¹ Voir notamment Nicolas CATELAN, *L'influence de Cesare Beccaria sur la matière pénale moderne*, Marseille, PUAM, 2004 ; ou encore Michele PAPA, « "À celui qui lit" : l'incipit visionnaire des délits et des peines », *Archives de politique criminelle*, 1 (2015), p. 249-266.

²³² Ce sont d'ailleurs encore et toujours ces mêmes principes qui sont aujourd'hui brigüés et font tenir notre conception du droit pénal contemporain. Voir notamment Nicolas BRACONNAY, *La justice et les institutions juridictionnelles*, 3^e éd., Paris, La documentation Française, 2019 ; ou encore Yves JEANCLOS, *Les 7 principes du droit pénal*, 3^e éd., Paris, Eyrolles, 2021.

Le principe que nous pourrions appeler « principe matriciel » n'est autre que celui de la légalité criminelle : sans lui, les autres seraient inopérants²³³. Les abus des magistrats ont poussé à ce que les infractions et les peines ne puissent plus être définies de manière arbitraire par une poignée d'hommes de justice, mais par le Parlement d'où les débats doivent affiner les idées pour bâtir une nouvelle législation. On ressent là les théories contractualistes, dont celle de Rousseau et son fameux *contrat social*²³⁴, qui évoquent l'idée selon laquelle la loi est la représentation de la volonté générale, car adoptée démocratiquement par le truchement de la représentation nationale. Dès lors, il serait inadmissible qu'un groupe sans légitimité démocratique s'arroge le pouvoir de créer la loi – ou de l'interpréter dans un sens contraire à celui impulsé par le législateur. En ce sens, souvenons-nous de l'introduction du référé législatif par la loi des 16-24 août 1790 et des 27 novembre-1^{er} décembre 1790²³⁵, mais également de l'instauration du Tribunal de cassation pour contrôler de la bonne application de la loi²³⁶. Enfin, nous rappelons que la justice a été dégradée au rang d'autorité, et non plus de pouvoir. Ainsi, la séparation des pouvoirs vise au premier chef l'exécutif et le législatif puis, à titre subsidiaire, l'autorité judiciaire. Cette interprétation découle de la méfiance qu'ont certains auteurs des Lumières, au premier desquels trône Montesquieu. Lui n'évoquait pas non plus l'autorité judiciaire, y préférant le qualificatif de « puissance nulle »²³⁷.

Il est important de relever que l'appréciation du pouvoir ou de l'autorité judiciaire est restée très mouvante dans les constitutions qui se sont succédé de 1791

²³³ En effet, vouloir des textes clairs sans principe de légalité reviendrait à donner un coup d'estoc dans l'eau, car alors rien ne nous forcerait à nous référer à cette législation limpide. Par ailleurs, contraindre les magistrats à une interprétation stricte, sans les lier, là encore, aux textes, n'aurait que peu de sens. De fait, le principe de la légalité est donc le principe premier, duquel découlent les autres que sont notamment l'interprétation stricte de la loi pénale ou encore la clarté de la législation criminelle.

²³⁴ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social, op. cit.*, notamment p. 181 et s.

²³⁵ Loi des 16-24 août 1790, titre II, art. 12 ; loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, art. 21 alinéa 2. Pour plus de précisions sur le référé législatif, voir notamment Paolo ALVAZZI DEL FRATE, « Aux origines du référé législatif : interprétation et jurisprudence dans les cahiers de doléances de 1789 », *Revue historique de droit français et étranger*, 2 (2008), p. 253-262 ; de manière générale voir Yves-Louis HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, PUF, 2020 [rééd. 1965].

²³⁶ *Loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790*. Pour plus de précisions concernant le Tribunal de cassation, voir notamment Jean-Louis HALPÉRIN, « Le Tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799) », *Annales historiques de la Révolution française*, 1 (1986), p. 99-102 ; ou encore Jean-Louis HALPÉRIN, *Le Tribunal de cassation sous la Révolution : 1790-1799*, Paris, LGDJ, 1987, assorti du deuxième volume de sa thèse non publiée, *Le Tribunal de cassation sous la Révolution française (1790-1799)*, tome 2, thèse dactyl., droit, Paris, 1985.

²³⁷ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* [[en ligne](#)], deuxième partie (Livres IX à XIII), *op. cit.*, Livre XI, Chapitre 6., p. 48 : « La puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent, mais exercée [...] dans certains temps de l'année [...]. De cette façon, la puissance de juger [...], devient, pour ainsi dire, invisible et nulle » ; p. 50 : « Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle ».

jusqu'à nos jours. En effet, la *Constitution* de 1791 dispose d'un « Chapitre V. Du pouvoir judiciaire », la *Constitution* de l'an I (24 juin 1793) évoque cette fois l'autorité judiciaire, puis la *Constitution* du 5 fructidor an III (22 août 1795), en son titre VIII, effectue un retour sur l'appellation « Pouvoir judiciaire ». Par la suite, et de manière synthétique, la *Constitution* du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799), la *Constitution* du 16 thermidor an X (4 août 1802), la *Constitution* du 14 janvier 1852, les *Lois constitutionnelles de 1875* (24, 25 février et 16 juillet 1875), la *Loi constitutionnelle* du 2 novembre 1945 et la *Constitution* du 27 octobre 1946 ne font ni référence au pouvoir, ni à l'autorité judiciaire. La *Constitution* de l'an XII (18 mai 1804), la *Charte constitutionnelle* du 4 juin 1814, et la *Charte constitutionnelle* de 1830, évoquent l'ordre judiciaire ; par ailleurs, l'*Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire* du 22 avril 1815, ainsi que la *Constitution* du 4 novembre 1848 mettent en avant un « pouvoir judiciaire ». Ce faisant, nous devons patienter jusqu'à notre *Constitution* du 4 octobre 1958 pour retrouver l'appellation « autorité judiciaire ». Ce point fait encore aujourd'hui l'objet de frictions, comme le démontre l'audition du Pr Fabrice Hourquebie devant l'Assemblée nationale. Évoquant le « pouvoir judiciaire » et sa faculté de « contre-pouvoir », l'un des rapporteurs, Guy Geoffroy, rebondit immédiatement sur cette déclaration et pose que :

il n'est pas banal qu'un éminent constitutionnaliste s'exprime sur les questions relatives à la justice. Il n'est absolument pas anecdotique d'entendre le secrétaire général de l'Association française de droit constitutionnel évoquer à deux reprises la justice en tant que « pouvoir », et nous parler ensuite de « contre-pouvoir »²³⁸.

Or, nous pouvons considérer que, selon la place accordée à la justice, le pouvoir d'interprétation sur les textes sera lui aussi variable.

Par ailleurs, le principe de la légalité ne peut exister sans textualisation ; de fait, appeler à un respect de la légalité ne serait qu'un vœu pieux si des textes n'étaient pas adoptés, et si le système dans son entier n'était pas dépoussiéré des particules encombrantes qui nuisent à la compréhension de l'ensemble²³⁹. La codification permet donc au principe de légalité d'exister, et le principe de légalité donne toute sa force

²³⁸ *Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République*, mercredi 14 janvier 2015, « Compte rendu n° 36 », Présidence de M. Jean-Jacques Urvoas, p. 20-21.

²³⁹ Par « particules encombrantes » nous visons directement les notions les plus floues, celles qui font nécessairement appel à l'arbitraire de la magistrature pour qu'on puisse les qualifier/les définir/les circonscrire. L'intention et sa myriade d'expressions sont de ces particules encombrantes.

aux textes adoptés, essayant de rompre l'évitement systématique de la législation comme cela put être le cas avec les ordonnances royales passées, dont l'*Ordonnance civile* de 1667 et son article 7²⁴⁰.

Similairement, essayer de faire respecter la légalité sans textes compréhensibles reviendrait à se battre contre quelque moulin à vent²⁴¹. Pour considérer qu'il existe des limites, encore faut-il en comprendre les contours. C'est en ayant ces considérations en tête, certainement, que le principe de l'intelligibilité de la loi pénale fut posé, ouvrant plus largement le contrôle contre d'éventuels abus notoires. Ce faisant, la jurisprudence se devait d'être conforme à la loi ; c'est du moins ce qu'entendait Robespierre en déclarant :

Ce mot de jurisprudence des tribunaux, dans l'acception qu'il avait dans l'ancien régime, ne signifie plus rien dans le nouveau ; il doit être effacé de notre langue. Dans un État qui a une Constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi ; alors il y a toujours identité de jurisprudence²⁴².

Encore plus directement, nous pouvons citer Portalis (1746-1807), exposant que :

Les matières criminelles, qui ne roulent que sur certaines actions, sont circonscrites : les matières civiles ne le sont pas. [...] Conséquemment, les matières criminelles peuvent devenir l'objet d'une prévoyance dont les matières civiles ne sont pas susceptibles. [...] Ainsi, en matière criminelle, où il n'y a qu'un texte formel et préexistant qui puisse fonder l'action du juge, il faut des lois précises et point de jurisprudence²⁴³.

²⁴⁰ Nous l'avons évoqué ci-avant, il y avait des textes royaux qui cherchaient à homogénéiser le droit (comme l'*Ordonnance civile* de 1667 en son article 7), mais à défaut d'unification territoriale et sans centralisation, l'interprétation des textes, voire le choix opéré dans les dispositions applicables, était de mise.

²⁴¹ Miguel DE CERVANTÈS SAAVERDA, *L'ingénieur hidalgo Don Quichotte de la Manche* [en ligne], tome 1, Québec, La Bibliothèque électronique du Québec, s. d. [rééd. 1605], p. 130-147.
URL : <https://beq.ebooksgratuits.com/cervantes/Cervantes-1.pdf>.

²⁴² Maximilien François Marie Isidore Joseph DE ROBESPIERRE (par commodité, les prochaines citations seront uniquement signalées par « Robespierre »), « Suite de la discussion sur le tribunal de cassation, lors de la séance du 18 novembre 1790 », *Archives Parlementaires de la Révolution Française*, 20 (1885), p. 516.

²⁴³ *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, présenté le 1^{er} pluviôse An IX par Portalis, Tronchet, Bigot de Préameneu et Maleville : Jean-Étienne-Marie PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté le 1^{er} pluviôse An IX.

La loi est donc souhaitée limpide, dressant les obstacles à la survivance de notions vagues, quoique communément partagées. Locke décrivait ces notions indéterminées quoique vectrices de fausses certitudes sur leur contenu, comme suit :

& que de grands mots ou des termes mal appliquez qui signifient fort peu de chose, ou qui ne signifient absolument rien, se sont acquis, par prescription, le droit de passer fausement pour le Savoir le plus profond & le plus abstrus, qu'il ne sera pas facile de persuader à ceux qui parlent ce Langage, ou qui l'entendent parler, que ce n'est pas dans le fond autre chose qu'un moyen de cacher son ignorance, & d'arrêter le progrès de la vraie Connoissance²⁴⁴.

Le monde de l'antimatière, gouverné par la pensée et l'intellectualisation, semble alors fortement remis en cause.

Sans affirmer que nous pourrions observer un revirement radical entre responsabilité subjective – et parfois objective – à la fin de l'Ancien Régime, et responsabilité absolument objective sous la Révolution, nous devons néanmoins révéler une tendance forte vers plus d'objectivation²⁴⁵. Cette objectivation, ou objectivisation, coïncide avec l'envie de rompre les liens entre religion et droit, mais également avec cette volonté renouvelée d'épurer le droit pénal de ses conceptions les plus vaporeuses : la crainte est que ces dernières puissent involontairement ouvrir la voie au retour de l'arbitraire des juges²⁴⁶.

²⁴⁴ John LOCKE, *Essai philosophique concernant l'entendement humain*, *op. cit.*, p. XXXIV. De manière encore plus générale, voir le « Livre IV. De la connoissance », p. 427 et s., et spécialement les pages 427-428, et p. 541 et s.

²⁴⁵ Sur le matérialisme exprimé par le *Code pénal* de 1791, voir notamment Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA et Pierre LENOËL, *Au nom de l'ordre, une histoire politique du Code pénal*, *op. cit.*, p. 114.

²⁴⁶ En somme, on essaye d'épurer la législation criminelle, de l'objectiver, pour que les magistrats n'aient plus qu'un rôle restreint, en tendant fortement vers le modèle du « juge automate » cher à Montesquieu (MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* [[en ligne](#)], deuxième partie [Livres IX à XIII], *op. cit.*, Livre XI, Chapitre 6., p. 52 : « Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »). Cela est renforcé par le référé législatif déjà évoqué, mais également par le rôle de gardien de la loi confié au Tribunal de cassation dans un premier temps ; un premier temps seulement, puisque la *Constitution* de l'an III (22 août 1795) revenait sur l'articulation des pouvoirs entre le législatif et le Tribunal de cassation. Bien que l'article 256 rappelle que « Lorsque, après une cassation, le second jugement sur le fond est attaqué par les mêmes moyens que le premier, la question ne peut plus être agitée au Tribunal de cassation sans avoir été soumise au Corps législatif, qui porte une loi **à laquelle le Tribunal de cassation est tenu de se conformer** » [nous soulignons], la *Constitution* de l'an III dispose, en son article 264, que « Le Corps législatif ne peut annuler les jugements du Tribunal de cassation, sauf à poursuivre personnellement les juges qui auraient encouru la forfaiture ». Cependant, la volonté de s'inscrire, toujours, dans une logique légicentriste et empreinte de nomophilie, est de mise.

L'intention en est un exemple, puisqu'elle repose sur la faute. Le comportement fautif est un élément qui renvoie à des conceptions religieuses de la responsabilité²⁴⁷, en ce sens qu'on ne se contente pas de regarder le déséquilibre matériel causé, mais que l'on va plus loin dans l'analyse de l'acte pour y rechercher un comportement qualifié d'« anormal ». Cette faute appelle d'autres notions auxquelles elle est obligatoirement rattachée : fauter, c'est mal se comporter. Nous basculons alors dans un raisonnement manichéen, opposant l'action louable et l'action blâmable. Seulement, il serait inconcevable de réprimander une personne qui ne serait pas pleinement maîtresse de son comportement. Le droit romain consacrait déjà cette appréciation circonstanciée comme en atteste un fragment d'Ulpien (170-223) : « Cependant, il y en a pour qui il n'en est pas ainsi, tels un furieux ou un impubère qui n'est pas capable de dol : car ces sortes de personnes peuvent souffrir une injure et non pas l'infliger »²⁴⁸. Augustin ne prescrivait pas autrement concernant l'appréciation de la subjectivité du fautif²⁴⁹, et Muyart de Vouglans, à la fin du XVIII^e siècle, reprend ces analyses dans son travail doctrinal, affirmant que :

La Loi assimile ceux-ci, tantôt aux enfans, tantôt à des personnes absentes : elle ajoute d'ailleurs cette considération particulière pour les faire exempter de peine, qu'ils sont déjà assez punis par le malheur de leur état, qui ne les rend susceptibles d'aucune espèce d'acte [...] ²⁵⁰.

Il en découle que le comportement fautif ne peut être que le fait d'une personne libre. Un raisonnement identique trouvera application pour ce qui touche à la conscience de l'acte. C'est ainsi que nous retrouvons les fondements idylliques de la responsabilité dans cette conception spiritualiste subjectiviste : un comportement fautif, qui peut être rattaché à un humain libre et conscient de ses actes. Nous comprenons donc que l'intention aura ici toute sa place. Nous percevons également que la logique interne de ce focus effectué sur la faute de l'agent cherche à punir les actions qui ne sont pas encore réalisées, les pensées mauvaises, qui sont celles punies

²⁴⁷ Michel VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », art. cit., p. 52. Paul FAUCONNET, *La responsabilité, étude de sociologie*, op. cit., p. 217.

²⁴⁸ *Digeste*, 3, 47, 10, 3, 1, traduction Henri HULOT.

²⁴⁹ Vincent PÉRONNE et Écalle CHARPENTIER (dir.), *Œuvres complètes de Saint Augustin*, tome 3, op. cit., p. 299-301.

²⁵⁰ Pierre-François MUYART DE VOUGLANS, *Les loix criminelles de France, dans leur ordre naturel*, op. cit., p. 27.

par l'Église²⁵¹, autant qu'elle punit les actions matérielles – commises avec intention. Là encore, Muyart de Vouglans nous en informe assez clairement :

Nous avons dit *en troisième lieu*, que le Crime étoit défendu par la Loi, comme *troublant l'ordre extérieur de la société*, parce qu'en effet, ce n'est qu'autant que le Crime se manifeste par quelque acte extérieur, qu'il devient du ressort de la Justice humaine : car s'il n'est réduit qu'aux simples termes de la pensée, comme en fait de mauvais desirs & autres mouvements désordonnés qui se passent dans l'intérieur, l'on sçait que la connoissance n'en appartient, & n'en peut appartenir qu'à la Justice divine, qui s'exerce sur la terre par les Ministres de l'Église dans les tribunaux de la pénitence ; & c'est proprement dans ce dernier cas qu'il est connu sous le nom de *péché*²⁵².

Par cette filiation idéologique avec l'Église, devenue insoutenable, mais également pour éviter de laisser une zone d'ombre – la détermination de l'intention – entre les mains des magistrats, l'intention apparaît chassée d'une législation que les rédacteurs veulent conforme aux grands principes énoncés²⁵³.

Nous pouvons donc considérer que la période révolutionnaire se présente comme une « vitrine enchantée » de la pensée des Lumières, en ce qu'elle cherche à s'y conformer en tendant vers plus de matérialisme, une responsabilité plus objective, en servant le nouveau crédo de l'utilité dans le fonctionnement de la répression. Ce constat se trouve conforté dès lors que sont étudiées certaines infractions du *Code pénal* de 1791.

B. Une législation déconnectée du passé : la matérialité des infractions

Pour des raisons de faisabilité²⁵⁴, nous nous intéresserons ici à une poignée d'infractions dites « traditionnelles », telles que le vol ou les homicides – involontaire, volontaire, prémédité²⁵⁵. Nous ne nous référerons qu'aux dispositions des Codes de

²⁵¹ Voir notamment Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 2^e éd., Paris, Boiste, 1796, p. 95.

²⁵² Pierre-François MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles de France, dans leur ordre naturel*, op. cit., p. 2.

²⁵³ Comme en attestent nos tableaux et pourcentages sur l'apparition des termes intention, volonté, méchamment, etc. Sur ce point, voir l'Annexe V – La recherche de l'intention dans le *Code pénal* de 1791.

²⁵⁴ Une étude détaillée de l'ensemble des textes demanderait certainement une thèse à part entière.

²⁵⁵ Ces infractions sont « classiques » en ce qu'elles touchent à des interdits très anciens de nos sociétés contemporaines – et même plus largement puisque certaines marquent remontent au *Code d'Hammourabi* de la Mésopotamie antique (sur ce point, voir notamment Charles LEJEUNE, « La loi de Hammourabi », *Bulletins et Mémoires de la Société d'Anthropologie de Paris*, 1 [1910], p. 500-511, et spécialement p. 501).

1791 et 1795, comme expliqué dans l'introduction de ce paragraphe, afin de nous concentrer sur la matérialisation concrète des infractions dans la législation révolutionnaire, en faisant fi, pour le moment, des guides concernant leur appréhension par la magistrature et les jurés²⁵⁶.

Le choix du vol et des hypothèses d'homicide n'est pas innocent ; il s'agit d'infractions anciennes, fortement ancrées dans les interdits de nos sociétés européennes. Le *Code d'Hammourabi* visait déjà ces prohibitions, qui sont également reprises dans la *Loi du talion*, ou encore dans les restrictions bibliques. L'hypothèse du viol aurait pu être intéressante ; néanmoins, l'infraction est volontairement exclue de notre *corpus*, puisque particulière à plusieurs titres : premièrement, elle pourrait correspondre à une aggravation de l'agression sexuelle, mais est consacrée à titre autonome pour renforcer la symbolique de l'interdit frappant l'acte ; de plus, le viol aurait été difficile à saisir en raison de la correctionnalisation qui l'entoure bien souvent, afin de soustraire son jugement criminel des jurés qui, trop de fois, auraient fait preuve de complaisance à l'égard des agresseurs ou agresseuses ; enfin, parce qu'il s'agit d'une infraction dont les lignes sont mouvantes, avec l'acceptation malheureusement tardive du viol entre époux/épouses dans le cadre du mariage. Toutes ces difficultés nous ont poussé à exclure le viol de notre étude, sans pour autant fermer la porte à un travail spécifique sur cette question dans de futures recherches. L'intention y est très présente puisqu'un même acte, une pénétration sexuelle, changera entièrement selon la présence ou non du consentement²⁵⁷.

En parallèle, parce qu'elle comporte des particularités intrinsèques à sa constitution, la tentative capte notre attention : elle représente une intervention du droit en dehors de son domaine privilégié d'action, les actes échus. Généralement, on accepte l'intervention de la répression étatique lorsque l'offense a été consommée ; le droit ne peut se permettre de punir les simples pensées, même les plus sombres – cette tâche est dévolue à l'Église qui assure le contrôle du *for intérieur* en blâmant les intentions suivies ou non d'actions. La tentative est donc intéressante en ce qu'elle tend

²⁵⁶ C'est notamment le cas de la *Loi concernant la Police de sûreté, la Justice criminelle et l'établissement des Jurés* des 16-29 septembre 1791, compilée dans la *Collection générale des lois, proclamations, instructions, et autres actes du pouvoir exécutif*, tome 5, partie II, août-septembre 1791, mais également de la *Loi en forme d'instruction, pour la Procédure criminelle* des 29 septembre-21 octobre 1791, compilée dans la *Collection générale des lois, proclamations, instructions, et autres actes du pouvoir exécutif*, tome 6, octobre-novembre 1791.

²⁵⁷ Nous aurons peut-être l'occasion de creuser ce point dans le cadre du projet ANR *HLPGenre*, porté par Mme Duffuler-Vialle, duquel nous sommes membre de l'équipe de travail.

à brouiller cette scission pourtant bien établie : au droit la punition des actions matérielles concrétisées dans le *for extérieur* ; aux religions la punition des intentions impures du *for intérieur*, et éventuellement des intentions suivies d'effet²⁵⁸.

En adoptant une posture d'analyse purement textuelle, on remarque que le vol est défini comme suit dans le *Code pénal* de 1791²⁵⁹ : « Tout vol commis à force ouverte ou par violence envers les personnes, sera puni de dix années de fers ». Le principe est posé. Les articles qui suivent ne sont plus qu'une succession de précisions matérielles sur les circonstances, elles aussi matérielles, du vol. Ainsi, l'article 2 vise « le vol à force ouverte et par violence envers les personnes [...] dans un grand chemin, rue ou place publique, soit dans l'intérieur d'une maison [...] », l'article 3 les effractions, l'escalade de portes ou autres clôtures et murailles, etc. Ces éléments servent à affiner la perception que l'on peut avoir des circonstances matérielles du crime, et ainsi à déterminer une sanction la plus juste possible, respectant un principe d'utilité qui nécessite de mesurer avec une précision chirurgicale la portée de l'offense pour y adjoindre la peine adéquate. Néanmoins, ce que ne mentionnent jamais ces articles, ce sont des termes qui pourraient faire référence, de près ou de loin, à l'intention. En pratique, si l'accusé a escaladé une clôture, de nuit, pour s'introduire dans un local d'habitation, la justice en déduit son intention de soustraire une chose : suivant l'adage, « les actes valent mille mots ». Nous pourrions donc dire que la législation concernant le vol, dans le *Code pénal* de 1791, est objective, puisqu'elle ne regarde que la matérialité de l'infraction sans égard à l'intention du criminel. Cette affirmation est incomplète puisqu'il lui manque le regard de la pratique, celle des jurés, et celle de plus en plus insistante du Tribunal de cassation ; nous y reviendrons ci-après.

²⁵⁸ Beccaria rappelle d'ailleurs la différence entre la mesure du crime et le péché : « Finalmente alcuni pensarono che la gravezza del peccato entrasse nelle misura dei delitti. La fallacia di questa opinione si renderà palpabile ad un indifferente esaminatore dei veri rapporti tra uomini e uomini, e tra uomini e Dio » (Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 2^e éd., Paris, Boiste, 1796, p. 95). Pointons d'ailleurs qu'il est possible de considérer que l'*intériorité* – ou la distinction entre ce et *for extérieur* – a été affirmée par les religions monothéistes. (Michel NEYRAUT, « L'invention du *for intérieur* », art. cit., p. 971-973). Nous en trouvons d'ailleurs des exemples chez Augustin (Vincent PÉRONNE et Écalle CHARPENTIER [dir.], *Œuvres complètes de Saint Augustin*, tomes 1-32, Paris, Vivès, 1869-1873). Du reste, Michel Villey abonde en ce sens lorsqu'il retrace l'histoire du mot « responsable », et nous explique que dans un premier temps, le mot « responsable » bascule dans la sphère religieuse, avant de gagner les sphères laïques du langage. Ce faisant, on ne devait plus alors répondre de ses actions devant Dieu, mais devant notre *for intérieur*, puisque nous aurions intégré les interdits moraux (Michel VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », art. cit., p. 53-54).

²⁵⁹ *Code pénal* de 1791, Deuxième Partie, Titre II, Section 2, art. 1^{er}.

Concernant les homicides, la démarche est sensiblement identique, tout en faisant montre d'une plus grande subtilité concernant l'intention criminelle. Ces infractions sont comprises aux articles 1 et suivants du *Code pénal* de 1791, Deuxième Partie, Titre II, Section 1. Les articles 1 et 2 distinguent l'homicide commis involontairement, avec ou sans imprudence ou négligence ; les articles 3 et suivants désignent les homicides excusables – légitime défense, ordre de la loi, commandement légitime. L'article 7, quant à lui, vise les homicides volontaires, en exposant que « tout homicide commis volontairement envers quelques personnes, avec quelques armes, instruments et par quelque moyen que ce soit, sera qualifié et puni ainsi qu'il suit, selon le caractère et les circonstances du crime ». Comme pour le vol, nous comprenons dans les grandes lignes ce qu'est un homicide volontaire, sans pour autant trouver de peine encore ; la sanction est détaillée dans les articles suivants, pour s'adapter aux circonstances matérielles – et non les circonstances intentionnelles. L'article 8 dispose alors que « L'homicide commis sans préméditation sera qualifié de meurtre » ; l'article 11 pose que « L'homicide commis avec préméditation, sera qualifié d'assassinat » ; enfin, l'article 14 dispose que « Sera qualifié d'assassinat, et comme tel puni de mort, l'homicide qui aura précédé, accompagné ou suivi d'autres crimes, tels que ceux de vol, d'offense à la loi, de sédition ou tous autres »²⁶⁰.

Nous le remarquons à la lecture du Code de 1791, ce qui distingue l'homicide involontaire avec ou sans imprudence, tient en la caractérisation d'un accident venant vider de sa substance le crime. L'action purement accidentelle n'ouvre pas droit à réparation pénale. L'objectivité absolue du texte n'est donc pas atteinte, mais la matérialité de l'infraction est certainement acquise. En effet, il n'est pas dit explicitement que l'accident tient en la caractérisation d'un état mental particulier ; il pourra donc être compris comme la survenance de faits matériels de nature à prouver le caractère absolument imprévisible de l'homicide.

Concernant l'assassinat, il ne nous est pas précisé ce qu'est la préméditation. En revanche, quelques articles plus tard, le texte nous informe que la préméditation se trouve acquise si l'homicide précède ou succède d'autres infractions. Dans la mesure où l'article 11 est vague, nous pouvons subsumer que l'assassinat sera réduit à ces

²⁶⁰ Nous mettons volontairement de côté les articles 12, 15 et 16 de la Deuxième Partie, Titre II, Section 1 du *Code pénal* de 1791, puisqu'ils concernent les empoisonnements qui relèvent du régime spécifique des infractions qualifiées de formelles, c'est-à-dire réalisées sans même que le but ne soit atteint. Il s'agit donc d'une matérialité encore plus marquée de la responsabilité criminelle.

hypothèses d’homicides concomitants avec d’autres infractions, ce qui, du reste, semble être partiellement confirmé par l’analyse des quelques dossiers que nous avons pu consulter aux archives de Paris et Bordeaux²⁶¹ ; c’est d’ailleurs la lecture classique que peuvent avoir les juristes encore bercés par leurs souvenirs des écrits de Jousse – entre autres. Ce dernier nous avertissait que, « on confond assez ordinairement l’assassinat avec le meurtre de guet-à-pens » – ce qui semble pourtant être désormais confondu de nouveau dans la législation révolutionnaire²⁶². Or, il précise que « les anciennes Ordonnances [en] ont fait une distinction »²⁶³ :

Le meurtre de guet-à-pens est celui qui se commet de propos délibéré & par trahison, lorsqu’on attend une personne au passage, & qu’on la tue, ou qu’on use de violences considérables à son égard, dans le temps qu’elle ne s’y attend point. [...] L’assassinat s’entend de ceux qui pour prix d’argent, se louent pour tuer, outrager, ou excéder quelqu’un. Ainsi, pour qu’il y ait assassinat, il faut qu’il y ait prix d’argent promis & accepté ; autrement ce n’est plus un assassinat. Quelques-uns même prétendent que les promesses générales & vagues ne suffisent pas pour qualifier un meurtre du nom d’assassinat, & que les homicides faits sous de telles pactions, sont punis comme simples meurtres de guet-à-pens. Mais cette distinction est peu importante parmi nous, où l’assassinat & le meurtre de guet-à-pens sont punis de la même peine, comme on le dira ci-après. L’assassinat prémédité, ainsi que le meurtre de guet-à-pens, est un crime très grave [...]²⁶⁴.

Outre la distinction posée par Jousse, nous relevons également que l’assassinat n’était alors appréhendé que sous l’angle d’un contrat de gage pour tuer un tiers, la remise d’argent comportant alors la preuve de la préméditation dans l’action de tuer. L’assassinat, homicide prémédité, était déjà alors une infraction très matérielle en ce sens que l’intention forte de cette incrimination reposait presque exclusivement sur la preuve d’une remise d’argent. Le raisonnement de Jousse, concernant la tentative d’assassinat cette fois, suit la même logique : il faut, pour punir de mort, que la

²⁶¹ Alors que pour certains documents d’archives, nous avons pu constituer un *corpus* aux Archives départementales de Gironde et de Paris, les dossiers de procédure criminelle en Gironde n’ont malheureusement pas pu faire l’objet d’un travail de dépouillement par nos soins. En effet, les dossiers antérieurs à 1940 ont presque tous été détruits dans un incendie ou perdus ; notre demande de dérogation pour lever l’embargo n’a été acceptée qu’en octobre 2021, pour une demande formulée en 2018 !

²⁶² Le « guet-apens » n’apparaît qu’une seule fois dans le *Code pénal* de 1791, Deuxième Partie, Titre II, Section 1, art. 27 : « Lorsque les violences spécifiées aux articles 21, 22, 23, 24 et 26, auront été commises avec préméditation et de guet-apens, le coupable sera puni de mort ». Le guet-apens n’est donc pas défini et trouve place à côté de la préméditation, alors même qu’on aura déjà eu tendance à confondre les deux par le passé.

²⁶³ Daniel JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, tome 3, *op. cit.*, p. 248.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 248-249.

tentative soit démontrée par un commencement d'exécution certain, et que la victime n'en réchappe « que par hasard », nous dit-il²⁶⁵.

Reste l'hypothèse du simple meurtre, qui nous semble être la plus épineuse. Sans déclamer que les homicides involontaires et assassinats disposent de précisions textuelles d'une limpidité absolue, le meurtre souffre d'un manque de précision encore plus saisissant. Le problème semble se délier puisque la logique veut que, ce qui n'est ni un homicide involontaire, ni un assassinat, tombe finalement dans l'escarcelle du meurtre. Au milieu des autres incriminations dont la gravité dépend du degré d'intentionnalité matérialisée, la qualification de meurtre pourrait donc être la « voiture balai » des homicides : elle récupère les autres hypothèses d'homicides, et il incombera aux jurés d'exprimer leur intime conviction sur ce point.

Enfin, nous sommes marqués par la survivance de la tentative qui ne semble concerner que trois hypothèses : l'assassinat²⁶⁶, l'empoisonnement²⁶⁷ et l'extraction illicite d'une personne détenue²⁶⁸. L'empoisonnement est un cas particulier en ce qu'il s'agit d'une infraction formelle. Le simple fait d'empoisonner des aliments ou un breuvage est suffisant pour accomplir l'infraction. Pour contrebalancer cet effet, l'article 16 du *Code pénal* de 1791²⁶⁹ consacre l'hypothèse d'une renonciation à l'empoisonnement par son auteur, ce qui relève de l'exception dans ce *corpus* rigoureux par sa pénalité. La tentative d'assassinat ou d'extraction d'une personne détenue ne bénéficie pas de cette souplesse relative. Quoiqu'il en soit, l'empoisonnement non consommé est puni, mais nulle expression ne fait référence à l'intention mauvaise qui aurait guidé l'action. Or, par principe, la tentative désigne

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 250. Du reste, Muyart de Vouglans s'inscrit dans la même interprétation des ordonnances passées, dont l'*Ordonnance criminelle* de 1670 (Pierre-François MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles de France, dans leur ordre naturel, op. cit.*, p. 25 sur la nécessité de punir la tentative d'assassinat comme l'assassinat consommé, et p. 172-173 sur la définition de l'assassinat commis par plusieurs personnes et avec une remise d'argent).

²⁶⁶ *Code pénal* de 1791, Deuxième Partie, Titre II, Section 1, art. 13 : « L'assassinat quoique non consommé, sera puni de la peine portée en l'article 11, lorsque l'attaque à dessein de tuer aura été effectuée ».

²⁶⁷ *Code pénal* de 1791, Deuxième Partie, Titre II, Section 1, art. 15 : « L'homicide par poison, quoique non consommé, sera puni de la peine portée en l'article 12, lorsque l'empoisonnement aura été effectué, ou lorsque le poison aura été présenté ou mêlé avec des aliments ou breuvages spécialement destinés, soit à l'usage de la personne contre laquelle ledit attentat aura été dirigé, soit à l'usage de toute une famille, société ou habitants d'une maison, soit à l'usage du public ».

²⁶⁸ *Code pénal* de 1791, Deuxième Partie, Titre I, Section 4, art. 8 : « Quiconque aura délivré ou sera convaincu d'avoir tenté de délivrer, par force ou violence, des personnes légalement détenues, sera puni de trois années de fers ».

²⁶⁹ *Code pénal* de 1791, Deuxième Partie, Titre I, Section 1, art. 16 : « Si toutefois avant l'empoisonnement effectué, ou avant que l'empoisonnement des aliments et breuvages ait été découvert, l'empoisonneur arrêtaient l'exécution du crime, soit en supprimant lesdits aliments ou breuvages, soit en empêchant qu'on en fasse usage, l'accusé sera acquitté ».

une série d'actes malintentionnés qui, sans atteindre de résultat probant, demeurent punissables par cette concordance « intention mauvaise forte + commencement d'exécution ». Nous supposons donc que, sur l'empoisonnement, la matérialité a pris l'ascendant sur le reste.

Nous pouvons encore considérer que la tentative d'assassinat et la tentative d'extraction illicite d'une personne détenue suivent le même mouvement. Concernant l'assassinat, le texte réclame que « l'attaque à dessein de tuer aura été effectuée », donc matérialisée. Là encore, ce n'est pas la simple intention de tuer, avec préméditation, qui permet de punir. Le droit n'intervient que très tard sur *l'iter criminis*, presque à la fin, sans prendre en considération les actes préparatoires et l'intention potentiellement mauvaise qui permettraient d'agir en amont. *Idem* concernant l'extraction d'un prisonnier, puisqu'il faut qu'il y ait une tentative démontrée par « force ou violence » ; la tentative n'est donc pas une potentialité, elle est indubitable, parce que matériellement exprimée.

En cela, nous pouvons considérer que les rares hypothèses de tentatives qui sont finalement consacrées par le *Code pénal* de 1791 ne paraissent pas suffisantes pour dire qu'il y aurait une incursion ambitieuse de l'intentionnalité dans la législation. Si des indices dans le sens inverse peuvent être trouvés, ils demeurent épars et peu explicites ; à l'inverse, la matérialité de la compréhension et l'appréhension de la législation criminelle, elles, font peu de doute. Nous relevons également que la terminologie qui entoure la tentative est relativement timide. Beccaria dans son traité, évoquait la tentative d'assassinat, mais sous le vocable « attentats » (« attentati »). Il déclarait alors :

Ce n'est pas parce que les lois ne punissent pas l'intention qu'un crime manifesté par un commencement d'exécution ne mérite pas de peine, même inférieure à celle due pour un crime pleinement exécuté. L'importance d'empêcher un attentat autorise la peine : mais il peut y avoir un intervalle entre l'attentat et l'exécution ; alors la forte peine applicable au crime consommé peut faire l'objet d'un repentir²⁷⁰ [notre traduction, texte original en note de bas de page].

²⁷⁰ Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 2^e éd., Paris, Boiste, 1796, p. 56 : « Perchè le leggi non puniscono l'intenzione, non è però che un delitto, che cominci con qualche azione che manifesti la volontà di eseguirlo, non meriti una pena, benchè minore della dovuta all' esecuzione medesima del delitto. L'importanza di prevenire un attentato autorizza una pena : masiccome tra l'attentato e l'esecuzione vi può essere un intervallo ; così la pena maggiore riserbata al delitto consumato può dar luogo al pentimento ».

Dans le *Code pénal* de 1791, la tentative d'assassinat est décrite par ses conséquences, sans directement évoquer le terme « tentative » : « L'assassinat quoique non consommé, sera puni de la peine portée en l'article 11, lorsque l'attaque à dessein de tuer aura été effectuée »²⁷¹. Selon nous, il s'agit de réminiscences de la pensée de Lepeletier de Saint-Fargeau (1760-1793) – orthographié tantôt Lepelletier, ou Lepeletier ; nous préférons la seconde graphie qui semble plus répandue. Ce dernier, devant l'Assemblée le 23 mai 1791, déclarait que :

C'était une grande absurdité de nos lois de punir le voleur sur le grand chemin, le serviteur qui dérobaient quelques effets à son maître, l'homme qui, en brisant les clôtures, s'introduisait dans les maisons, de la même peine que l'assassin²⁷².

Nous comprenions alors que l'assassin était, plutôt logiquement, le criminel de la pire espèce ; mais nous retrouvons également cette gradation des peines évoquée par Beccaria, concernant l'attentat – ou la tentative, donc. Nous ne sommes pas surpris que le projet de Code pénal porté par Lepeletier soit complet concernant la tentative d'homicide – bien que toujours présentée comme « homicide non consommé », et non une tentative. Au total, 6 articles – les articles 18 à 23 du projet – concernent l'homicide non consommé, quand le *Code pénal* de 1791 n'en comprendra finalement plus qu'un seul ! Nous pointons donc le souci de Lepeletier d'adapter la peine le plus finement possible aux actes commis, pour quitter la cruauté de la peine, et renouer avec son utilité concrète²⁷³.

Plusieurs explications peuvent intervenir concernant l'appréciation matérielle de la tentative : la volonté constante d'amoindrir le pouvoir d'appréciation de la magistrature, qui ne peut retenir une tentative comme elle le souhaite, sinon dans un cadre matériel rigoureusement posé ; peut-être aussi le constat d'une impossibilité de lutter contre une criminalité encore fictive puisque non réalisée, les forces de l'ordre n'étant pas aussi nombreuses qu'aujourd'hui, et les techniques moins sophistiquées, pour intercepter et comprendre une action criminelle en préparation, et tenter de l'arrêter avant qu'elle ne soit tentée dans sa phase finale. Ce dernier constat peut être conforté par notre analyse de la tentative à l'aune des dossiers de procédure criminelle

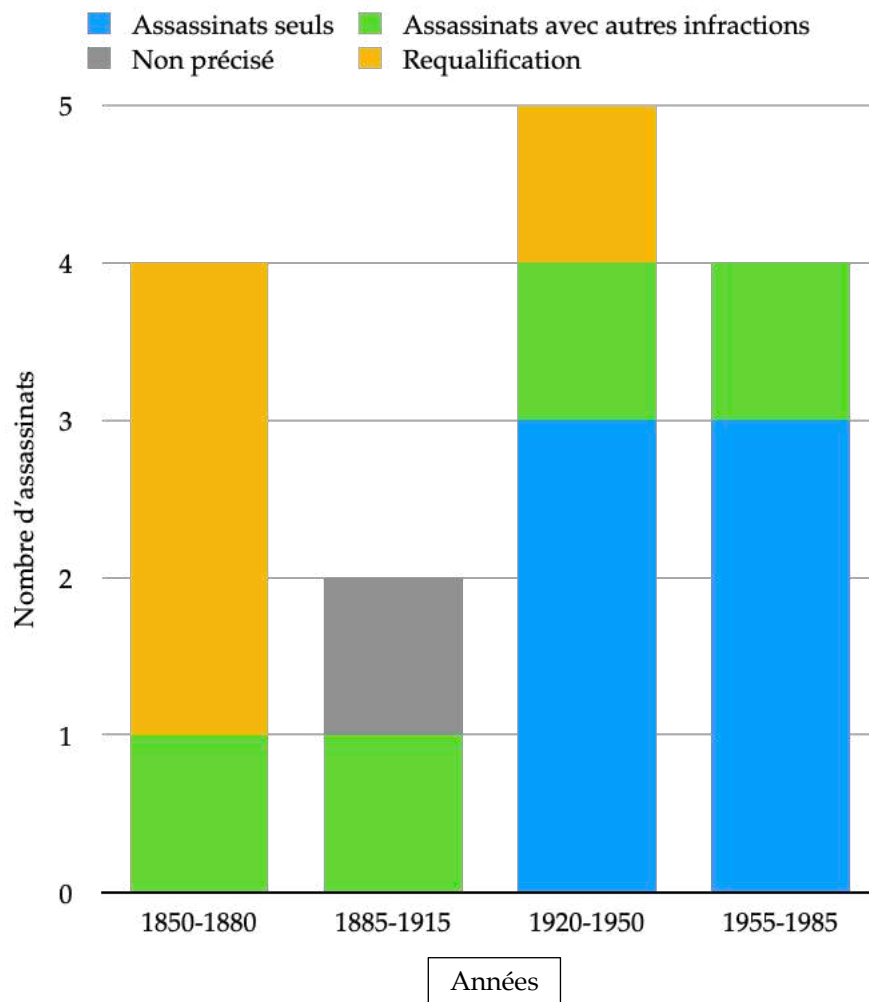
²⁷¹ *Code pénal* de 1791, Deuxième Partie, Titre II, Section 1, art. 13.

²⁷² Louis-Michel LE PELETIER DE SAINT-FARGEAU, « Rapport par M. le Peletier de Saint-Fargeau sur le projet de Code pénal en annexe de la séance du 23 mai 1791 », *Archives Parlementaires de la Révolution Française*, 26 (1887), p. 322.

²⁷³ *Ibid.*, p. 341.

consultés sur la période postérieure à notre propos – les données étant auparavant indisponibles²⁷⁴ :

Analyse des assassinats relevés dans les dossiers de procédure criminelle entre 1850 et 1985



Sur ce graphique, nous constatons que les assassinats appréhendés de manière autonome, sans être mis en lien avec une autre infraction – généralement le vol –, font leur apparition dans le courant du XX^e siècle. Cela coïnciderait avec une hypothèse que nous posons concernant les forces de l’ordre, selon laquelle leur montée en puissance leur permettrait de mieux saisir les tentatives. En effet, les techniques de police se perfectionnent à la fin du XIX^e siècle, notamment sous l’influence de Bertillon, nous y reviendrons plus tard dans ce travail. De fait, les policiers ou autres gendarmes peuvent intervenir plus tôt sur *l’iter criminis*, et appréhender une tentative sans

²⁷⁴ AP, D 2U 8 36 (1875), D 2U 8 42 (1875), D 2U 8 96 (1880), D 2U 8 97 (1880), D 2U 8 259 (1890), D 2U 8 260 (1890), D 2U 8 396 (1935), D 2U 8 407 (1935), 122 W 40 (1945), 1019 W 5 (1950), 2809 W 148 (1975), 2809 W 177 (1975), 3673 W 30 (1980), 3673 W 53 (1980).

attendre qu'un commencement matériel d'exécution ne soit nécessairement relevé à l'aide d'une autre infraction concomitante. Ce faisant, ils interviennent véritablement dans le cadre d'une tentative, qui était jusqu'à lors prise en considération une fois qu'une autre infraction avait, elle, effectivement été consommée. Notre sondage des archives semble confirmer cette tendance²⁷⁵.

Avec ces quelques exemples significatifs, il appert que la rupture est consommée avec une Époque moderne résolument tournée vers les intentions. Table rase de l'ancien, les infractions doivent répondre aux nouveaux principes du temps et, pour s'y conformer, doivent adopter simplicité, rigueur et précision matérielle. Or, faire reposer les infractions sur des notions nébuleuses telles que l'intention ne coïncide pas avec ces aspirations. Toutefois, et au risque de réveiller une opposition traditionnelle entre théorie et pratique, la procédure ne suivra pas exactement la même voie.

§ 2. *L'acceptation de la subjectivité dans la pratique révolutionnaire*

À l'occasion de sa mise en place, la nouvelle procédure criminelle entraîne des changements paradigmatiques qui provoquent des crispations. D'une part, nous percevons ce besoin de mettre un terme aux pratiques « déviantes »²⁷⁶ de la fin du Moyen Âge et de l'Époque moderne quant au rendu de la justice, et de renouer avec un système plus proche du peuple – l'idéologie de la souveraineté populaire n'y est certainement étrangère²⁷⁷ (A). D'autre part coexiste une nécessité croissante d'adapter

²⁷⁵ Le détail de cette analyse est disponible en annexe de ce travail : Annexe III – Analyse de l'assassinat dans les dossiers de procédure criminelle.

²⁷⁶ Pratiques « déviantes » en ce que, à la suite des critiques portées par les penseurs des Lumières et les nouveaux modèles de pensée qui sont charriés au passage, les excès de l'ancien droit sont désormais vus comme des abus, et non comme de nécessaires adaptations pour s'approcher de la Justice.

²⁷⁷ L'idée de la souveraineté populaire apparaît chez Rousseau. Sa vision est particulière en ce qu'il ne considère pas le peuple comme la nation. La nation n'est qu'un ensemble indéterminé, alors que le peuple est une somme de volontés qui s'unissent pour forger la volonté générale. De fait, la théorie de la souveraineté populaire, défendue par Rousseau, s'oppose à la souveraineté nationale. Alors que la souveraineté populaire rejette toute idée de représentation du peuple dans les assemblées, la souveraineté nationale, désincarnée, repose sur ce mécanisme. S'en suivent des conséquences logiques sur les mandats électifs, qui sont impératifs dans le système posé par Rousseau, et représentatifs pour la souveraineté nationale. Notons que cette *démocratie directe*, magnifiée par l'auteur, peut trouver une explication par sa nationalité : en tant que Suisse, il est certainement plus facile de penser un système dans lequel tout le monde – en l'occurrence, un peuple peu nombreux – trouverait voix au chapitre, ce qui peut être plus complexe pour des États plus grands et/ou plus densément peuplés. Voir Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social ou, Principes du droit politique*, Genève, Rey, 1762, p. 51-52, 60, 202-204, 209 et 214.

la pratique judiciaire à ce nouveau public de néophytes en droit²⁷⁸, tout en essayant de conserver un cadre assez rigide. L'idée est alors d'éviter les dérives de la magistrature²⁷⁹, en demeurant suffisamment souple pour ne pas engorger le Parlement de référés législatifs²⁸⁰. Or, de ce cadre à la fois souple et rigide résulte un maillage plutôt lâche dans le tissu infractionnel que l'on souhaitait pourtant resserré (B).

A. La mise en place graduée du jury criminel

En cette fin de XVIII^e siècle, l'anglophilie est telle que la volonté d'importer l'institution du jury touche non seulement le droit pénal, mais encore le droit civil. Cet enracinement anglais est clairement exposé par Nicolas Bergasse, déclamant que « on s'apercevra facilement qu'il n'est aucun des moyens dont nous parlons ici qui ne nous ait été fourni par la jurisprudence en Angleterre [...] »²⁸¹ ; Adrien Duport, lui, affirme sa volonté d'un jury omniprésent en termes limpides : « Mon plan est fort simple : des jurés au civil et au criminel [...] »²⁸². De fait, bien que les critiques se soient davantage concentrées sur les décisions pénales de la fin d'Ancien Régime, l'opprobre a été jeté sur toute la profession²⁸³. L'inquisitoire a vécu, longue vie à l'accusatoire²⁸⁴, en apparence du moins.

²⁷⁸ Puisque les jurés n'ont pas de connaissances en droit, et font reposer leur jugement sur leur intime conviction – leur *for intérieur* (Michel NEYRAUT, « L'invention du for intérieur », art. cit., p. 971) –, le système devait être adapté.

²⁷⁹ Ce qui nécessitait alors une rupture franche avec le fonctionnement arbitraire, et un recadrage autour de la loi, expression de la volonté générale. Ce faisant, se trouve exaucé le souhait de Montesquieu de réduire les juges à de simples applicateurs du droit (MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* [en ligne], deuxième partie [Livres IX à XIII], *op. cit.*, Livre XI, Chapitre 6., p. 52 : « Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »).

²⁸⁰ Pour plus de précisions sur l'apparition du référé législatif, voir notamment Paolo ALVAZZI DEL FRATE, « Aux origines du référé législatif : interprétation et jurisprudence dans les cahiers de doléances de 1789 », art. cit., spéc. p. 253-259. L'instauration de ce référé entraîne principalement deux conséquences : la première tient en l'interdiction pour les magistrats d'interpréter la loi ; la seconde prend la forme d'un recours obligatoire au législateur pour éclairer un texte qui ne serait pas limpide.

²⁸¹ Nicolas BERGASSE, « Rapport par M. Bergasse sur l'organisation du pouvoir judiciaire, lors de la séance du 17 août 1789 », art. cit., p. 444.

Nous pouvons aussi renvoyer, de manière plus générale, à Jean PRADEL, « Les méandres de la Cour d'assises française de 1791 à nos jours », *Revue juridique Thémis*, 1 (1998), p. 139.

²⁸² Adrien Jean DUPORT, « Principes et plan sur l'établissement de l'ordre judiciaire par M. Duport, en annexe de la séance du 29 mars 1790 », art. cit., p. 409.

²⁸³ En conséquence de la jurispohobie galopante.

²⁸⁴ L'introduction du jury amène avec elle l'intime conviction, mais également le basculement dans un système qui sera bien plus accusatoire qu'inquisitoire, bien que la rupture ne soit pas franche, et qu'il vaille mieux considérer qu'il s'agit d'un virage accusatoire – comme précisé ci-dessus.

Cette opposition entre systèmes nous semble faire peu de sens en ce que les régimes tendent plutôt vers une forme d'hybridation²⁸⁵. Il nous paraît délicat de concevoir un système purement inquisitoire ou un système radicalement accusatoire. Alors que le système inquisitoire, qui est celui connu par la France depuis le XIII^e siècle²⁸⁶, repose sur une forme de toute-puissance accordée au magistrat qui domine les débats, mène l'enquête, rend le jugement, sans nécessairement passer par une procédure contradictoire et orale²⁸⁷, le système accusatoire s'inscrit en faux sur tous les plans²⁸⁸. Ce dernier pose l'instance entre les mains des parties qui doivent, chacune, faire valoir leurs vues devant un magistrat non pas chef d'orchestre de la procédure, mais passant de l'autre côté du troisième mur pour devenir spectateur – mais un spectateur qui conserve son pouvoir de décision²⁸⁹. Dans ce cadre, l'oralité et le contradictoire dominant. On comprend vite, alors, en quoi l'inquisitoire semble dresser un mur infranchissable devant l'avancée du jury dans son arène de prédilection, quand le système accusatoire peut s'en accommoder.

La transition que nous pouvons remarquer dans la période révolutionnaire n'est donc pas une rupture entre un système inquisitoire et un nouvel ordre accusatoire, mais un virage, une tête d'épingle peut-être, qui n'entraîne pas de césure

²⁸⁵ À l'instar, par exemple, de l'opposition classique entre le modèle européen de justice constitutionnel, et le modèle des États-Unis (voir Louis FAVOREU et Wanda MASTOR, *Les Cours constitutionnelles*, Paris, Dalloz, 2011, p. 71-112 pour la présentation des modèles ; Albrecht WEBER, « Notes sur la justice constitutionnelle comparée : Convergences et divergences », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 19 [2003], spéc. 36-37 et 40-41 ; pour une synthèse de ces éléments, voir Michel FROMONT, « La diversité de la justice constitutionnelle en Europe », dans Georges Vedel [dir.], *Mélanges en l'honneur de Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p. 47-59). Seulement, ce raisonnement est certes pédagogique, mais insensé en ce que nous poussons alors les caractéristiques de tous ces modèles – accusatoire/inquisitoire, européen/États-Unis, etc. – jusqu'à un sommet paroxystique impossible à atteindre, une forme de pureté que même Kelsen ne parviendra pas totalement à obtenir dans sa théorie pure du droit (et la problématique du fondement initial de la norme fondamentale ; voir par exemple Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1962, p. 201). Pour une critique de Kelsen voir, Alexandre VIALA, « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2 (2011), p. 95-117. Ce sont donc des caricatures de systèmes qui nous sont présentées, dans un but bien plus propédeutique que de représentation fidèle du réel.

²⁸⁶ Le système inquisitoire émerge sous l'influence des tribunaux ecclésiastiques ; les tribunaux d'inquisition apparaissent vers 1233 dans le Nord de la France, et vers 1234 dans le Midi (voir Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., 2014, p. 152-153). Néanmoins, il convient de ne pas confondre inquisition et système inquisitoire (sur l'inquisition voir Guy TESTAS et Jean TESTAS, *L'Inquisition*, Paris, PUF, 2001). Alors que l'Église porte un modèle inquisitoire par ses tribunaux d'inquisition, ce modèle se diffusera dans la justice laïque et sera officialisé par l'*Ordonnance de Villers-Cotterêts* d'août 1539, ainsi que par l'*Ordonnance criminelle* du 25 août 1670.

²⁸⁷ Voir notamment Michel PORRET, « Mise en images de la procédure inquisitoire », *Sociétés & Représentations*, 2 (2004), spéc. p. 49-50.

²⁸⁸ Pour une comparaison contemporaine des deux modèles, voir notamment Dominique INCHAUSPÉ, *L'erreur judiciaire*, Paris, PUF, 2010, p. 145-171.

²⁸⁹ Sur la présentation et l'opposition des « modèles », voir Janet AINSWORTH, « Legal Discourse and Legal Narratives. Adversarial versus Inquisitorial Models », *Language and Law/Linguagem e Direito*, 2 (2015), spéc. p. 2-3.

franche avec le passé²⁹⁰. La radicalité est vite emportée par la raison : le jury civil ne sera point. Toutefois, sont instaurés deux jurys criminels, un jury d'accusation et un jury de jugement, par la loi des 16-29 septembre 1791²⁹¹ et la loi en forme d'instruction des 29 septembre-21 octobre 1791²⁹². Seul le jury de jugement survivra à la volée de bois vert que subiront ces institutions ; le jury d'accusation, lui, s'éteindra avec le *Code d'instruction criminelle* de 1808²⁹³ – et non 1811 comme l'affirme Robert Allen²⁹⁴ ; cette date est contredite par la lecture dudit Code de 1808.

C'est en considérant cette construction saccadée, que nous pouvons évoquer une « mise en place graduée » du jury. Les volontés initiales étaient bien plus généreuses et enthousiastes à l'endroit des jurys, à tel point qu'on les imaginait déjà siéger dans trois types d'audiences. Rattrapés par une certaine forme de pragmatisme, les textes n'en consacreront que deux, dont un seul survivra la traversée du XIX^e siècle. D'institution saluée et attendue, le jury devient cible d'une critique véhémente²⁹⁵. Certainement peut-on y trouver quelques traces des propos de Dominique Garat qui, visant les décisions civiles de pure technique, affirmait que :

Ainsi dans un procès civil entre un architecte et un propriétaire, où il s'agira de savoir si le premier, dans la construction ou la réparation d'une maison, aura exactement rempli le devis passé entre eux, ces jurys devront être des architectes ou des citoyens de

²⁹⁰ Voir notamment Janet AINSWORTH, « Legal Discourse and Legal Narratives. Adversarial versus Inquisitorial Models », art. cit., spéc. p. 4-5, nous expliquant que, de manière générale, la majorité des systèmes ont fini par intégrer des normes de procédure accusatoire dans un bloc inquisitoire, voire même ont été largement teintés d'accusatoire ; voir encore Georges MARTIN et Ricardo SONTAG, « Can Criminal Procedure Ever be "Moderne"? A Historical Comparative Perspective (Editorial of the Dossier "History of Criminal Procedure in Modernity") », art. cit., p. 700.

²⁹¹ *Loi concernant la Police de sûreté, la Justice criminelle et l'établissement des Jurés*, des 16-29 septembre 1791, compilée dans la *Collection générale des lois, proclamations, instructions, et autres actes du pouvoir exécutif*, tome 5, partie II, août-septembre 1791, p. 1325-1382, et spéc. p. 1336-1377.

²⁹² *Loi en forme d'instruction, pour la Procédure criminelle*, des 29 septembre-21 octobre 1791, compilée dans la *Collection générale des lois, proclamations, instructions, et autres actes du pouvoir exécutif*, tome 6, octobre-novembre 1791, p. 536-622, et spéc. p. 552-608.

²⁹³ Pour des précisions sur le rôle, la vie, et la mort du jury d'accusation, voir Emmanuel BERGER, *La justice pénale sous la Révolution. Les enjeux d'un modèle judiciaire libéral*, Paris, PUF, 2008, p. 180 et s. Sur les débats qui entourent la question de la conservation des différents jurys, voir Jean-Louis HALPÉRIN, « Continuité et rupture dans l'évolution de la procédure pénale en France de 1795 à 1810 », dans Xavier Rousseau, Marie-Sylvie Dupont-Bouchat et Claude Vael (dir.), *Révolutions et justice pénale en Europe. Modèles français et traditions nationales, 1780-1830*, Paris, L'Harmattan, 1999, spéc. p. 125-129.

²⁹⁴ Robert ALLEN, *Les tribunaux criminels sous la Révolution et l'Empire*, Rennes, PUR, 2005, p. 37.

²⁹⁵ Même si la critique n'est pas unanime (voir Jean-Louis HALPÉRIN, « Continuité et rupture dans l'évolution de la procédure pénale en France de 1795 à 1810 », art. cit., spéc. p. 126), il reste que beaucoup de juristes – et donc magistrats – voient d'un mauvais œil l'arrivée de ces néophytes du droit dans l'appareil judiciaire. Les citoyens lambda prennent le travail de personnes rompues à cet exercice, ce qui constitue une forme d'humiliation et de décrédibilisation de leur fonction et de leur formation : même sans études spécifiques, il est apparemment possible de devenir « magistrat ».

quelque autre classe, connus pour avoir des connaissances en architecture, et de même dans les autres procès civils d'un genre analogue²⁹⁶.

Ces vues pessimistes sur les capacités des jurés vont alors imprégner la législation, comme en témoigne le Titre XII, Partie II, de la Loi des 16-29 septembre 1791, qui dispose que :

ARTICLE PREMIER. TOUTE plainte ou dénonciation en faux, en banqueroute frauduleuse, en concussion, péculat, vol de commis ou d'associés en matière de finance, commerce ou banque, **seront portées devant le directeur du juré** du lieu du délit [...].

II. DANS les cas mentionnés en l'article ci-dessus, **le directeur du juré** exercera les fonctions d'officier de police ; il **dressera en outre l'acte d'accusation**.

III. L'ACTE d'accusation ainsi que l'examen de l'affaire seront présentés à des **juges spéciaux d'accusation & de jugement**.

IV. POUR former le juré spécial d'accusation, le procureur-syndic parmi les citoyens éligibles, en choisira seize **ayant les connaissances relatives au genre de délit**, sur lesquels il en sera tiré au sort huit qui composeront le tableau du juré²⁹⁷ [nous soulignons].

Nous comprenons donc que les cas les plus complexes ne peuvent faire l'objet d'un traitement par n'importe quel juré ; le jury d'accusation s'efface pour laisser place au directeur du jury et à des jurés dotés de compétences particulières : le panel citoyen mobilisé pour le tirage au sort est donc toujours plus restreint.

Si au début des années 1790 dominait une forme d'optimisme concernant la « nature humaine », cet optimisme est rattrapé par les horreurs de la Terreur, laissant place à un anthroposceptisme ne cadrant plus avec la volonté généreuse de rendre au peuple sa place dans les institutions judiciaires²⁹⁸. De surcroît, attribuer autant de pouvoirs à un groupe de personnes non formées au droit, sensibles aux émotions, venait saper l'idée phare du droit criminel dont la mission première est de protéger la société. Telle une crue du Nil, déposant des limons fertiles et nécessaires sur son passage, la crue du jury emporte avec elle quelques convictions pourtant fortes, et

²⁹⁶ Dominique GARAT, « Opinion de M. Garat l'aîné contre les plans présentés par MM. Duport et Sieyès, pour l'organisation judiciaire, en annexe de la séance du 31 mars 1790 », art. cit., p. 493.

²⁹⁷ *Loi concernant la Police de sûreté, la Justice criminelle et l'établissement des Jurés* des 16-29 septembre 1791, compilée dans la *Collection générale des lois, proclamations, instructions, et autres actes du pouvoir exécutif*, tome 5, partie II, août-septembre 1791, p. 1372-1373.

²⁹⁸ Voir notamment Jean-François NIORT, *Homo civilis, contribution à l'histoire du Code civil français*, tome 1, *op. cit.*, p. 61-72 ; ou encore Xavier MARTIN, « Sur l'archétype humain du Code civil naissant », *Histoire de la justice*, 1 (2009), p. 203-205.

dépose un engrais lui permettant de faire pousser, rapidement, des conceptions potentiellement dangereuses pour la sécurité juridique. Il en va ainsi de l'intime conviction des jurés²⁹⁹.

Cet arrêt sur l'institution du jury est rendu nécessaire en ce que les jurés joueront un rôle particulier dans l'affirmation de la notion d'intention et son affinement au gré de leurs décisions et des réformes qui tendront à pallier ce que leurs détracteurs qualifient de manquements dans les décisions rendues³⁰⁰. Fruit d'une tendance accusatoire dans les règles procédurales, le jury sera « francisé » jusqu'à l'aboutissement de l'échevinage au cours du XX^e siècle³⁰¹ ; l'institution est d'ailleurs actuellement gravement remise en cause³⁰². Voilà autant de preuves de la fragilité de cette organisation qui repose sur un partage, délicat, de la procédure criminelle entre citoyens et magistrats. La correctionnalisation en est une autre démonstration, criante et constante, depuis le XIX^e siècle dans la pratique des parquets³⁰³.

Ainsi, cette institution qui peine à convaincre sera réformée de nombreuses fois pour s'échouer dans la crise que nous lui connaissons aujourd'hui. Son importance ne doit cependant pas être reniée : alors que l'arbitraire était confisqué aux magistrats, le voilà qui réapparaissait d'entre les morts et confié précieusement aux jurés. C'est cette intime conviction qui, mélangée à d'autres facteurs, gonflera les voiles de l'intention

²⁹⁹ Voir Henri LECLERC, *Le for intérieur, op. cit.*, p. 206 et p. 210-211.

³⁰⁰ Ce sera notamment en réaction aux décisions prises par les jurés que le Tribunal de cassation interviendra pour rappeler la prégnance de la question intentionnelle pour les crimes. L'intention n'est pas prévue directement dans le *Code pénal* de 1791, aussi le Tribunal de cassation fait-il un travail de collecte des indices qui mènent jusqu'à sa présence obligatoire, dans les textes de la période révolutionnaire. Cela lui permet non seulement de subjectiver la responsabilité en marge des textes, mais, de surcroît, de gagner progressivement en puissance et en légitimité. Voir notamment Céline SAPHORE, *La jurisprudence criminelle de la Cour de cassation sous la Révolution et l'Empire (1790-1810)*, thèse dactyl., droit, Bordeaux, 2002, p. 267, ou encore p. 295. Voir également Jean-Louis HALPÉRIN, *Le tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799)*, tome 2, *op. cit.*, p. 570-571.

³⁰¹ Jean PRADEL, « Les méandres de la Cour d'assises française de 1791 à nos jours », art. cit., p. 141.

³⁰² Nous visons ici les expérimentations lancées ces dernières années avec des cours d'assises sans jurés, comme déjà présenté ci-avant.

³⁰³ La correctionnalisation est une pratique qui consiste à déclasser un crime pour le ranger dans les délits. Cette pratique peut être vue comme une défiance à l'égard des jurés et/ou comme une volonté marquée de traiter un dossier rapidement et plus « efficacement ». Pour tenir, la correctionnalisation suppose un travail concerté de l'ensemble des magistrats car le parquetier qui correctionnalise pourrait être sanctionné par le Tribunal correctionnel amené à juger, puisque censé se déclarer incompétent. Surtout, la correctionnalisation oblige, effectivement, de tordre la matérialité des faits pour les dégrader au rang de délits. Cela passe par un jeu excessivement lourd sur les circonstances atténuantes voir, en une négation même de la réalité de l'action commise. Ici, voir Xavier MOROZ, « Les initiatives procédurales des parquets au XIX^e siècle », *Archives de politique criminelle*, 1 (2003), spéc. p. 92-94. Pour une critique contemporaine de la correctionnalisation, tordant la réalité – et amoindrissant la prise en compte de la victime –, voir Catherine LE MAGUERESSE et Anne-Laure MADURAUD, « Ces viols qu'on occulte : critique de la "correctionnalisation" », *Délibérée*, 2 (2018), p. 32-35 ; encore, Véronique LE GOAZIOU, *Viol. Que fait la justice ?*, Paris, Presses de Sciences Po, 2019, spéc. p. 75-89.

et lui permettra de gagner en vitesse et puissance dans les codes pénaux qui suivront. Visiblement en accord avec la pensée de l'époque, le jury entaillera pourtant la façade légaliste de manière irrémédiable, contribuant à la survivance de vieux réflexes du droit : arbitraire, variabilité et obscurité.

B. La vitrine désenchantée : un cadre judiciaire largement permissif

« Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché »³⁰⁴, « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis »³⁰⁵, « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée »³⁰⁶, etc. Les promesses n'engagent que ceux qui y croient, et la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789 semble bien suivre cette logique.

En premier lieu, il ressort de l'appellation même du texte que sa valeur juridique – avant 1971³⁰⁷ – ne peut avoir de force exécutoire, n'est pas d'application directe dans ce nouvel ordre juridique naissant. Pour retrouver la plupart de ces principes, il nous faudra patienter jusqu'à l'adoption du *Code des délits et des peines* de 1795³⁰⁸. Nous pourrions néanmoins supposer que, même sans autre consécration textuelle, un dévot respect serait accordé à ces dispositions, mais ce n'est que partiellement le cas.

Certes, les notions les plus troubles sont formellement abandonnées, à l'instar de l'arbitraire. La tentative est limitée et passe irrémédiablement par sa matérialisation pour être appréhendée. Les infractions ne font pas montre d'une intentionnalité impalpable. En effet, dans les textes où sont mobilisés les avatars de l'intention, plusieurs sont juxtaposés, certainement pour insister sur le sens à donner parce qu'on entend « mal faire intentionnellement », à défaut de donner une définition opérante de l'intention. De plus, ces éléments en jouxtent d'autres, des preuves matérielles et matérialisables, cette fois, d'une volonté de mal agir. Dans ces nombreuses hypothèses,

³⁰⁴ *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, 26 août 1789, art. 5.

³⁰⁵ *Ibid.*, art. 7.

³⁰⁶ *Ibid.*, art. 8.

³⁰⁷ Conseil constitutionnel, *décision n° 71-44 DC*, dite « Liberté d'association », 16 juillet 1971.

³⁰⁸ *Code des délits et des peines* de 1795, art. 1 à 3. Voir également Pierre LASCOURMES, Pierrette PONCELA et Pierre LENOËL, *Au nom de l'ordre, une histoire politique du Code pénal*, *op. cit.*, p. 129.

nous voyons une forme de didactisme du Code, qui cherche à être compris via un procédé littéraire classique : l'accumulation couplée à des exemples concrets. L'ensemble se veut compréhensible dans sa portée, l'idée étant de saisir l'économie générale de la disposition pour l'appliquer avec exactitude. C'est notamment le cas de l'article 35, Section 2, Titre II, Deuxième partie du *Code pénal* de 1791, qui dispose que « Quiconque sera convaincu d'avoir **volontairement**, par **malice** ou **vengeance** et à **dessein** de nuire à autrui [...] »³⁰⁹ [nous soulignons].

Pourtant, la législation nous apparaît être une passoire d'anti-légalité. La légalité, l'interprétation stricte, la limpidité des textes sont autant de mirages qui s'évanouissent une fois tournées les premières pages du *Code pénal* de 1791. Comment devient-on responsable d'une infraction³¹⁰ ? Qu'est-ce qu'une infraction³¹¹ ? De quoi est-elle composée ? Par surprise, ces questions demeurent en suspens.

Par exemple, prenons le cas des homicides. Ce sont des hypothèses particulièrement intéressantes en ce que le résultat matériel est rigoureusement identique : un tiers a péri. Nous pouvons considérer que la variable d'ajustement de la réponse pénale tient alors, par principe, dans l'intention projetée, celle que l'on peut reconstruire *a posteriori*. Or, les intentions sont ici neutralisées, puisque seuls les

³⁰⁹ Pour le détail des accumulations de termes relatifs à l'intention dans le *Code pénal* de 1791, nous renvoyons à l'Annexe V – La recherche de l'intention dans le *Code pénal* de 1791, et plus particulièrement à son « Tableau 3 ».

³¹⁰ Le mot « responsable » lui-même fait l'objet de variations sémantiques : initialement *neutre*, il se charge d'une forte coloration de morale religieuse à compter des XIII^e-XIV^e siècle, avant de pénétrer le langage vernaculaire. Sur ce dernier point, voir Dominique LAGORGETTE, « Chapitre 1. Étude diachronique de "responsable" et des termes associés (XII^e-XVIII^e siècles) », dans Johann Le Bourg et Christophe Quézel-Ambrunaz (dir.), *Sens et non-sens de la responsabilité*, Chambéry, Pôle Éditions Université Savoie Mont Blanc, 2018, p. 27-84. Sur les difficultés d'attribution d'une définition claire au terme « responsable », voir Michel VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », art. cit., p. 45-58 ; ou encore Jacques HENRIOT, « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot responsabilité », art. cit., spéc. p. 60-64. Pour notre part, nous relevons que la définition strictement juridique n'apparaît que dans la version actuelle du *Dictionnaire de l'Académie française* [en ligne], 9^e éd., s. d. [consulté le 12 novembre 2020]. URL : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9R2100>. Les éditions précédentes, de 1694, 1718, 1740, 1762, 1798, 1835, 1878 et 1935 présentent un caractère plus succinct sur cette occurrence. De surcroît, nous relevons le fait que le *Code pénal* de 1791 ne dispose pas de Titre préliminaire qui exposerait une théorie générale sur la responsabilité (le terme responsable n'apparaît qu'à 10 reprises dans des articles précis ; le vocable « responsabilité » point deux fois, dans le même article). Le *Code des délits et des peines* de 1795, quant à lui, ne s'occupe pas de ces thématiques ; aussi n'apparaissent jamais les mots « responsable » ou « responsabilité ». Pour une analyse complète, nous renvoyons à l'Annexe VI – La recherche de l'intention dans le *Code des délits et des peines* de 1795.

³¹¹ L'établissement de l'infraction composée d'un élément moral et d'un élément matériel, de manière légale, est très contemporain. Les premiers codes (1791, 1810) n'y faisaient pas référence. Cela explique les questionnements sur le point de savoir si les infractions doivent se composer également d'un élément légal, en plus d'un élément intellectuel et matériel ; si l'ensemble des infractions se composent d'un élément intentionnel, ou bien si cet élément est réservé aux crimes – voire, à certains crimes uniquement. Sur ce point, voir Jacques-Henry ROBERT, « L'histoire des éléments de l'infraction », art. cit.

éléments matériels semblent visés dans ce travail de distinction entre l’homicide purement accidentel, l’homicide involontaire fruit d’une négligence, le meurtre, et l’assassinat. Les textes sont rédigés de telle sorte qu’il est délicat de pouvoir qualifier indubitablement telle ou telle infraction³¹², et nous pouvons en déduire que seule la matérialité même des faits permet de trancher. Or, selon nous, cette reconstruction matérielle peut être altérée, voire déformée³¹³, produisant une interprétation erronée du passage à l’acte – ou de la préparation du passage à l’acte concernant l’homicide prémédité. Nous sommes saisis par le sentiment que les rédacteurs ont certainement voulu se reposer sur le jury pour analyser les faits, et retenir l’infraction adéquate dans leur intime conviction.

Nous évoquions, notamment, le principe de la légalité ainsi que celui de la clarté des textes. L’article 11 de la Section 1, Titre II, Deuxième Partie du *Code pénal* de 1791 se contente de déclarer que « l’homicide commis avec préméditation, sera qualifié d’assassinat et puni de mort ». Qu’est-ce que la *préméditation* ? À quel moment peut-on considérer qu’il y a une forme de préméditation ? L’homme qui entrerait dans un bar, un couteau en poche, et qui au cours d’une rixe finirait par s’en servir, peut-il tomber sous le coup de cette accusation puisque, après tout, il avait une arme par destination ? Le simple constat de cette absence de contours nets quant à la gradation des homicides contribue à nourrir l’obscurité du texte, qui ne présente pas un niveau de garanties fidèle à ce qui semblait avoir été voulu. L’hésitation dans la compréhension d’un terme, ou l’indécision quant au choix de la qualification, nous paraissent être des questions exclusivement résolues par le recours à un certain arbitraire. Il n’est donc pas étonnant de constater que les jurés mobilisent l’intime conviction, solidement chevillée à leurs attributions textuelles³¹⁴, pour statuer dans le sens qui leur semble le plus *juste*, flirtant avec les limites du principe de la légalité : il leur suffit de déformer,

³¹² Nous visons ici spécifiquement les articles 1, 2, 8, 11 et 12 de la Deuxième Partie, Titre II, Section 1 du *Code pénal* de 1791.

³¹³ La correctionnalisation en est un exemple criant, mais peuvent en exister d’autres comme les biais de l’enquête de police ou de l’instruction.

³¹⁴ *Code des délits et des peines* de 1795, art. 343 : « Citoyens, Vous promettez d’examiner avec l’attention la plus scrupuleuse, les charges portées contre un tel ; de n’en communiquer avec personne jusqu’après votre déclaration ; de n’écouter ni la haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l’affection ; de vous décider d’après les charges et moyens de défense, suivant votre conscience et **votre intime et profonde conviction**, avec l’impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme libre » [nous soulignons] ; ou encore, art. 372 : « [...] Elle ne leur fait que cette seule question qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : “Avez-vous une intime conviction ?” »

légèrement, l'appréciation des faits pour faire basculer l'incrimination dans un sens comme dans un autre³¹⁵.

³¹⁵ Pour une critique filée de l'action des jurés à ce propos, voir par exemple Albert NORMAND, *Traité élémentaire de droit criminel*, op. cit., p. 87-88 ; Adhémar ESMEIN, *Histoire de la Procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, Paris, Duchemin, 1978, p. 563-565 ; Laurent LEVENEUR, « Le fait », art. cit., p. 146 ; ou encore Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 318.

Conclusion du chapitre

Pour conclure ce chapitre, nous pouvons affirmer que l'intention était déjà bien marquée au XVIII^e siècle. Très tôt, en effet, les critères subjectifs qui touchent la personne, autrice du crime, ont été pris en compte, tels que l'âge, le sexe, les capacités de discernement, etc. Cela ne fait pourtant pas obstacle à une forme d'objectivisation de la responsabilité pénale, car ces éléments heurtent l'imputabilité et non la responsabilité³¹⁶. La véritable matrice, ici, demeure la manière dont sont définies les infractions, et comment ces critères d'appréciation de la subjectivité, qui touchent l'intention sont appréhendés. Par exemple, en l'absence de délimitations claires, les magistrats pouvaient user et abuser de leur arbitraire sous l'Ancien Régime. Toutefois, à la suite de l'intégration de certaines idées des Lumières d'Écosse dans la pensée des Lumières de France, la justice ne pouvait être épargnée par les réflexions tendant vers une meilleure protection des citoyens.

La Révolution de 1789 souffle ces idées jusqu'aux portes des premières législations, sans leur permettre d'entrer véritablement dans le temple de la légalité ;

³¹⁶ Alors que la responsabilité vise l'« Obligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences civiles, pénales, disciplinaires, etc. (soit envers la victime, soit envers la société, etc.). » (Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., *op. cit.*, p. 909-910), l'imputabilité, elle, concerne le « Caractère de ce qui peut être mis au compte d'une personne pour faute, en raison de ce que cette personne jouit d'une volonté libre et consciente (condition d'imputabilité de la faute) ou, plus généralement, comme un fait à sa charge, en raison de ce que ce fait provient bien de sa part non d'une cause étrangère » (Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., *op. cit.*, p. 524). Notons en parallèle que le terme « responsabilité » n'apparaît que dans la 5^e édition du *Dictionnaire de l'Académie française*, en 1798 ; le vocable « imputabilité », lui, se retrouve uniquement dans la dernière et actuelle 9^e édition. Les adjectifs afférents aux deux termes précédents ont une vie plus longue : « responsable » est présent dès la première édition de 1694 ; « imputable » point en 1835, dans la 6^e édition du *Dictionnaire de l'Académie française*.

Il en découle que nous pouvons être en présence d'un système pénal à résonance objective, bien que considérant les causes d'altération de l'imputabilité. Dans un fonctionnement totalement subjectif, nous ne retiendrions pas la responsabilité d'une personne atteinte de troubles mentaux, par exemple, considérant que son affection l'empêcherait d'avoir une volonté libre et consciente. Dans un fonctionnement objectif préservant une place à la prise en compte des caractères de l'imputabilité, dès lors qu'un dommage est causé dans le monde sensible, il convient d'y répondre, folie, jeune âge, altération des capacités mentales, etc. ne pouvant écarter la responsabilité. De fait, la personne sera prononcée responsable, mais sa peine ne sera pas la même. Il est donc différent de stopper une procédure avant même le jugement, pour cause de non-responsabilité par absence d'imputabilité – système pleinement subjectif, ne fermant pas la porte à des mesures non pénales et une réparation civile de la victime –, et d'un autre côté, de laisser la procédure se poursuivre, d'aboutir sur un jugement prononçant la responsabilité avec une peine amoindrie pour altération de l'imputabilité. C'est en ce sens que nous parlons d'une responsabilité plutôt objective, bien que prenant en considération les éléments qui frappent l'imputabilité.

les grands principes sont prononcés mais s'évanouissent, car submergés par la force des habitudes, de l'inertie, et d'un certain pragmatisme³¹⁷. De fait, l'arbitraire confisqué aux magistrats réapparaît entre les mains des jurés, de même que la transition entre un système inquisitoire et un fonctionnement teinté d'accusatoire est lente et imparfaite.

Il en découle un effet d'annonces qui se retrouvent pour partie dans le *Code pénal* de 1791, apparemment matérialiste, et donc conforme à la volonté des réformateurs ; mais bien vite les faiblesses s'accumulent et trouent cette toile de maître que l'on tentera de rapiécer gauchement. De bricolages en rustines, la situation ne semblait pas tenable plus longtemps ; l'instabilité politique de la période révolutionnaire n'aidait en rien. La décision fut prise : une nouvelle législation devait voir le jour. Résiliente et patiente, l'intention aura su se tapir dans l'obscurité d'une existence extratextuelle, avant de pouvoir ressortir au plein jour, plus rutilante que jamais.

³¹⁷ Pragmatisme en ce que les jurés ne peuvent travailler sans intime conviction car ils n'ont pas de connaissances en droit. C'est ainsi que nous proposons l'hypothèse d'une intime conviction fortement ancrée dans le fonctionnement par jurys, s'agissant du palliatif inhérent à leur méconnaissance du droit.

Chapitre 2. L'intention en demi-teinte dans la législation napoléonienne

La codification napoléonienne n'apporte pas la clarté attendue en matière d'intention, que nous regardions le *Code pénal* de 1810, le *Code civil* de 1804 ou encore le *Code d'instruction criminelle* de 1808.

Les prémisses de ce vaste mouvement d'organisation codifiée de la législation sont marquées par une divergence de points de vue, qui puise vraisemblablement ses racines dans les espaces laissés vides par la législation révolutionnaire. Sur la question de savoir s'il faut une intention mauvaise pour condamner, et donc pencher vers une responsabilité subjective, le Tribunal de cassation répond d'emblée par l'affirmative, en rassemblant les pièces du puzzle³¹⁸ législatif et réglementaire à sa disposition³¹⁹ ; pour les hauts magistrats, l'infraction se compose donc d'un élément matériel et d'un élément moral, comme nous l'explique Céline Saphore :

L'ensemble des décisions des hauts magistrats sur la question intentionnelle montre que ces juristes avaient très tôt pris conscience que l'intention est indissociable de la définition même du crime³²⁰.

Néanmoins, cette affirmation ne trouve pas écho chez tous les rédacteurs du *Code pénal* de 1810, puisque nous observons une divergence entre les tenants de cette affirmation, et d'autres qui souhaiteraient, dans la continuité révolutionnaire, persévérer sur la lancée d'une responsabilité objectivée. Ce qui se joue va plus loin qu'une simple querelle sur la formulation des textes ; c'est tout notre droit pénal, dans sa conception du crime qui sera affecté par ces décisions ou indécisions (**Section I**).

La résultante de ce flottement tient en un *Code pénal* de 1810 assez mutique sur la question intentionnelle. Dans cette continuité, c'est toute la responsabilité qui est

³¹⁸ Nous empruntons l'expression de « puzzle » à Jean-Louis HALPÉRIN, *Le Tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799)*, tome 2, *op. cit.*, p. 570.

³¹⁹ Notamment la loi des 16-29 septembre 1791 et le décret en forme d'instruction des 29 septembre-21 octobre 1791, en plus du *Code pénal* de 1791 et du *Code des délits et des peines* de 1795.

³²⁰ Céline SAPHORE, *La jurisprudence criminelle de la Cour de cassation sous la Révolution et l'Empire (1790-1810)*, *op. cit.*, p. 295.

amputée d'explications. Alors que le Tribunal de cassation déplorait déjà le manque de précision sur les infractions sous la Révolution française, force est de constater que ce creux n'a pas été comblé. Nous avons donc désormais un Code qui ne peut ignorer les avancées de la période révolutionnaire et, plus largement, les avancées conceptualisées depuis la seconde moitié du XVIII^e siècle. Dans un même mouvement, ce Code pourrait vraisemblablement être taxé de « lacunaire » par les failles que nous venons de lister, et qui ne sauraient être exhaustives. Certes, il est aisé pour nous, contemporains, de regarder avec un œil critique un travail qui demeure novateur et qui fut réalisé il y a un peu plus de deux siècles ; néanmoins, ce n'est pas notre critique directe qui point dans ces développements, sinon celles qui sont formulées par certains magistrats ainsi qu'une partie de la doctrine à la fin du XVIII^e siècle et au tout début du XIX^e siècle (**Section II**).

Enfin, et pour avoir une vision un peu plus complète du panorama intentionnel, il nous a paru utile de revenir sur le *Code d'instruction criminelle* de 1808 en ce qu'il précise les conditions d'expression du jury de jugement – le jury d'accusation ayant été abandonné, car trop critiqué³²¹. Nous le savons désormais, le jury et son intime conviction constituent un creuset précieux pour l'intention ; elle peut y être discutée sans qu'elle apparaisse. Elle peut poindre dans la tête des jurés, sans être notifiée expressément par écrit puisqu'il n'y a pas d'exigence de motivation des décisions criminelles. De surcroît, laisser s'exprimer l'intime conviction revient à laisser parler la subjectivité interindividuelle, formatée à la réflexion « intentionnelle » par un contexte social qui y est favorable.

Il convenait également d'ajouter à cette étude la position adoptée dans le *Code civil* de 1804. Les justifications sont multiples, mais deux nous semblent dominer : d'une part, le fait que ce Code soit celui qui a bénéficié du rayonnement le plus important, en France comme au sein d'autres États ; d'autre part, parce que les professeurs de droit civil sont également les professeurs de droit pénal jusqu'à la fin du XIX^e siècle, et nous posons l'hypothèse que les réflexes pratiques adoptés lors de l'étude du *corpus* civiliste se retrouveront lorsqu'ils examineront le Code pénal. Or, là encore, l'intention y semble présente (**Section III**).

³²¹ Renée MARTINAGE et Jean-Pierre ROYER, *Les destinées du Jury criminel*, op. cit., p. 5-7 ; également, Jean-Louis HALPÉRIN, « Continuité et rupture dans l'évolution de la procédure pénale en France de 1795 à 1810 », art. cit., p. 126 et s.

Section I. Aux origines de la codification : un désaccord

Plusieurs désaccords viennent heurter le chercheur ou la chercheuse qui souhaiterait se confronter à la quête de l'intention à cette période. Il y a d'abord un désaccord interne, entre des rédacteurs qui souhaitent faire prédominer une conception subjective de la responsabilité, qui passe par la recherche d'une intention mauvaise chez le coupable, et ceux qui visent une responsabilité plus ou moins objective. Ce désaccord interne est accompagné par un autre désaccord, extérieur aux rédacteurs, et confronte la vision des tenants d'une responsabilité objectivée avec la jurisprudence constante du Tribunal de cassation, puis de la Cour de cassation.

En résumé, parmi les rédacteurs, il y aurait d'un côté les tenants de l'intention, qui voudraient qu'une faute coupable soit recherchée pour qualifier toutes les infractions ; d'un autre, des auteurs plus matérialistes et utilitaristes pour qui l'intention serait inopérante, car inutile. Il en découle une œuvre relativement équivoque, laissant s'exprimer ces deux positions selon la lecture que l'on souhaite faire prévaloir. Le texte devient très malléable et se pose la question de la possibilité d'une interprétation stricte dans ces conditions (§ 1).

Le Tribunal de cassation, pour sa part, demeure assez constant concernant les crimes : la question intentionnelle doit obligatoirement être posée. Cette position, soutenue par un assemblage original de la législation depuis 1791, est une forme de création *praeter legem*, qui paraît contraire à l'interprétation stricte qui découlerait de la légalité criminelle. Peut-être, finalement, que le Code de 1810 est aussi souple sur la question intentionnelle, puisque les rédacteurs savent pouvoir compter sur la bonne volonté de magistrats en qui la confiance tend à être restaurée (§ 2).

§ 1. Des rédacteurs déchirés sur la conception idéologique du crime

Au sein même des rédacteurs, les réactions et positionnements ne sont pas identiques lorsqu'émerge la question de la composition de l'infraction. D'un côté, une vision classique ne pouvait concevoir l'infraction sans son versant intellectuel ; certainement cette branche de juristes avait-elle encore en faveur le système d'Ancien Régime, avec des ponts plus ou moins évidents entre le droit et la sphère religieuse de la responsabilité (A).

À l’opposé, une frange d’auteurs s’est laissée happer par les nouvelles théories posées par Beccaria, Bentham et autres penseurs de la réforme pénale. Ces derniers ne voient plus l’infraction comme le fruit d’une action humaine – donc l’intention y est inutile –, mais comme un moyen de réguler correctement la société. À l’image d’un Bentham préférant punir un innocent, quitte à ce que sa condamnation serve d’exemple pour les potentiels infracteurs, les auteurs sont convaincus que la responsabilité doit être rationalisée, et donc objectivable et objectivée. L’intention apparaît alors superfétatoire (**B**).

A. La prééminence des réflexes d’Ancien Régime

Les travaux préparatoires du *Code pénal* de 1810 sont particulièrement démonstratifs des tensions qui entourent l’adoption de ce texte. Repoussées à plusieurs reprises³²², la confection de ce Code et son adoption ne semblaient pas prioritaires en comparaison avec le *Code civil* de 1804 ou le *Code d’instruction criminelle* de 1808.

Nombreuses sont les critiques qui pleuvent sur ce texte, comme s’en fait notamment l’écho Jean-Marie Carbasse :

Entre-temps, après un accouchement difficile, le Code pénal avait néanmoins vu le jour. Mais à peine né, il avait suscité toute une série de critiques. Discrètes, d’abord, du moins tant que l’Empire a duré, puis de plus en plus vives, ces critiques sont d’autant plus remarquables qu’elles offrent un vif contraste avec l’admiration presque universelle qui avait accueilli le Code civil et que même la chute de l’Empereur ne démentait pas. À côté de son brillant aîné, « masse de granit » aussi inaltérable que l’institution préfectorale ou le franc de germinal, le Code pénal fait tout de suite figure de mal aimé³²³.

Si certaines piques sont justement aiguës, d’autres nous semblent devoir être nuancées, à l’exemple de la réception du *Code pénal* dans d’autres pays. Loin de bénéficier de l’aura qui entoure *Code civil*, il reste que le *Code pénal* constitue lui aussi

³²² Georges LEVASSEUR, « Napoléon et l’élaboration des codes répressifs », dans Jean-Louis Harouel (dir.), *Histoire et droit social. Mélanges Jean Imbert*, Paris, PUF, 1989, p. 371-384 ; Jean-Marie CARBASSE, « Rapport introductif », *Bicentenaire du Code pénal, 1810-2010*, Paris, Les Colloques du Sénat, 2010, p. 21 : « Adopté le dernier, après une élaboration assez difficile [...], est-ce à dire que ce code ne constituait, dans l’esprit de l’Empereur, qu’un objet de législation secondaire ? »

³²³ *Ibid.*, p. 22.

un astre au milieu d'une longue nuit d'absence de légalité des délits, crimes et autres contraventions ; moins scintillant que la codification civile, le *Code pénal* sait pourtant, lui aussi, attirer quelques lecteurs autres que français³²⁴.

Ce débordement des frontières nationales paraît étonnant : il est vrai que notre *Code pénal* n'est pas aussi complet que le *Code civil* ou le *Code d'instruction criminelle*. Nous pouvons considérer que de nombreuses lacunes sont à dénombrer dans ce Code, que nous expliquons par l'opposition entre les rédacteurs. Ceux qui nous occuperont dans cette partie sont les parlementaires qui, encore versés dans le système de la fin d'Ancien Régime, en sont séduits et concevront ce nouveau texte comme un élément de continuité. Loin d'une logique de rupture qui s'appuierait sur les acquis révolutionnaires, puisés dans la littérature des Lumières – qu'elles soient d'Écosse ou de France –, c'est plutôt un pont qui nous est donné à voir ; un pont dont les pierres fondatrices sont solidement appuyées sur la période antérieure à 1789 d'une part, et dont les derniers piliers se posent aux alentours de 1810 enjambant, sans vraiment la toucher, la période révolutionnaire³²⁵.

Par exemple, alors que la tentative demeurerait faiblement présente dans la législation révolutionnaire³²⁶, elle est solidement ancrée dans le nouveau *Code pénal* de 1810, en intervenant dès les articles 2 et 3³²⁷. Comme pour conjurer le mauvais sort du passé, il semblerait que certains des rédacteurs aient souhaité rappeler l'importance de punir les actions tentées, ce qui expliquerait l'empressement de faire apparaître cette ligne directrice dès les premières lignes de la législation criminelle. Cette hypothèse peut être rejointe par deux autres. La première serait de poser une volonté ferme de

³²⁴ Notons, par exemple, que le Code pénal de 1810 influencera grandement la législation criminelle au Brésil, comme le relève Ricardo SONTAG, « Entangled History of Criminal Law Literature Between Brazil and France (1830-1890) », dans Alexandre Frambéry-Jacobone et Marine Vetter (dir.), *Approches épistémologiques et historiographiques du droit criminel. Jalons pour une histoire intellectuelle du droit pénal*, Bordeaux, 2022, à paraître. Voir également Sergio VINCIGUERRA, « L'influence du Code de 1810 en Italie », *Bicentenaire du Code pénal, 1810-2010*, Paris, Les Colloques du Sénat, 2010, p. 113-124 et Franz-Stefan MEISSEL, « Le Code de 1810 et le droit pénal en Europe centrale », *Bicentenaire du Code pénal, 1810-2010*, Paris, Les Colloques du Sénat, 2010, p. 125-138.

³²⁵ Georges LEVASSEUR, « Napoléon et l'élaboration des codes répressifs », art. cit., p. 371 et s.

³²⁶ Le terme « tentative » n'y est pas inscrit, seul l'adverbe « tenté » apparaît dans l'art. 8, Section 4, Titre I, Deuxième partie, du *Code pénal* de 1791 : « Quiconque aura délivré ou sera convaincu d'avoir **tenté** de délivrer, par force ou violence, des personnes légalement détenues, sera puni de trois années de fers ».

³²⁷ *Code pénal* de 1810, art. 2 : « Toute tentative de *crime* qui aura été manifestée par des actes extérieurs, et suivie d'un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur, est considérée comme le *crime* même ».

Code pénal de 1810, art. 3 : « Les tentatives de *délits* ne sont considérées comme *délits*, que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi ».

pouvoir appliquer les dispositions concernant la tentative à l'ensemble du Code, expliquant sa présence dans les premiers articles. La logique d'antériorité voudrait, en effet, que tout ce qui succède aux premières dispositions doive s'y conformer ; puisque la tentative est évoquée au commencement du texte, dans une partie générale, l'ensemble des infractions serait donc visé. Il s'agit d'une différence de taille avec la législation révolutionnaire qui n'avouait qu'à demi-mot la possibilité de la tentative, et un regain d'intérêt avec la pratique d'Ancien Régime qui, dans une perspective rigoureuse et rigoriste pour défendre la stabilité de la société en agitant le drapeau de l'exemplarité, punissait la tentative comme l'action commise³²⁸.

La seconde hypothèse tient dans une volonté de durcir la législation³²⁹. Nous sommes sous l'Empire, qui suit une période semée de troubles pour la France. Le grondement des canons d'exécution de la Terreur tonne encore dans toutes les oreilles, et il fallait à tout prix restaurer et maintenir l'ordre³³⁰ : cela est véhiculé par une répression de la criminalité plus forte, et par des exceptions d'application du droit commun, comme c'est le cas des *crimes militaires*³³¹.

Réminiscence de la tentative presque éteinte sous la Révolution, législation plus stricte et sévère, ne serait-ce que par les peines prévues, la filiation avec le système d'Ancien Régime semble déjà plutôt évidente.

Comme nous l'avons souligné dans notre premier chapitre, l'intention est mouvante, mais constante jusqu'à la Révolution de 1789. La période révolutionnaire est moins généreuse avec cette notion, puisque les idées matérialistes et objectives paraissent dominer les débats. Ce n'est plus tellement l'opinion qui domine une fois

³²⁸ Voir Daniel JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, tome 3, *op. cit.*, p. 250 notamment ; ou encore Pierre-François MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles de France, dans leur ordre naturel*, *op. cit.*, p. 25 par exemple.

³²⁹ Marc ORTOLANI, « Le rejet de l'utopie pénale de la Constituante dans les discours préalables au code pénal de 1810 » [[en ligne](#)], dans Ugo Bellagamba, Jérôme Ferrand et Marc Ortolani (dir.), *Peine & Utopie. Représentations de la sanction dans les œuvres utopiques*, Nice, Epi-Revel, 2019, p. 1. URL : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01992327/file/Marc%20Ortolani%20-%20Le%20rejet%20de%20l%27utopie%20pénale%20de%20la%20Constituante.pdf>.

³³⁰ Jean-Marie CARBASSE, « État autoritaire et justice répressive. L'évolution de la législation pénale de 1789 à 1810 », dans Ministero per i Beni culturali e ambientali (dir.), *All'ombra dell'aquila imperiale. Trasformazioni e continuità istituzionali nei territori sabaudi in età napoleonica (1802-1814)*, tome 1, Rome, Ufficio centrale per i Beni archivistici, 1994, p. 325 et s.

³³¹ Le code de 1810 précise, effectivement, que les dispositions qu'il comprend ne s'appliquent pas aux « délits et crimes *militaires* », preuve que l'ordre social, perturbé par les rébellions, reste une priorité. Code pénal de 1810, art. 5 : « Les dispositions du présent Code ne s'appliquent pas aux contraventions, délits et crimes *militaires* ».

franchie la barrière temporelle du XIX^e siècle. Si le *Code pénal* de 1810 ne peut renier formellement le principe matriciel de la légalité criminelle, ses rédacteurs ne s'interdisent point de le détourner astucieusement sur la question intentionnelle. Selon nous, cela tient dans un jeu possible avec les mots employés ; ils peuvent être vecteurs d'une marque de l'intention, comme d'une responsabilité plus objective. C'est notamment le cas avec la mobilisation de l'occurrence « fraude », qui peut être comprise de manière objective comme subjective, sans que cela ne soit précisé matériellement par le texte. Cette lecture s'appuie sur les études linguistiques, dont celle de Maurice Merleau-Ponty (1908-1961), qui nous rappellent que les mots n'ont pas de sens en eux-mêmes. Ce sont des réceptacles vides, qui attendent qu'on les signifie³³².

En effet, la lecture des infractions classiques, les mêmes qui ont fait l'objet de notre analyse des législations antérieures, ne démontre pas d'appétence particulière pour la recherche d'une intention criminelle. Néanmoins, ce n'est pas l'avis qu'expriment certaines voix dans l'auditoire qui voit naître notre législation criminelle, et qui saura survivre pendant près de deux siècles³³³ ; preuve que le vocabulaire est tourné et détourné selon les envies dominantes.

Le Conseiller d'État Louis-Joseph Faure (1760-1837), par exemple, ne s'embarrasse pas du principe de la légalité en faisant valoir que toutes les infractions, sans exception, sont caractérisées par une intention mauvaise³³⁴. Qu'il l'affirme par pur pragmatisme, estimant qu'une société organisée autour de la distinction religieuse du *bien* et du *mal*, de la liberté des humains, ne peut ignorer la recherche d'une intention mauvaise dans les crimes³³⁵, qu'il avance cette idée en suivant la jurisprudence du Tribunal de cassation³³⁶, ou encore qu'il souhaite intimement rétablir un système plus proche de celui rencontré avant 1789, la résultante est identique : le principe de légalité

³³² Maurice MERLEAU-PONTY, *Phénoménologie de la perception*, Paris, Gallimard, 1967, p. 215-217.

³³³ Alors que le *Code d'instruction criminelle* de 1808 s'efface à la faveur du *Code de procédure pénale* en 1959 dans sa version la plus complète, le *Code pénal* de 1810 survit jusqu'en 1994. De surcroît, un colloque organisé par le Sénat célèbre son bicentenaire, preuve de la survivance de ce texte dans la pensée contemporaine (Les colloques du Sénat, *Bicentenaire du Code pénal [1810-2010]*, Paris, 2010).

³³⁴ Jean-Guillaume LOCRÉ DE ROISSY (dir.), *La législation civile, commerciale et criminelle de France*, tome 29, Paris, Crapelet, 1831, p. 264 ; également, Thomas-Philibert RIBOUD, « Rapport fait au Corps législatif dans la séance du 13 février 1810, par M. Riboud, en présentant le vœu d'adoption émis par la commission législative sur le Livre II du Code Pénal », dans Jean-Guillaume Locré de Roissy (dir.), *La législation civile, commerciale et criminelle de France*, tome 29, *op. cit.*, p. 277.

³³⁵ Comme cela a été démontré dans le premier chapitre de ce travail.

³³⁶ Qui a été, nous le rappelons, constante sur cette question de la présence de l'intention.

est écarté. Il nous importe peu, finalement, de comprendre ici les motivations internes des rédacteurs à l'œuvre pour que l'intention soit présente, même dans son absence textuelle. En effet, il affirme clairement que :

Une autre règle commune à tous les prévenus, soit du fait principal, soit de complicité, est qu'on ne peut déclarer coupable celui qui était en état de démence au temps de l'action, ou qui, malgré la plus vive résistance, n'a pu se dispenser de céder à la force. **Tout crime ou délit se compose du fait et de l'intention [...]**³³⁷ [nous soulignons].

Ce qui est remarquable, en revanche, tient dans l'articulation d'une contradiction forte entre l'écrit du texte – le principe de la légalité à l'article 4 du *Code pénal* de 1810³³⁸ –, et la manière dont on souhaite qu'il soit appliqué, de manière contraire à ce que prévoient les incriminations. En effet, ajouter un élément constitutif aux infractions, qui n'est pas textuellement prévu, est une forme de négation objective du principe de la légalité et ses corollaires³³⁹.

Nos auteurs sont-ils frappés de schizophrénie ? Tant s'en faut. Nous pensons qu'une telle affirmation est cohérente dans leur système de pensée, d'un point de vue global. Dans leur monde, celui qu'ils se représentent, l'intention n'a pas nécessairement besoin d'être signifiée pour être signifiante, puisqu'elle est *naturelle*, au même titre qu'il serait inutile de préciser pour chaque infraction qu'il faut que son auteur soit en vie.

De fait, la résistance de l'intention en marge des textes nous semble bien être la marque d'un ancien système qui survit, un système dominé par des valeurs aux ramifications religieuses et morales, qui comporte des zones d'ombre – pour nous –, mais semblait limpide – pour ceux qui défendent ce système, mené par Louis-Joseph Faure.

³³⁷ Louis-Joseph FAURE, « Exposé des motifs Du Livre II du Code pénal, fait par M. le chevalier FAURE, conseiller d'Etat et orateur du gouvernement, dans la séance du Corps Législatif du 3 février 1810 », dans Jean-Guillaume Locré de Roissy (dir.), *La législation civile, commerciale et criminelle de France*, tome 29, *op. cit.*, p. 264.

³³⁸ *Code pénal* de 1810, art. 4 : « Nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis ».

³³⁹ Jacques-Henry ROBERT, « L'histoire des éléments de l'infraction », art. cit., p. 269-284.

Néanmoins, un autre mouvement tente de faire triompher une vision renouvelée sur le système pénal : ce sont les auteurs acquis au matérialisme, à l'utilitarisme, et à l'objectivisme – Target (1733-1806) en est un exemple. Sans apporter de jugement de valeur, nous pouvons constater que les premiers semblent nier la légalité formellement, en la respectant intimement, puisque leur système de pensée ne conçoit pas l'intention comme accessoire, et découle naturellement de l'esprit du texte. Or, Beccaria les mettait en garde sur l'esprit, affirmant que :

Il n'y a rien de plus dangereux que l'axiome commun selon lequel il faut consulter l'esprit de la loi. Il s'agit d'une digue brisée, dans un torrent d'opinions. Cette vérité, qui semble être un paradoxe pour les bas esprits, plus affectés par un petit désordre actuel que par les conséquences lointaines, mais fatales, qui résultent d'un faux principe enraciné dans une nation, me paraît prouvée³⁴⁰ [notre traduction, version originale en note de bas de page].

C'est ainsi que les seconds, eux, seraient plus proches d'une légalité stricte, en accord avec leur doctrine matérialiste et utilitariste.

B. La percée des idées matérialistes et utilitaristes

La victoire du subjectivisme n'est pas totale, et quelques irréductibles de la période révolutionnaire essayent d'imposer leur vision sur la législation criminelle : c'est notamment le cas de Jean-Baptiste Target, fervent lecteur de Bentham³⁴¹ et principal rédacteur du *Code pénal* de 1810. Ce dernier expose une doctrine utilitariste, guidée par la garantie de l'ordre public, lorsqu'il énonce que :

La vraie sagesse respecte l'humanité, mais ne lui sacrifie pas la sûreté publique ; elle veut que les peines, aussi douces qu'il sera possible, soient en même temps efficaces.

Il est certain que la peine n'est pas une vengeance : cette triste jouissance des âmes basses et cruelles n'entre pour rien dans la raison des lois.

³⁴⁰ Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 2^e éd., Paris, De Boiste, 1766, p. 19 : « Non vi è cosa più pericolosa di quell'assioma comune, che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni. Questa verità, che sembra un paradosso alle menti volgari, più percossa da un piccolo disordine presente, che dalle funeste ma remote conseguenze che nascono da un falso principio radicato in una nazione, me sembra dimostrata ».

³⁴¹ Stefano SOLIMANO, « L'établissement de l'ordre juridique napoléonien : le rôle de Guy Jean-Baptiste Target » [en ligne], *Forum historiae juris*, publié le 5 février 2004 [consulté le 28 mai 2020], § 16.
URL : <https://forhistiur.net/en/2004-02-solimano/?l=fr>.

C'est la nécessité de la peine qui la rend légitime. Qu'un coupable souffre, ce n'est pas le dernier but de la loi : mais que les crimes soient prévenus, voilà ce qui est d'une haute importance.

[...] La gravité des crimes se mesure donc, non pas tant sur la perversité qu'ils annoncent que sur les dangers qu'ils entraînent. L'efficacité de la peine se mesure moins sur sa rigueur que sur la crainte qu'elle inspire.

Et cette crainte est proportionnée à la certitude et à la célérité de la peine, plus qu'à sa sévérité³⁴².

D'un point de vue purement procédural, notons que les jurés survivront aux vives critiques qu'ils essuient depuis leur introduction³⁴³.

L'utilitarisme s'exprime lui aussi par la radicalité des peines³⁴⁴, leur caractère presque implacable, comme le décrit très bien Target. S'il fallait trouver un point commun entre les deux camps caricaturaux qui se font face, les idéalistes et les réalistes, l'aspect utile de la peine serait ce trait d'union. Néanmoins, alors que l'utile sert de guide pour maintenir la société en place en poursuivant une certaine idée de *justice divine* pour les auteurs idéalistes³⁴⁵, l'utile des objectivistes est plus sévère. Bentham, visiblement bien reçu en France³⁴⁶, tant en doctrine que dans notre législation, prescrivait qu'il valait mieux punir un innocent pour un crime donné, que ne punir personne et laisser penser à la foule qu'un acte criminel bien monté et dissimulé pouvait mener à l'impunité :

Toutes les peines, ou du moins presque toutes, affectent plus d'une personne, outre le délinquant qui les subit. Il a des relations, des amis, des associés, des créanciers qui en souffrent par sympathie ou par contre-coup. C'est une partie de la peine qui

³⁴² Jean-Baptiste TARGET, « Observations sur le Projet de Code criminel, première Partie, Délits et Peines, présentées par M. Target, membre de la commission chargée de la composition de ce projet », dans Jean-Guillaume Locré de Roissy (dir.), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, tome 29, *op. cit.*, p. 7-8.

³⁴³ Renée MARTINAGE et Jean-Pierre ROYER, *Les destinées du Jury criminel*, *op. cit.*, p. 5-7.

³⁴⁴ Sont restaurées des peines très rigoureuses, comme la marque qui avait été supprimée sous la Révolution, réintroduite par l'article 20, du *Code pénal* de 1810. Du reste, l'article 6 dudit code ne louvoie pas sur la question en annonçant d'emblée que « Les peines, en matière criminelle, sont afflictives ou infamantes, ou seulement infamantes ».

³⁴⁵ Le discours de Louis-Joseph Faure est assez clair sur cette ambivalence, faisant valoir la nécessité d'une intention pour punir d'une part, et la prise en compte de l'utilité de la peine sur le condamné d'autre part. Cela se déduit par l'exposé des motifs qu'il effectue concernant, notamment, le discernement. Louis-Joseph FAURE, « Exposé de motifs du Livre II du Code pénal, fait par M. le chevalier Faure, conseiller d'Etat et orateur du gouvernement dans la séance du Corps Législatif du 3 février 1810 », *op. cit.*, p. 260-268.

³⁴⁶ Pour une référence générale sur ce point, voir notamment Emmanuelle DE CHAMPS et Jean-Pierre CLÉRO (dir.), *Bentham et la France : fortune et infortunes de l'utilitarisme*, Paris, Fondation Voltaire, 2009.

s'extravase, qui se déborde hors de son lit naturel, et se répand sur des innocents. C'est là un mal inévitable, c'est-à-dire inévitable à moins d'établir une impunité absolue³⁴⁷.

Et parlant des peines collectives, quelques pages plus loin, Bentham se fait plus direct en affirmant que :

Pour justifier ce traitement [la peine collective], il y a deux points à prouver : 1° que le coupable ne peut pas être puni sans l'innocent ; 2° que la peine de l'innocent ajoutée à celle du coupable est un moindre mal que le mal de l'impunité³⁴⁸.

Ce système de pensée ne laisse donc aucune place apparente à l'intention, ce qui s'oppose absolument aux rédacteurs enclins au rétablissement d'un système proche de celui d'Ancien Régime. L'intention est évacuée puisque la mesure de la peine doit se faire en dose « d'utilité » et non en quantité « d'intentionnalité projetée ». Nous posons cette remarque tout en prenant garde de ne pas confondre l'infraction et la peine. En l'occurrence, c'est la finalité de la peine qui vient amoindrir la portée de l'intention dans les éléments constitutifs de l'infraction.

En effet, décrire un système dans lequel la punition d'un innocent est justifiée pour le bien du plus grand nombre, par son effet d'exemplarité, ignore totalement la dimension intentionnelle de l'infraction. Plus qu'ignorée, elle n'existe pas, parce qu'elle est inutile. À quoi bon rechercher l'intention mauvaise des infracteurs si le système peut condamner un innocent ? Cela serait insensé ; or, Bentham et ses fidèles font justement preuve de beaucoup de sens³⁴⁹.

On ne peut s'étonner alors du durcissement des peines et des infractions porté par ce *Code pénal* de 1810, comme beaucoup en doctrine contemporaine l'ont très bien démontré³⁵⁰.

³⁴⁷ Jeremy BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*, 2^e éd., tome 1, Londres, Vogel et Schulze, 1811, p. 346-347 ; Jeremy BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*, 3^e éd., tome 1, Paris, Bossange, 1825, p. 372.

³⁴⁸ Jeremy BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*, 2^e éd., tome 1, *op. cit.*, p. 360 ; Jeremy BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*, 3^e éd., tome 1, *op. cit.*, p. 387.

³⁴⁹ La pensée claire et radicale de Bentham saura conquérir de nombreuses personnes, lui attribuant sa renommée. Cela passe également par un effacement des premiers grands noms de l'utilitarisme à l'image de Claude Adrien HELVÉTIUS, *De l'Esprit* [en ligne], *op. cit.*, p. 481-482 par exemple. Néanmoins, d'autres seront plus critiques, notamment sur la question de l'intention chez Bentham, à l'image de Herbet Lionel Adolphus HART, *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1968, p. 43.

³⁵⁰ Voir notamment Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit criminel et de la justice*, *op. cit.*, 2014, p. 464 et s. ; Yves JEANCIOS, « De 1810 à 2010 : Le Code de 1810 en mouvement », *Bicentenaire du Code pénal, 1810-2010*, Paris, Les Colloques du Sénat, 2010, p. 84 ; ou encore Marc ORTOLANI, « Le rejet de l'utopie

Le matérialisme et l'objectivisme s'expriment autrement que par cette percée utilitariste et *a*-intentionnelle. À l'image de nos développements sur la législation révolutionnaire, le *Code pénal* de 1810 est riche de précisions matérielles. Ainsi, si nous ignorions les déclarations du Conseiller d'État Faure, nous pourrions penser que cette législation est purement matérielle selon les infractions.

En mobilisant, toujours, les hypothèses d'homicide et de vol, nous voyons que les descriptions sont encore très riches et complètes, forme d'histoire du récit criminel³⁵¹. Les cases qui enferment les infractions nous paraissent cloisonnées dans ces histoires, à l'image d'un vol qui se commettrait en escaladant une clôture, de nuit, permettant au larcineur de violer un domicile habité³⁵². La trame ressemble à s'y méprendre à un roman à trou que les jurés n'auront plus qu'à combler avec le nom des protagonistes devant eux. Où se trouve l'intention ici ? Nous ne la voyons pas, du moins, pas à première lecture. Nous posons alors l'hypothèse que les détracteurs d'un subjectivisme patent se trouvent satisfaits par ce texte aux apparences objectives.

Nous pourrions raisonnablement objecter que la tentative entache violemment leurs velléités d'objectivisme, les empoignant dans une dimension idéaliste dès les premières lignes du Code. Les voilà très vite rassurés par la lecture précise – et biaisée ? – des éléments qui posent la tentative, et notamment les articles 2 et 3 du Code :

Article 2 : Toute tentative de *crime* qui aura été manifestée par des actes extérieurs, et suivie d'un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur, est considérée comme le *crime* même.

Article 3 : Les tentatives de *délits* ne sont considérées comme *délits*, que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi³⁵³.

Ces articles, eux aussi et comme par le passé, sont fortement matériels et la tentative n'entre en jeu qu'à partir de sa manifestation par un commencement d'exécution ou, pour reprendre le texte, « des actes extérieurs [suivis] d'un

pénale de la Constituante dans les discours préalables au code pénal de 1810 » [\[en ligne\]](#), art. cit., p. 1 -15.

³⁵¹ Soit, de manière très large, les articles 295 à 308, 319 à 329 et 379 à 401 du *Code pénal* de 1810.

³⁵² Selon les dispositions de l'art. 381 du *Code pénal* de 1810, par exemple.

³⁵³ *Code pénal* de 1810, articles 2 et 3.

commencement d'exécution ». L'immatériel cède la place à la matière qui, elle seule, marque le début du champ d'action du droit de punir. Les simples idées et autres fomentations mentales relèvent toujours des interdits moraux ; le *Code pénal*, lui, inquiète les malfrats qui passent à l'action et non ceux qui sont dominés par des idées répréhensibles, sans extériorisation dans le monde sensible.

Dans cette lancée, celui qui souhaiterait se rassurer sur le respect des conceptions durement acquises par la législation révolutionnaire se reporterait sur l'article 4 du *Code pénal*, précisant le principe de la légalité criminelle. Une avancée dans le sens des idées des Lumières est donc flagrante, puisque nous nous souvenons que le principe de la légalité et ses dérivés n'étaient prévus que de manière indirecte par les textes précédents³⁵⁴. Là encore, nous y décelons la marque d'un penchant objectiviste, qui souhaite que tous les actes répréhensibles soient compris et contenus dans un seul texte : le *Code pénal*.

De fait, la législation nous semble effectivement faire montre d'une forte dose de matérialisme et d'utilitarisme. Ainsi, le lecteur convaincu par ces idées s'y retrouvera en grande partie et n'en contestera point la légitimité. Néanmoins, le sous-texte pose question. Nous l'avons vu avec les rédacteurs qui cherchent à imposer l'intention de manière générale, mais cette tendance est encore plus forte, et même antérieure, lorsque l'on examine la jurisprudence du Tribunal de cassation.

§ 2. Un Tribunal de cassation constant sur la question intentionnelle

La mise en place du Tribunal de cassation ne s'est pas faite sans heurts, et sa mise en avant dans l'ordre judiciaire fut encore plus complexe. Maintes fois rabrouée et rabaissée, cette institution eut grand mal à ce que ses arrêts aient une force juridique véritable et respectée (A).

Nous pourrions supposer que, avec opportunisme, les magistrats du Tribunal de cassation, puis de la Cour de cassation, auraient mobilisé l'intention de manière détournée pour outrepasser le champ de compétences que l'on avait bien voulu leur

³⁵⁴ Alors que le *Code pénal* de 1791 oubliait d'en faire mention, et que la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789 n'avait qu'une valeur déclarative, il nous fallait patienter jusqu'en 1795 pour que le principe de la légalité entre dans la législation.

accorder, chaque fois un peu plus diminué par la montée en puissance de juridictions d'exceptions et de restrictions dans les possibilités de saisine. En utilisant l'intention, les juges de cette institution semblent pouvoir s'immiscer dans un nombre phénoménal de décisions ; ce faisant, l'intention allait devenir un élément incontournable des infractions, sans que le *Code pénal* de 1810 ne l'impose clairement (B).

A. Une institution en crise

Nous opérons ici une entorse au déroulé chronologique pour nous intéresser à l'émergence du Tribunal de cassation sous la période révolutionnaire. Alors que la Cour de cassation nous semble désormais bien installée tout en haut de l'ordre judiciaire³⁵⁵, son histoire fut mouvementée. Il nous faut observer cette période pour nous concentrer sur la création du Tribunal de cassation, et les péripéties que l'institution rencontre avant de devenir la Cour de cassation le 18 mai 1804³⁵⁶. Cette institution est particulièrement importante pour notre étude puisque les décisions des jurés ne peuvent être démisées sur le fond de l'affaire en interjetant appel : la voix du peuple ne peut être déditée³⁵⁷. Cependant, dans le cas d'une mauvaise application de la loi, la cassation reste permise, jury ou non³⁵⁸.

³⁵⁵ Pierre PACTET et Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, 30^e éd., Paris, Sirey, 2011, p. 518 ; *Cour de cassation* [en ligne], *Data.Gouv*, s. d. [consulté le 23 avril 2022], URL : <https://www.data.gouv.fr/fr/organizations/cour-de-cassation/>.

³⁵⁶ *Sénatus-consulte* du 28 floréal an XII.

³⁵⁷ Cette affirmation ne cèdera que très tardivement, mise en crise par les apports concurrentiels de la Cour Européenne des Droits de l'Homme ; voir notamment Henri ANGEVIN, « Mort d'un dogme. À propos de l'instauration, par la loi du 15 juin 2000, d'un second degré de juridiction en matière criminelle », *Semaine juridique*, 40 (2000), contribution 260. Cette possibilité est offerte par le nouvel article 380-1 du *Code de procédure pénale*, tel que modifié par la loi n° 200-516 du 15 juin 2000 dite « renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes ».

³⁵⁸ La cassation est distincte d'un appel en ce qu'elle ne vise que le droit de l'affaire, et non le fond. De fait, les articles 416 et s. du *Code d'instruction criminelle* de 1808 visent expressément la possibilité de se pourvoir en cassation à la suite d'une condamnation criminelle. Du reste, cela s'inscrit dans la droite ligne de ce qui avait été exposé en 1790, l'art. 3 de la loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790 exposant que « Art. 3. Il annulera **toutes les procédures** dans lesquelles les formes auront été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi [...] » [nous soulignons] (Isaac René Guy LE CHAPELIER, « Décret d'ensemble sur l'organisation du Tribunal de cassation lors de la séance du 27 novembre 1790 », *Archives Parlementaires de la Révolution française*, 21 [1885], p. 38-39).

Par la loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790³⁵⁹, le Tribunal de cassation renaît des cendres du Conseil du roi³⁶⁰. Les similarités ne sont pas parfaites, mais les objectifs poursuivis sont proches et tiennent en une affirmation : le respect du droit. Pour le Tribunal de cassation, l'exigence va plus loin et bénéficie d'une précision accrue, puisque ce n'est plus le droit de manière incertaine qui doit être contrôlé dans son application, mais bien la loi :

Art. 3. Il annulera toutes les procédures dans lesquelles les formes auront été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi³⁶¹.

La Constitution de 1791 va dans le même sens en exposant que :

Il y aura pour tout le royaume un seul tribunal de cassation, établi auprès du corps législatif. Il aura pour fonctions de prononcer - Sur les demandes en cassation contre les jugements rendus en dernier ressort par les tribunaux ; - Sur les demandes en renvoi d'un tribunal à un autre, pour cause de suspicion légitime ; - Sur les règlements de juges et les prises à partie contre un tribunal entier³⁶².

De fait, et au prix d'un raccourci, nous pourrions affirmer que cette institution est mise en place pour favoriser le principe de la légalité, encore jeune en 1790. De manière paradoxale, alors que la nomophilie et la jurispohobie dominaient la période, le besoin d'un organe compétent pour vérifier de la bonne application de la loi démontre les faiblesses de cette dernière. En effet, si la loi était aussi limpide et simple que souhaité, si les juristes étaient aussi inutiles qu'exposé, le Tribunal de cassation n'aurait pas eu de raison d'être.

Du reste, la place et le rôle des magistrats de l'Île de la Cité ne sont pas évidents tout au long de la période révolutionnaire. L'institution subit des attaques plus ou moins directes, et plus ou moins physiques. Elles sont directes lorsque des lois viennent amoindrir les possibilités de recours en cassation, comme c'est le cas sous la

³⁵⁹ Isaac René Guy LE CHAPELIER, « Décret d'ensemble sur l'organisation du Tribunal de cassation lors de la séance du 27 novembre 1790 », art. cit., p. 38 : « L'Assemblée nationale décrète ce qui suit : Art. 1^{er}. Il y aura un tribunal de cassation établi auprès du Corps législatif ».

³⁶⁰ Néanmoins, la création d'une instance indépendante chargée des cassations est un fait nouveau comme le soulève Jean-Louis HALPÉRIN, *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, *op. cit.*, p. 14 et p. 31-33.

³⁶¹ Isaac René Guy LE CHAPELIER, « Décret d'ensemble sur l'organisation du Tribunal de cassation lors de la séance du 27 novembre 1790 », art. cit., p. 38.

³⁶² *Constitution de 1791*, « Chapitre V. Du pouvoir judiciaire », art. 19.

Convention³⁶³. Indirectes, lorsque les remises en cause touchent le champ d'application de la cassation, puisqu'ici les restrictions visent le fond et moins la forme³⁶⁴. Enfin, elles sont physiques lorsque les membres de l'institution sont menacés, comme Thouret (1746-1794) qui sera guillotiné³⁶⁵. Dans la droite ligne des idéaux révolutionnaires, ces magistrats sont élus, par principe. Néanmoins, sous la Convention et le Directoire, les départements à la retraite ou les décès ont été remplacés par des juges nommés, ce qui constitue une atteinte déjà grave à l'intégrité matérielle de ce tribunal³⁶⁶.

Enfin, notons cette forme d'antinomie qui se dresse sur le chemin de la cassation : le rôle du Tribunal de cassation est de vérifier si les jugements soumis à son analyse respectent formellement la loi, ce qui lui permet également d'harmoniser la jurisprudence ; néanmoins, après deux recours en cassation, cette interprétation n'est plus confiée au Tribunal de cassation mais aux députés³⁶⁷ et leur « décret déclaratoire de la loi » sera impératif pour les hauts magistrats. Comble pour une institution censée unifier l'application du droit, qui ne peut pas elle-même, en toutes hypothèses, regarder le fond de la loi pour lui donner une impulsion jurisprudentielle unifiée, tendue par une logique d'uniformisation cohérente³⁶⁸.

Dans son « Discours préliminaire », Portalis ne manquera pas de soulever cette critique en dénonçant que :

Sur le fondement de la maxime que les juges doivent obéir aux lois, et qu'il leur est défendu de les interpréter, les tribunaux, dans ces dernières années, renvoyaient par des référés les justiciables au pouvoir législatif, toutes les fois qu'ils manquaient de loi,

³⁶³ Notamment Céline SAPHORE, *La jurisprudence criminelle de la Cour de cassation sous la Révolution et l'Empire (1790-1810)*, op. cit., p. 268.

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 225-227 et p. 241 et s. Voir également Jean-Louis HALPÉRIN, *Le tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799)*, op. cit., p. 124 et s. et 144.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 146.

³⁶⁶ Jean-Louis HALPÉRIN, *Le Tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799)*, tome 2, op. cit., p. 328 : « En l'espace de moins de neuf ans, le Tribunal de cassation dut ainsi installer cent cinquante-cinq juges dont cent-six avaient été élus et quarante-neuf nommés par le pouvoir législatif ou par l'exécutif. **Presque un tiers des juges ne fut donc pas élu** » [nous soulignons].

³⁶⁷ *Constitution* de 1791, « Chapitre V. Du pouvoir judiciaire », art. 21 : « Lorsque après deux cassations le jugement du troisième tribunal sera attaqué par les mêmes moyens que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au tribunal de cassation sans avoir été soumise au Corps législatif, qui portera un décret déclaratoire de la loi, auquel le tribunal de cassation sera tenu de se conformer ».

³⁶⁸ Contradiction également relevée par Philippe RÉMY, « La part faite au juge », *Pouvoirs*, 4 (2003), spéc. p. 24.

ou que la loi existante leur paraissait obscure. Le tribunal de cassation a constamment réprimé cet abus, comme un déni de justice³⁶⁹.

Néanmoins, ce mécanisme sert peut-être à conjurer la contradiction de l'instauration d'un tribunal supposément en surplomb des autres juridictions, dans un système qui voulait moins de magistrats et plus de jurés. Il en ressortirait alors une forme de malaise à positionner véritablement ce tribunal dans l'ordre judiciaire qui, dans tous les cas, demeure « auprès du corps législatif »³⁷⁰.

La crise est donc totale : les magistrats sont menacés dans leurs fonctions ou leur intégrité physique ; leur mode d'accession au poste varie selon les besoins et intentions politiques du moment. Sur le fond, la cassation est parfois restreinte en excluant certaines questions spécifiques. Plus généralement encore, les juridictions d'exception qui se multiplient sous la Révolution sont autant de zones interdites pour cette juridiction.

De fait, le Tribunal de cassation se devait de gagner sa légitimité en se montrant comme un serviteur fiable de la loi et du droit. Traversant les oppositions politiques, il doit conquérir ses lettres de noblesse en tirant toutes les ficelles que ce jeu de marionnettiste lui laisse à disposition, c'est-à-dire bien peu. Seulement, du peu peut jaillir le complet : l'intention n'est qu'une notion parmi les autres, aussi est-elle choisie pour mener cette besogne. Or elle touche l'entièreté du droit criminel pour ceux des juristes qui l'acceptent comme valable.

B. L'intention : cheval de Troie pour une reconquête de légitimité

L'institution en crise qu'est le Tribunal de cassation devait affirmer sa loyauté envers la loi et réussir à s'imposer comme une figure phare du respect du droit. Son champ d'action, sans cesse circonscrit et diminué, l'oblige à trouver une solution pour s'exprimer assez librement et poser sa marque dans la législation criminelle, légitime et visible.

³⁶⁹ *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, présenté le 1^{er} pluviôse An IX par Portalis, Tronchet, Bigot de Préameneu et Maleville : Jean-Étienne-Marie PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté le 1^{er} pluviôse An IX, [en ligne], p. 21.

URL : https://www.mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf.

³⁷⁰ *Constitution de 1791*, « Chapitre V. Du pouvoir judiciaire », art. 21.

L'intention, notion jadis portée avec fierté par le droit pénal, était sensiblement vouée aux gémonies depuis la Révolution de 1789. Le choix de la question intentionnelle devant les jurés pour s'imposer est peut-être innocent de la part des magistrats du Tribunal de cassation. Peut-être même qu'il ne s'agissait que de *restaurer* un élément des infractions, omis par le *Code pénal* de 1791 ; nous n'évoquons pas une création, mais un *rétablissement* puisque d'autres textes y faisaient référence – certes, de manière éparse, mais la référence était présente. C'est notamment le cas du décret en forme d'instruction des 29 septembre-21 octobre 1791, lequel dispose, à propos des jurés, que :

Ils délibéreront d'abord sur l'existence matérielle du fait qui avoit constitué le corps du délit.

Après avoir reconnu l'existence du fait, ils délibéreront ensuite sur l'application de ce fait à l'individu accusé, pour reconnoître s'il en est l'auteur.

Enfin, ils examineront la moralité du fait, c'est-à-dire, les circonstances de volonté, de provocation, d'intention, de préméditation, qu'il est nécessaire de connoître pour savoir à quel point le fait est coupable, & pour le définir par le vrai caractère qui lui appartient³⁷¹.

De fait, l'institution ne ferait que mettre un peu d'ordre et de clarté dans la procédure criminelle et la physionomie des infractions³⁷².

Pour notre part, nous supposons que le choix d'une bataille sur le terrain intentionnel n'est pas le fruit du hasard. D'institution contestée, elle pourrait alors rallier à sa cause – la quête et la conservation d'un statut légitime – tous les juristes et parlementaires en accord avec le besoin d'injecter l'intention en matière criminelle. Or, nous l'avons vu, les bancs de l'Assemblée n'en sont pas exempts de partisans. En outre, mener le front sur l'intention permet au Tribunal de cassation de s'offrir un vivier conséquent de décisions à regarder : rares sont les notions qui peuvent se targuer d'une telle place dans la procédure criminelle, et de susciter autant de doutes nécessitant des éclaircissements³⁷³ ; cela sera confirmé par la Convention qui « fini[ra] par se rallier à cette idée, et confirme[ra] officiellement l'exigence de la question

³⁷¹ *Collection générale des lois, proclamations, instructions, et autres actes du pouvoir exécutif*, tome 6, octobre-novembre 1791, Paris, Imprimerie royale, 1792, p. 587.

³⁷² C'est notamment ce que semblent penser Céline SAPHORE, *La jurisprudence criminelle de la Cour de cassation sous la Révolution et l'Empire (1790-1810)*, op. cit., p. 295, et Jean-Louis HALPÉRIN, *Le Tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799)*, tome 2, op. cit., p. 570.

³⁷³ En effet, la question intentionnelle doit viser l'ensemble des incriminations criminelles à suivre le décret en forme d'instruction des 29 septembre-21 octobre 1791.

intentionnelle »³⁷⁴. À ce titre, nous retranscrivons ici la déclaration de la Convention qui, à propos d'une affaire, se saisit de l'occasion pour exposer un principe général sur l'intention, dans la continuité de ce qu'affirmait le Tribunal de cassation :

Considérant qu'il ne peut exister de crime là où il n'y a point eu intention de le commettre ; que le grand bienfait de l'institution des jurés consiste principalement en ce que l'intention des prévenus doit être examinée et appréciée, à la différence de l'ancienne instruction criminelle, qui ne s'arrêtait qu'aux faits³⁷⁵.

Il est donc plausible de considérer que le choix de l'intention comme faire-valoir du Tribunal de cassation n'est pas anodin. Cette décision résulterait d'un processus raisonné et guidé, vraisemblablement, par les causes que nous venons de mentionner.

Plus concrètement, ces magistrats se positionnent très tôt comme les défenseurs des idées nouvelles de la Révolution, au premier rang desquels la défense des droits des accusés³⁷⁶. Aussi convenait-il de définir ce qu'étaient les infractions. Ils pointent donc assez vite les limites du *Code pénal* de 1791 sur ce point³⁷⁷, mais encore de la loi des 16-29 septembre 1791³⁷⁸ ou le décret en forme d'instruction des 29 septembre-21 octobre 1791³⁷⁹.

Le travail est donc entrepris de placer l'intention au cœur des débats, convaincus qu'un crime est classiquement constitué d'un élément moral, et d'un élément matériel. Or, une telle affirmation s'inscrit *a minima* en marge du *Code pénal*, que nous regardions en 1791 ou plus tard, en 1810. De fait, sous couvert d'apporter une protection complémentaire aux prévenus en estimant que l'intention devait prendre une part essentielle des débats devant les cours d'assises, le Tribunal de

³⁷⁴ Céline SAPHORE, *La jurisprudence criminelle de la Cour de cassation sous la Révolution et l'Empire (1790-1810)*, op. cit., p. 267.

³⁷⁵ *Loi portant que la Question relative à l'intention sera posée à l'avenir dans toutes les affaires soumises à des Jurés de jugement*, dans Louis Rondonneau (dir.), *Collection générale des lois, décrets, arrêtés, sénatus-consultes*, tome 5, part. I, Paris, Rondonneau et Decle, 1818, p. 127.

³⁷⁶ Céline SAPHORE, *La jurisprudence criminelle de la Cour de cassation sous la Révolution et l'Empire (1790-1810)*, op. cit., p. 274-276 ; Jean-Louis HALPÉRIN, *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, op. cit.

³⁷⁷ Le *Code pénal* de 1791 ne définit pas l'infraction dans son contenu, qui demeure donc libre. De même, et nous l'avons discuté, l'intention n'est pas réellement présente dans les infractions, elle peut uniquement être déduite dans certains cas.

³⁷⁸ *Collection générale des lois, proclamations, instructions et autres actes du pouvoir exécutif*, tome 5, part. II, Paris, Imprimerie royale, 1792, p. 1325-1382.

³⁷⁹ *Collection générale des lois, proclamations, instructions et autres actes du pouvoir exécutif*, tome 6, op. cit., p. 536-622.

cassation organise incidemment une torsion du principe de légalité, celui-là même qu'il lui appartient de protéger³⁸⁰. Initialement, dans le système révolutionnaire et notre droit en construction, l'intention semble donc être une notion particulière : elle est paradoxalement pétrie en marge des textes, des mains de ceux chargés de faire respecter l'application correcte des lois.

L'institution ne peut être accusée sur ce terrain. Elle ne fait qu'organiser un *corpus* fortement désordonné par un effet d'empilement. Ces textes, en cherchant à préciser des points spécifiques, notamment sur la nouvelle procédure par jury, font pâtir l'économie de l'ensemble, en éparpillant les sources, faisant des ajouts à certains endroits, sans aller dans le même sens ailleurs. La meilleure démonstration est celle d'une affirmation presque absolue du décret en forme d'instruction des 29 septembre-21 octobre 1791³⁸¹ sur la question intentionnelle, sans que le *Code des délits et des peines* ne consacre lui aussi cette notion pour tous les crimes et délits ; *idem* pour les textes de 1808 et 1810.

Les magistrats du Tribunal de cassation ne font donc qu'exprimer une opinion encore largement admise parmi les juristes : l'infraction se compose d'une intention tendue vers le mal. Ils ne le font pas sans enracinement textuel, mais vont chercher cette interprétation extensive dans les textes complémentaires au *Code pénal* de 1791 et au *Code des délits et des peines* de 1795.

En reprenant l'hypothèse du vol, tel que défini dans la législation révolutionnaire, nous constatons que la tendance va vers un certain objectivisme. Pour rappel, l'article 1^{er} de la Deuxième partie, Titre II, Section 2 du *Code pénal* de 1791 expose le vol en ces termes : « Tout vol commis à force ouverte ou par violence envers les personnes, sera puni de dix années de fers ». Les précisions apportées par les articles suivants sont utiles pour donner les circonstances matérielles de commission et pouvoir aggraver la peine si besoin. *Quid* de l'emprunt ? En l'absence de précisions sur l'intention dans le vol, il est bien délicat de distinguer ces deux hypothèses dès lors que ne sont pas commises de « force ouverte » ou de « violence envers les personnes ». Est-ce à dire qu'en dehors des hypothèses violentes le vol serait impuni ? Ce serait

³⁸⁰ Contradiction également relevée par Philippe RÉMY, « La part faite au juge », *Pouvoirs*, 4 (2003), p. 22 -36.

³⁸¹ *Collection générale des lois, proclamations, instructions, et autres actes du pouvoir exécutif*, tome 6, *op. cit.*, p. 587.

méconnaître la protection accrue dont bénéficie le droit de propriété³⁸², en relevant au rang des exemples déterminants l'attention particulière qu'apporte la législation criminelle sur les atteintes contre les biens.

En effet, le vol est une infraction spécifique lorsqu'il est commis sans violence, car c'est l'intention de ne pas restituer le bien qui le caractérise ; l'intention de *subtiliser* la chose d'autrui. Sont limitrophes les emprunts, mais également les erreurs matérielles sur la chose que l'on peut croire sienne. L'observation d'un vol peut demeurer absolument équivoque dans certaines hypothèses, à l'exemple d'une personne qui récupère des clefs sur une table. Le futur permettra de reconstruire fictivement la scène, et de savoir si, au moment de saisir les clefs, il avait l'intention de les rendre ou non ; mais à l'instant présent, nous ignorons s'il en est le propriétaire, s'il a l'autorisation d'emprunter les clefs d'autrui, ou toute autre hypothèse probable et plausible.

Ces questionnements sont très vite appréhendés par le droit révolutionnaire, non par le *Code pénal* de 1791, mais par le décret en forme d'instruction des 29 septembre-21 octobre 1791, lequel dispose que :

La première question à laquelle doivent répondre les jurés, porte donc sur l'existence du fait qui est l'objet de l'accusation. S'il s'agit d'un assassinat, d'un incendie, d'un faux, l'existence d'un tel fait est toujours facile à séparer des autres idées accessoires, telles que celles de l'auteur du crime, & des intentions dans lesquelles il a été commis ; l'inspection du cadavre, de la maison brûlée, de la pièce falsifiée, rend la certitude de ses faits absolument complète, indépendamment des notions ultérieures sur le nom du coupable & sur les motifs qui l'ont fait agir.

Dans le crime de vol au contraire, il peut quelques fois paroître difficile de séparer le fait matériel de l'intention. La définition même du vol, telle qu'elle a été conçue par les jurisconsultes, prête à cette confusion de penser, en ce qu'elle renferme une partie intentionnelle, & n'attache l'idée précise de vol qu'à l'intention de voler.

Mais il n'est pas moins vrai que tout vol suppose la soustraction d'un effet quelconque à la possession de celui qui en étoit le détenteur ; & si toute soustraction d'un effet n'est pas nécessairement un vol, tout vol au moins suppose cette soustraction,

³⁸² Il n'est pas anodin de constater que la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789 consacre en son article 17 le droit de propriété : « La propriété étant un droit inviolable est sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ». En parallèle, nous relevons que les atteintes contre les biens sont interdites par 48 articles dans le *Code pénal* de 1791 et 84 articles dans le *Code pénal* de 1810, quand les atteintes aux personnes sont visées par 33 articles en 1791 – donc moins –, et 84 articles en 1810 – donc équivalence. Cela nous rappelle l'importance qu'ont les biens dans ces périodes considérées.

qui est le fait matériel sur lequel, avant tout, les jurés doivent donner leur déclaration³⁸³ [nous soulignons].

Le Tribunal de cassation ne fait donc que réassembler les pièces d'un « puzzle » concernant l'intention, guidé par des intuitions logiques et qui relèvent d'un certain ordre naturel pour les hauts magistrats. Néanmoins, ce n'est pas spécifiquement ni exactement ce que précisaient les textes. Alors même que les textes ont parfois prévu que soit posée la question intentionnelle, il semblerait que l'usage qu'en fait le Tribunal de cassation se révèle effectivement extensif, comme le relève Bernard Schnapper :

il fallait dire si le fait était constant, par exemple la mort de la victime, si l'accusé en était l'auteur et si enfin il l'avait fait dans l'intention de nuire. [...] Elle devait permettre d'acquitter en cas de légitime défense ou de force majeure, mais elle servit à bien d'autres usages [...] ³⁸⁴.

Nous sommes donc vraisemblablement devant une hypothèse de création *praeter legem*, par l'action d'une interprétation extensive et cumulée de textes troubles, lacunaires, et épars. Il en découle un système jurisprudentiel où crime et intention sont intimement liés, voire indissociables, lorsque l'on examine la culpabilité du prévenu. C'est d'ailleurs dans ce sens que le prévoyait le décret en forme d'instruction des 29 septembre-21 octobre 1791 liant effectivement la responsabilité à la culpabilité³⁸⁵.

Ce travail sur le long court paraît user de l'intention comme d'un cheval de Troie. Sous les traits innocents d'une protection accrue de la défense, la question intentionnelle permet aux magistrats de l'Île de la Cité de conserver une forme de contrôle souverain sur cette thématique. Largement diminués sous la Convention, c'est notamment la question intentionnelle devant les jurés qui leur offrira l'opportunité d'un retour sur le travail du jury, en continuant de préserver les principes en faveur de l'accusé, brandissant comme faire-valoir des textes imprécis³⁸⁶.

³⁸³ Collection générale des lois, proclamations, instructions, et autres actes du pouvoir exécutif, tome 6, op. cit., p. 586-587.

³⁸⁴ Bernard SCHNAPPER, « Le jury criminel », dans Robert Badinter (dir.), *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 155.

³⁸⁵ Jérôme FERRAND, « Quand la forme emporte le fond : de l'incidence des formes processuelles sur la genèse de la théorie générale de l'infraction », *Revue de science criminelle et de droit comparé*, 3 (2013), p. 510.

³⁸⁶ Ici, voir Céline SAPHORE, *La jurisprudence criminelle de la Cour de cassation sous la Révolution et l'Empire (1790-1810)*, op. cit., p. 269 et s. ; également, Jérôme FERRAND, « Quand la forme emporte le fond : de l'incidence des formes processuelles sur la genèse de la théorie générale de l'infraction », art. cit., p. 505-516.

Ainsi, de ce travail de reconquête de légitimité, l'intention se trouve renforcée ; amoindrie dans les textes, son application est largement imposée et élargie par la haute magistrature qui réussit à l'imposer. Si cela ne passe pas par la qualification même, n'est pas répertorié au rang des éléments nécessaires pour condamner, les magistrats savent trouver une autre manière d'opérer. À défaut, donc, d'une interprétation *secundum legem* pourtant imposée par les textes, et particulièrement en justice pénale, c'est une forme d'interprétation *praeter legem* qui développe le champ d'action de l'intention, sur toute la période révolutionnaire, et jusqu'aux travaux préparatoires du *Code pénal* de 1810. Il n'est donc pas étonnant que des positions telles que celle du Conseiller d'État Louis-Joseph Faure continuent d'exister au milieu d'une matrice courtement dominée par la matérialité.

Alors que les acquis des Lumières ont su triompher dans les textes, la pratique profonde, et donc moins visible semble acquise à un système de responsabilité articulé autour de l'intention mauvaise.

Il nous semble possible de considérer que, si les textes avaient été plus clairs sur ces questions, un tel retour de l'intention n'aurait pas été permis ou, du moins, pas aussi rapidement et avec autant d'incidence ; à défaut, l'interprétation aurait été *contra legem* et sans doute vivement attaquée dans ce climat de jurispohobie.

De fait, il nous paraît que l'intention a effectivement été un moteur majeur de conquête de légitimité pour le Tribunal de cassation, puis la Cour de cassation à partir de 1804. En censurant systématiquement les décisions qui ne faisaient pas référence à la question intentionnelle³⁸⁷, les hauts magistrats se réservaient le droit d'intervenir, quel que soit le moment de la période révolutionnaire et plus tard, dans les instances criminelles. De surcroît, le vivier de jugements était assez étendu pour lui permettre de s'imposer comme une figure majeure d'un nouveau système juridique encore en gestation. Bien sûr, l'intention ne fut pas seule, puisqu'étaient sanctionnées également les questions complexes, par exemple. Cependant, nous pouvons supposer que l'intention, élargie dans son application, en bénéficiant d'une remise en ordre orientée

³⁸⁷ Jean-Louis HALPÉRIN, *Le tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799)*, tome 2, *op. cit.*, p. 570-571 ; Céline SAPHORE, *La jurisprudence criminelle de la Cour de cassation sous la Révolution et l'Empire (1790-1810)*, *op. cit.*, p. 268-269.

de textes vagues, offrait en elle-même la possibilité d'un contrôle puissant et au champ d'action relativement ample.

Section II. Le Code de 1810, amphibène contemporain

Le *Code pénal* de 1810 peut-il être considéré comme un nouvel amphibène ? Tel le serpent à deux têtes, il aurait effectivement deux lectures possibles : l'une objectiviste, l'autre subjectiviste ; en d'autres termes, l'une réaliste, l'autre idéaliste. Nous pourrions également imaginer une position médiane qui permettrait de concilier ces deux visions.

Le *Code pénal* de 1810 peut être considéré comme matériellement conforme aux exigences issues de la critique pénale du XVIII^e siècle : il pose une liste d'infractions précises, de manière plutôt claire, en fixant des peines déterminées. De fait, les magistrats ne peuvent plus condamner à merci et doivent s'en tenir à la lecture dudit texte. De surcroît, il rappelle l'exigence de la légalité criminelle et semble prévoir les éléments nécessaires pour cadrer convenablement l'action des jurés ou des magistrats, qui devront qualifier les actes qui leur sont soumis (§ 1).

Néanmoins, la légalité peut n'être qu'une façade ; force est de constater que le vernis légaliste s'écaille lorsque l'on plonge dans les méandres du Code. La première difficulté apparaît aussitôt : il peut être lu avec un regard matérialiste comme plus spiritualiste, sans heurter frontalement l'un ou l'autre camp. De plus, nulle disposition ne vient définir ce qu'est une infraction. Dès lors, si les infractions sont matériellement et formellement posées, il n'y a pas de ligne directrice pour comprendre exactement et précisément ce qu'il convient de rechercher : est-ce uniquement un élément matériel ? Un élément moral ? Ou les deux ? Le Code ne le précise guère (§ 2).

§ 1. Un Code légaliste

À la lecture du Code pénal de 1810, nous pourrions être convaincus par sa filiation avec les avancées de la période révolutionnaire. Il est correctement matérialisé, les infractions sont classées, posées, distinguées par ordre de gravité et d'objet. Le principe de la légalité criminelle y est donc respecté et rappelé, en s'appuyant sur le *Code d'instruction criminelle* de 1808 et la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789, notamment (A).

En outre, les infractions font l'objet de développements sérieux, de précisions matérielles certaines qui peuvent convaincre par leur solidité. Nous pouvons y voir une législation résistante face aux assauts du temps et ceux d'une interprétation que l'on désire la plus proche possible du texte. Elles semblent donc, effectivement, matériellement circonscrites (**B**).

A. Le respect d'affichage des préceptes légalistes

Pour mettre un terme aux conflits incessants de la période révolutionnaire et doter l'appareil judiciaire français de fondations saines, il était nécessaire de refonder le droit criminel. Le *Code pénal* de 1791 et les autres textes qui sont venus le préciser, n'étaient pas d'une clarté absolue, ne serait-ce que dans leur organisation. Ce manque d'ordre a d'ailleurs autorisé les hauts magistrats à imposer une notion dont le statut juridique était incertain : l'intention devant les jurés.

Si l'œuvre de 1791 demeure magistrale par son envie de rompre avec les pratiques passées et d'instaurer des textes pérennes qui permettraient de juguler les jugements arbitraires³⁸⁸, de nombreux défauts sont à relever. Notamment, il n'y avait aucune théorisation générale : ni de l'application de la loi pénale dans le temps, des peines, de la responsabilité ou de la tentative, par exemple. Il débutait de manière plutôt abrupte, en exposant les peines qui suivent un jugement par jurés³⁸⁹. Certes, l'acte était symbolique en ce qu'il posait les peines, sans les laisser à l'arbitraire des magistrats et exposait l'existence des jurés, nouveauté de la procédure criminelle ; cependant, des failles demeurent. Par ailleurs, le principe de légalité n'était pas inscrit non plus dans le corps même du *Code pénal*, mais dans le *Code des délits et des peines* de 1795, venu très certainement corriger cet oubli.

Le *Code pénal* de 1810, lui, eut le temps de mûrir avant sa promulgation. Dès 1804, Napoléon (1769-1821) souhaitait qu'un Code criminel soit promptement adopté :

³⁸⁸ Critique essentielle de la fin du XVIII^e siècle. Voir notamment Nicole CASTAN, « La justice en question en France à la fin de l'Ancien Régime », *Déviance et société*, 1 (1983), p. 23-34.

³⁸⁹ *Code pénal* de 1791, Première partie, Titre I, art. 1 : « Les peines qui seront prononcées contre les accusés trouvés coupables par le juré, sont la peine de mort, les fers, la réclusion dans la maison de force, la gêne, la détention, la déportation, la dégradation civique, le carcan [...] ».

SA MAJESTÉ dit que si l'on veut fixer enfin la nation, il faut se hâter de régler par des Codes les principales matières de la législation. Le Code civil, sans être un ouvrage parfait, a cependant opéré beaucoup de bien. Chacun désormais sait d'après quels principes se diriger ; il arrange en conséquence sa propriété et ses affaires.

Le Code criminel est celui qui influe le plus sur la tranquillité publique ; il contribue beaucoup à mettre les Français dans cet état de calme et de repos dont ils ont besoin après de si longues agitations. Qu'ensuite, par un Code particulier, on règle les affaires de commerce ; que le Code de la procédure détermine la manière d'exercer les actions civiles, et l'on aura dans la législation un ordre de choses fixes.

Il n'y a aucun avantage à différer la confection du Code criminel. On se trouverait l'année prochaine dans le même état qu'aujourd'hui. Le temps seul ne ramènerait pas à l'unité l'opinion ; il ne lèverait pas les doutes et ne formerait pas les idées³⁹⁰ [nous soulignons].

Seulement, les travaux préparatoires ont été suspendus, puis repris à de nombreuses reprises ; des longs débats émerge alors un texte plutôt abouti sur le plan formel.

Alors que le *Code pénal* de 1791 privilégiait un découpage en parties et sections, avec une remise à zéro des articles pour chaque coupure amenée par un nouveau titre, le *Code pénal* de 1810 fait le choix d'une continuité dans la numérotation. Cette remarque peut sembler superficielle, mais elle est pourtant le gage d'une lecture simplifiée du Code, et d'une facilité accrue pour viser tel ou tel autre article sans risque de confusion : l'article 23, par exemple, ne désigne qu'un seul article 23 ; en 1791, l'article 23 recouvre quatre incriminations différentes³⁹¹. La visée didactique nous semble donc meilleure dans le Code de 1810.

Pour continuer et terminer sur le formalisme, remarquons que le plan du *Code pénal* napoléonien présente un niveau de détails que n'atteint pas le *Code pénal* révolutionnaire. Là encore, il nous apparaît plus simple de nous approprier le contenu de ce texte législatif, puisque les infractions sont classées selon un ordre cohérent et un plan présentant des subdivisions suffisantes, ce qui pouvait faire défaut au texte de

³⁹⁰ Jean-Guillaume LOCÉRÉ DE ROISSY (dir.), *La législation civile, commerciale et criminelle de France*, tome 24, Paris, Crapelet, 1831, p. 440.

³⁹¹ *Code pénal* de 1791, Première partie, Titre I, article 23, concernant des modalités d'exécution des peines ; *Code pénal* de 1791, Deuxième partie, Titre I, Section 3, article 23, concernant les atteintes aux correspondances ; *Code pénal* de 1791, Deuxième partie, Titre II, Section 1, article 23, concernant des précisions matérielles sur les blessures infligées à autrui ; *Code pénal* de 1791, Deuxième partie, Titre II, Section 2, article 23, concernant des précisions matérielles sur le vol. Pour l'analyse détaillée, nous renvoyons aux annexes de ce travail.

1791 ne descendant pas en deçà des sections, sans chapitre. Le texte de 1810 suit une division formelle, logique, en ce qu'il présente des livres, avec des chapitres, des sections et même des paragraphes³⁹². Là encore, une forme exacerbée de propédeutique transpire de cette organisation rigoureuse.

Le légalisme est encore plus prégnant lorsque l'on regarde le contenu du *Code pénal* de 1810. La comparaison avec le *Code pénal* de 1791 est édifiante pour mettre en relief les lacunes saillantes de la législation révolutionnaire. Alors que le texte de 1791 est assez peu organisé sur les peines, leur exécution, etc., le Code de 1810 y consacre des « Dispositions préliminaires ». Ce changement majeur apporte des précisions qui accroissent la compréhension des articles qui vont s'enchaîner.

En effet, l'article premier pose la distinction tripartite qui est l'une des grandes nouveautés de notre législation³⁹³. On y apprend, selon une séparation désormais classique, que les peines de police signalent des contraventions ; les peines correctionnelles visent les délits ; les peines afflictives ou infamantes dénotent les crimes – certes, aujourd'hui, nous n'évoquons plus de peines infamantes ou afflictives, le vocabulaire étant plus neutre depuis le *Code pénal* de 1994 ; néanmoins, la portée pratique de ces peines, qui entachent la réputation du criminel, reste présente³⁹⁴. Cette distinction tripartite, loin d'être superficielle, tranche entre les actes graves et ceux moins importants traités dans le Livre IV *Contraventions de police et peines*. Enfin, preuve d'une certaine sévérité contre les actions qui troubleraient particulièrement l'organisation étatique, l'article 5 nous précise que « Les dispositions du présent Code ne s'appliquent pas aux contraventions, délits et crimes militaires », induisant une séparation entre la criminalité de droit commun et la criminalité militaire.

³⁹² À l'image de l'article 1^{er} du *Code pénal* de 1810 qui pose la distinction entre contravention, délit et crime, laquelle organisera également le contenu du code. Voir notamment Philippe PICHOT, « L'article premier du Code pénal de 1810 », *Revue historique de droit français et étranger*, 4 (2011), p. 559-570. Sur la propédeutique du texte, voir également Morgane DAURY-FAUVEAU, « Des listes définitives de 1810 au Code pénal éducatif de 1992 », art. cit., p. 67-82.

³⁹³ *Code pénal* de 1810, art. 1^{er} : « L'infraction que les lois punissent des peines de police est une *contravention*. L'infraction que les lois punissent de peines correctionnelles est un *délit*. L'infraction que les lois punissent d'une peine afflictive ou infamante est un *crime* ». Voir également Philippe PICHOT, « L'article premier du Code pénal de 1810 », art. cit., p. 559-570.

³⁹⁴ Tout en prenant de plus en plus en compte les sentiments de la victime (Marie MANIKIS, « Recognizing Victims' Role and Right During Plea Bargaining: A Fair Deal for Victims of Crime », *Criminal Law Quarterly*, 4 [2012], p. 411-441), le Canada fait également attention au retentissement de la peine sur le coupable : l'atteinte à sa réputation doit être justifiée. Cette exigence provient certainement de ce que la *Charte Canadienne des droits et libertés* protège expressément ce point, à la différence des textes constitutionnels français par exemple. *Charte Canadienne des droits et libertés* de 1982, Partie I, Chapitre 1, art. 4 : « Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation ».

Certainement peut-on y déceler les stigmates des troubles récents et l'instauration de tribunaux spécifiques, avec des textes distincts, dont le Tribunal révolutionnaire (1793-1795) ou autres juridictions militaires³⁹⁵.

Par ailleurs, il n'est plus nécessaire de partir en quête de la tentative au gré des incriminations, comme cela pouvait être le cas en 1791. Nous posons l'hypothèse selon laquelle la tentative n'était que timidement prise en compte sous la Révolution, parce qu'elle contrevenait sensiblement à l'idéologie des Lumières diffusant du matérialisme et de l'objectivisme. La tendance est au revirement puisque notre Code de 1810 prévoit, dès l'article 2, que :

Toute tentative de *crime* qui aura été manifestée par des actes extérieurs, et suivie d'un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur, est considérée comme le *crime* même.³⁹⁶

Tout en observant une filiation certaine avec les dispositions du Code de 1791, ne saisissant la tentative qu'une fois manifestée dans le monde sensible, un écart apparaît dès lors qu'une référence à la volonté de l'auteur se fait jour. Pour nous, cet article démontre toute l'ambivalence du texte, que nous qualifions d'amphisbène contemporain dans le titre de cette section. La balance hésite à marquer une position définitive, comme si un compromis était recherché, comme ce fut le cas lors de la rédaction de l'article 2 de la *Constitution française* de 1958 : depuis la Révolution de 1789, le centre de gravité de nos constitutions, sur la question du titulaire de la souveraineté, se déplace entre le peuple et la nation³⁹⁷. Cette distinction, lourde de différences, est effacée dans cet article 2, présentant une synthèse des acceptations opposées, en déclarant que :

³⁹⁵ Georges MICHON, « La justice militaire sous la Révolution : Constituante et Législative », *Annales révolutionnaires*, 1 (1922), p. 1-26 ; Xavier ROUSSEAU, « La justice militaire et les civils sous le Directoire : l'exemple des 24^e et 25^e divisions militaires », *Annales historiques de la Révolution française*, 350 (2007), p. 153-178.

³⁹⁶ *Code pénal* de 1810, art. 2.

³⁹⁷ Dans les différents textes constitutionnels, on observe une alternance entre souveraineté populaire et nationale : *Constitution* de 1791, *Constitution* de l'an I (24 juin 1793), *Constitution* du 5 fructidor an III (22 août 1795), *Constitution* du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799), *Constitution* du 16 thermidor an X (4 août 1802), *Constitution* de l'an XII (18 mai 1804), *Charte constitutionnelle* du 4 juin 1814, *Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire* du 22 avril 1815, *Charte constitutionnelle* de 1830, *Constitution* du 4 novembre 1848, *Constitution* du 14 janvier 1852, *Lois constitutionnelles* de 1875 (24, 25 février et 16 juillet 1875), *Loi constitutionnelle* du 2 novembre 1945, *Constitution* du 27 octobre 1946.

« La **souveraineté nationale** [indique la dominance de la théorie de la souveraineté nationale] appartient au **peuple** [indique la dominance de la souveraineté populaire] qui l'exerce par ses **représentants** [souveraineté nationale] et par la voie du **référendum** [souveraineté populaire] »³⁹⁸ [nous soulignons].

Ce balancier, signe de potentiels compromis, n'est donc pas unique dans notre droit ; nous supposons que l'article 2 du *Code pénal* de 1810 en est un exemple antérieur à la *Constitution* de 1958. Évoquer le terme de tentative nous projette dans un système où semble dominer l'intention ; cette affirmation est très vite bousculée parce qu'elle doit être manifestée, prouvée et éprouvée par des actes extérieurs, matériels – le commencement d'exécution. Cet aspect matérialiste est renforcé par l'assertion suivante qui expose que la tentative est valable uniquement si elle a manqué ses effets « par des circonstances fortuites », lesquelles circonstances invitent à croire que nous sommes toujours dans le monde sensible. Ce frêle château de cartes s'effondre lorsqu'est ajouté le terme « volonté ». Doit-on en déduire l'absence de volonté en utilisant comme guides les circonstances ? Le texte ne l'expose pas. Qu'est-ce que la volonté ? Le Code ne le précise pas plus. Du reste, si nous devons mobiliser une analyse quantitative des termes pour donner une direction plausible à l'interprétation de cet article, force est de constater que les termes affiliés au matérialisme objectiviste y sont plus nombreux :

Toute **tentative** [subjectivisme] de *crime* qui aura été **manifestée** [objectivisme] par des **actes extérieurs** [objectivisme], et suivie d'un commencement d'exécution [objectivisme], si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des **circonstances fortuites** [objectivisme] ou indépendantes de la **volonté de l'auteur** [subjectivisme], est considérée comme le *crime* même [nous soulignons].

De fait, selon cette lecture l'interprétation peut toujours être légaliste puisque – fictivement ? – encadrée par l'extériorisation incontestable dans le monde sensible.

Enfin, l'argument le plus évident dans cette quête du légalisme nous est donné par l'article 4 du *Code pénal* de 1810, lequel dispose :

Nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis³⁹⁹.

³⁹⁸ *Constitution française*, 1958, art. 2.

³⁹⁹ *Code pénal* de 1810, art. 4.

La formulation du principe de légalité criminelle est certes maladroite, mais présente. Elle est maladroite en ce que la première lecture de cette disposition peut nous laisser penser que nous sommes face à une précision sur l'application de la loi pénale dans le temps : le principe de non-rétroactivité. Ce n'est que dans un second mouvement de lecture que l'on comprend qu'est posé le principe de la légalité, ici vigoureusement lié à cette question de la non-rétroactivité : puisqu'on ne peut être puni de peines qui n'existaient pas encore lorsque l'offense a été commise, le système repose alors invariablement sur le principe inviolable de l'écrit qui interdit. Compréhensible, le principe de la légalité n'en reste pas moins clair que son expression latine *nullum crimen, nulla poena sine lege*, ou encore que les mots de Portalis :

Conséquemment, **les matières criminelles peuvent devenir l'objet d'une prévoyance** dont les matières civiles ne sont pas susceptibles. [...] Mais, dans les matières criminelles, le débat est entre le citoyen et le public. **La volonté du public ne peut être représentée que par celle de la loi.** Le citoyen dont les actions ne violent point la loi, ne saurait donc être inquiété ni accusé au nom du public. [...] **Ainsi, en matière criminelle, où il n'y a qu'un texte formel et préexistant qui puisse fonder l'action du juge, il faut des lois précises** [...] ⁴⁰⁰ [nous soulignons].

Ainsi, bien que sujet à questions et cautions, il semble effectivement découler que le *Code pénal* de 1810 suive une logique résolument marquée par le légalisme et la nécessité de limiter l'action du juge aux textes. Ce faisant, des bornes apparemment claires sont posées dès les premières lignes, concernant les notions les plus problématiques, au premier rang desquelles la tentative si délicate à saisir – les codes, que nous regardions en 1810 ou même aujourd'hui, attendent que la tentative soit *manifeste*⁴⁰¹. La nouvelle organisation formelle du texte et la reprise du principe de la légalité criminelle viennent parfaire ce tableau d'un Code qui peut aisément passer sous Les Fourches caudines des penseurs héritiers de l'idéologie matérialiste de la fin d'Ancien Régime. Dans cette continuité, notons que le reste du Code ne dément pas cette première impression, en circonscrivant assez rigoureusement les infractions.

⁴⁰⁰ Jean-Étienne-Marie PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil, présenté le 1^{er} pluviôse An IX*, [en ligne], art. cit., p. 20-21.

⁴⁰¹ Si délicate à appréhender que le droit attend qu'elle soit correctement matérialisée dans le monde sensible pour intervenir, avec la nécessité du commencement d'exécution. *Code pénal* de 1810, art. 2. *Code pénal* de 1994, art. 121-5 : « La tentative est constituée dès lors que, **manifestée par un commencement d'exécution**, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur » [nous soulignons].

B. Des infractions matérielles, rigoureusement circonscrites

Il serait difficile d'étudier l'ensemble des infractions, et nous reprendrons celles déjà analysées dans notre premier chapitre : le vol, et les homicides, en excluant les coups et blessures entraînant la mort sans intention de la donner – qui n'existaient pas encore – et l'empoisonnement. Ces deux dernières infractions sont importantes d'un point de vue intentionnel, mais les nécessités matérielles de notre étude font obstacle à ce que nous nous concentrons sur autant d'infractions chaque fois. Néanmoins, pour ne pas complètement les abandonner, nous précisons que notre travail d'archive a pris en compte les coups et blessures – et non l'empoisonnement, nous renvoyons aux premières réserves formulées sur cette dernière incrimination. Un futur travail, qu'il soit fait par nous ou d'autres, pourra toucher ces infractions.

Dans la continuité, toujours, du Code de 1791, nous postulons que les infractions contenues dans ce Code peuvent être appréhendées de manière très matérielle. À l'instar des travaux précédents, les rédacteurs marqués par le traumatisme qui, certes, s'éloigne, du gouvernement des juges, prévoient des infractions strictement circonscrites. Cela correspond à la logique legaliste exposée dès les premiers articles du *Code pénal* de 1810 ; au surplus, cela entre en adéquation avec la volonté affichée d'un regain de sévérité pour le maintien de l'ordre public estimé menacé⁴⁰² : si les textes sont clairs, les interdits ne le seront que d'autant plus.

Le vol est prévu à l'article 379 du Code⁴⁰³ : « Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas, est coupable de vol ». Cette formule tranche, au moins dans sa forme, avec l'article 1, de la Section 2, Titre II, Deuxième partie du *Code pénal* de 1791, lequel indiquait « Tout vol commis à force ouverte ou par violence envers les personnes, sera puni de deux années de fers ». En 1810, la tournure nous semble plus littéraire, presque chantante, en posant premièrement une description du comportement répréhensible, avant d'exposer la qualification de « vol » en fin de phrase. Peut-être s'agissait-il de mettre en abyme le syllogisme judiciaire, confrontant le fait matériel brut à sa qualification juridique qui

⁴⁰² Quentin DELUERMOZ et Aurélien LIGNEREU, « L'Empire, c'est la sécurité. Offre et demande de sécurité en régime bonapartiste », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, 1 (2015), p. 57-78 : les auteurs nous expliquent comment l'ordre a été restauré, mais également à quel point il faut faire attention à nos propres projections sur ces périodes visées.

⁴⁰³ *Code pénal* de 1810, art. 379.

arrive dans un second temps ? Toujours est-il que cette disposition se démarque par son apparente limpidité.

Alors qu'en 1791, le vocabulaire employé visait plus clairement les vols violents, dont la matérialité ne posait pas de réel problème, il avait pourtant fallu préciser ce qui entraît dans ce périmètre ou non, par voie textuelle – c'est notamment le rôle joué par le décret en forme d'instruction des 29 septembre-21 octobre 1791⁴⁰⁴ –, et par l'action des hauts magistrats du Tribunal de cassation. Désormais, la situation semble convenue d'avance sur l'intention avec l'introduction du mot fraude. Néanmoins, la fraude n'est pas précisée. Le principe de légalité, défendu par la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*⁴⁰⁵, et directement par le *Code pénal*⁴⁰⁶ de 1810, dicte que nous cherchions une réponse dans le corps même du texte ; ce que nous faisons.

Si l'on souhaite savoir comment peut-être manifestée la fraude, peut-être nous faut-il retenir les comportements déviants décrits par les articles 380 et suivants. Sous couvert de préciser la peine applicable en fonction de la nature et les détails du vol réalisé, de nouvelles précisions matérielles sur ce qui peut constituer un vol nous sont données. Avec une lecture stricte du texte, sans se hasarder à des déductions extratextuelles – et donc contestables – sur ce que nous pourrions introduire sous l'étiquette « frauduleusement », des indices sont jetés, comme ce peut être le cas avec l'article 381⁴⁰⁷. Cet article nous précise le degré infractionnel au-delà duquel le vol sera puni de mort ; la peine est conditionnée à la réunion de cinq circonstances cumulatives :

1° Si le vol a été commis la nuit ; 2° S'il a été commis par deux ou plusieurs personnes ; 3° Si les coupables ou l'un d'eux étaient porteurs d'armes apparentes ou cachées ; 4° S'ils ont commis le crime soit à l'aide d'effraction extérieure ou d'escalade ou de fausses clefs, dans une maison, appartement, chambre ou logement habités ou servant à l'habitation, ou de leurs dépendances, soit en prenant le titre d'un fonctionnaire public ou d'un officier civil ou militaire, ou après s'être revêtus de l'uniforme ou du costume de fonctionnaire ou de l'officier, ou en alléguant un faux ordre de l'autorité civile ou militaire ; 5° S'ils ont commis le crime avec violence ou menace de faire usage de leurs armes.

⁴⁰⁴ *Collection générale des lois, proclamations, instructions, et autres actes du pouvoir exécutif*, tome 6, *op. cit.*, p. 586-587.

⁴⁰⁵ *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789, art. 5, 7 et 9.

⁴⁰⁶ *Code pénal* de 1810, art. 4.

⁴⁰⁷ *Code pénal* de 1810, art. 381.

D'autres circonstances sont visées pour condamner le vol à la réclusion criminelle ou aux travaux forcés, que le larcin entraîne des blessures ou non, avec violence ou non. Finalement, nous pouvons considérer le vol comme un crime dès lors que les circonstances spécifiquement posées dans les articles 380 et suivants sont réunies. Nous pouvons donc supposer que, parce que l'article 379 déploie le mot « frauduleusement », le reste des articles de cette section consacrée aux vols doivent être accompagnés d'une intention mauvaise. Nous ne le croyons pas, ou du moins pas de manière évidente. Alors que la fraude n'apparaît qu'une seule fois dans l'ensemble de cette section, les articles 380 à 400 décrivent des situations extrêmement matérielles, pour, semble-t-il, ôter tout pouvoir d'appréciation sur l'infraction et donc les faits.

À titre d'exemple, nous rappelons que l'article 390⁴⁰⁸ nous décrit minutieusement ce qu'est une maison habitée :

Est réputée maison habitée, tout bâtiment, logement, loge, cabane même mobile, qui, sans être actuellement habité, est destiné à l'habitation, et tout ce qui en dépend, comme cours, basses-cours, granges, écuries, édifices qui y sont enfermés, quel qu'en soit l'usage, et quand même ils auraient une clôture particulière dans la clôture ou enceinte générale.

L'article 391⁴⁰⁹ nous rappelle ce que nous devons entendre par « parc ou enclos », l'article 392⁴¹⁰ revient sur la situation particulière des parcs mobiles qui contiennent du bétail ; les articles 393 à 396⁴¹¹ clarifient l'effraction ; l'article 397⁴¹² vient même nous rappeler ce qu'est une escalade :

Est qualifié *escalade*, toute entrée dans les maisons, les bâtiments, cours, basses-cours, édifices quelconques, jardins, parcs et enclos, exécutée par-dessus les murs, portes, toitures ou toute autre clôture.

⁴⁰⁸ *Code pénal* de 1810, art. 390 : « Est réputée maison habitée, tout bâtiment, logement, loge, cabane même mobile, qui, sans être actuellement habité, est destiné à l'habitation, et tout ce qui en dépend, comme cours, basses-cours, granges, écuries, édifices qui y sont enfermés, quel qu'en soit l'usage, et quand même ils auraient une clôture particulière dans la clôture ou enceinte générale ».

⁴⁰⁹ *Code pénal* de 1810, art. 391 : « Est réputé *parc* ou *enclos*, tout terrain environné de fossés, de pieux, de claies, de planches, de haies vives ou sèches, ou de murs de quelque espèce de matériaux que ce soit, quelles que soient la hauteur, la profondeur, la vétusté, la dégradation de ces diverses clôtures, quand il n'y aurait pas de porte fermant à clef ou autrement, ou quand la porte serait à claire-voie et ouverte habituellement ».

⁴¹⁰ *Code pénal* de 1810, art. 392 : « Les parcs mobiles destinés à contenir du bétail dans la campagne, de quelque matière qu'ils soient faits, sont aussi réputés enclos ; et lorsqu'ils tiennent aux cabanes mobiles ou autres abris destinés aux gardiens, ils sont réputés dépendants de la maison habitée ».

⁴¹¹ *Code pénal* de 1810, art. 393 à 396.

⁴¹² *Code pénal* de 1810, art. 397.

L'entrée par une ouverture souterraine, autre que celle qui a été établie pour servir d'entrée, est une circonstance de même gravité que l'escalade.

Nous le voyons assez nettement, le vol est effectivement rigoureusement circonscrit en étant appréhendé par ses aspects les plus matériels. L'intention, elle, n'est que très peu développée dans cet ensemble, représentée à demi-mot – de manière indirecte sous les traits de la *fraude* –, dans un article sur vingt-trois, soit un peu plus de 4 % de la section consacrée aux vols ; les précisions matérielles, quant à elles, occupent presque tout le reste des articles⁴¹³.

Enfin, précisons que le traitement des vols qui relèvent du délit est bien moins sophistiqué et tient dans la formule évasive suivante :

Les autres vols non spécifiés dans la présente section, les larcins et filouteries, ainsi que les tentatives de ces mêmes délits, seront punis d'un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus, et pourront même l'être d'une amende qui sera de seize francs au moins et de cinq cents francs au plus [...]⁴¹⁴.

Alors que les vols qui sont compris comme des crimes bénéficient des précisions relevées ci-devant, le vol délictuel semble délaissé. En plus d'une certaine logique selon laquelle plus l'offense est sévèrement punie, plus l'infraction doit être précise, nous posons l'hypothèse que le vol criminel est précisément cadré puisqu'il incombe aux jurés. À l'inverse, les vols délictuels, soumis aux magistrats professionnels, sont moins circonscrits puisque donnés à des personnes rompues au fonctionnement de la justice. Cela démontrerait une forme de confiance restaurée dans la magistrature⁴¹⁵, cette même confiance qui n'accompagne plus l'action des jurés :

SA MAJESTÉ ne s'occupera pas du jury d'accusation : il ne présente que des inconvénients. **Jamais il n'opérera d'une manière aussi sûre qu'un seul magistrat** ; et cependant, s'il renvoie un coupable, la justice n'a plus rien à examiner. Il ne s'agit donc que du jury de jugement.

On ne saurait douter qu'un juge qui aurait le pouvoir de prononcer tout à la fois sur le droit et sur le fait, ne fût trop puissant. Le législateur doit se défier des passions,

⁴¹³ Pour plus de détails sur les statistiques, nous renvoyons ici à l'Annexe VIII – La recherche de l'intention dans le *Code pénal* de 1810.

⁴¹⁴ *Code pénal* de 1810, art. 401.

⁴¹⁵ Confiance fragile néanmoins, puisque nous n'oublions pas les temps troubles pour la justice que constituent les changements de régime au début XIX^e siècle. Voir notamment Olivier TORT, « La magistrature française face aux deux restaurations », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, 2 (2014), p. 93-107.

et ne mettre entre les mains de personne le moyen de satisfaire des ressentiments personnels.

Cette réflexion suffit pour séparer les deux ministères. La distinction entre les juges du fait et les juges du droit est, au surplus, dans la nature des choses. Elle a lieu même dans certaines contestations civiles où le fait est décidé par des experts.

Mais il importe que les juges du fait et les juges du droit soient également bien choisis. Les jurés doivent être des magistrats qui forment, avec les juges du droit, une grande *tournelle*. **Si les juges de première instance étaient assez nombreux, peut-être conviendrait-il de les appeler aux fonctions de jurés. Ils sont instruits, accoutumés à juger, exercés à démêler les sophismes et à saisir la vérité**⁴¹⁶ [nous soulignons].

Enfin, à titre subsidiaire, nous notons que le Code de 1810 abandonne, ici comme ailleurs, les peines fixes ; à la place, il se contente de poser un minimum et un maximum, laissant le soin aux juges de trancher.

Les homicides volontaires, quant à eux, paraissent suivre un raisonnement strictement analogue. La formulation ressemble à s'y méprendre à ce que nous avons rencontré avec le vol sur le plan de la structure de la phrase : une description, puis une qualification juridique. En effet, l'article 295⁴¹⁷ expose : « L'homicide commis volontairement est qualifié de meurtre ». L'article 296⁴¹⁸ vient préciser ce qu'est l'assassinat, avec une distinction intéressante par rapport au texte de 1791⁴¹⁹. Alors que la législation révolutionnaire ne comprenait l'assassinat que sous le prisme du guet-apens, la préméditation fait désormais son entrée : « Tout meurtre commis avec préméditation ou de guet-apens, est qualifié d'assassinat ».

Cette percée idéaliste apparente ne doit pas nous aveugler, puisque l'article 297⁴²⁰ nous décrit la préméditation comme :

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 condition⁴²¹.

⁴¹⁶ Jean-Guillaume LOCRÉ DE ROISSY (dir.), *La législation civile, commerciale et criminelle de France*, tome 24, *op. cit.*, p. 611-612.

⁴¹⁷ *Code pénal* de 1810, art. 295.

⁴¹⁸ *Code pénal* de 1810, art. 296.

⁴¹⁹ *Code pénal* de 1791, Deuxième partie, Titre II, Section 1, art. 11.

⁴²⁰ *Code pénal* de 1810, art. 297.

⁴²¹ *Code pénal* de 1810, art. 297.

Si l’incrimination amène le terme « dessein », avatar de l’intention, les précisions suivantes touchent une nouvelle fois des critères éminemment matériels : une personne déterminée, ou des circonstances. Au même titre que la qualification de meurtre repose sur le caractère volontaire de l’acte, aucune précision sur la manière de toucher l’intention, de la prouver, n’est donnée. Les aspects plus matérialistes, quant à eux, sont exposés de manière limpide.

Du reste, et comme pour le vol, le vocabulaire de l’intention est réduit à sa portion congrue : dans cette section dédiée aux meurtres et autres assassinats, les référents à l’intention n’émergent que deux fois, sur quatorze articles – soit environ 14 %. Sans rentrer dans le détail de toutes les autres incriminations du chapitre concernant les crimes et délits contre les personnes, nous nous étonnons de ne trouver que si peu de références à l’intention, comme le démontre le tableau suivant (les premiers chiffres désignent le nombre d’articles ; les seconds désignent le nombre de termes référents à l’intention) :

Tableau illustrant les références à l’intention dans le Code pénal de 1810⁴²²

Chapitre 1. Crimes et délits contre les personnes	84	Ø
Section I. Meurtres et autres crimes capitaux, menaces d’attentats contre les personnes	14	2
Section II. Blessures et coups volontaires non qualifiés de meurtre, et autres crimes et délits volontaires	10	1
Section III. Homicide, blessures, et coups involontaires. Crimes et délits excusables, et cas où il ne peuvent être excusés. Homicide, blessures, et coups qui ne sont ni crimes ni délits	11	Ø
Section IV. Attentats au mœurs	11	Ø
Section V. Arrestations illégales et séquestrations de personnes	4	Ø
Section VI. Crimes et délits tendant à empêcher ou détruire la preuve de l’état civil d’un enfant, ou à compromettre son existence. Enlèvement de mineurs. Infraction aux lois sur les inhumations	16	1
Section VII. Faux témoignage, calomnie, injures, révélation de secrets	18	Ø

Enfin, nous ne pouvons nier la portée rigoureuse du cloisonnement des actes dans des incriminations matériellement circonscrites. Si le Code est avare en précisions

⁴²² Le tableau complet est disponible en annexe : Annexe VIII – La recherche de l’intention dans le *Code pénal* de 1810.

sur l'intention, les éléments matériels, eux, nous apparaissent correctement balisés pour encadrer l'action des jurés.

Par ces quelques analyses, que nous souhaiterions plus longues et pourrions faire l'objet de nouveaux développements dans de futurs travaux, il nous semble fondé d'exprimer que le *Code pénal* de 1810 pose des infractions clairement définies, appréhendées essentiellement, pour ce qui est du texte même, par leur versant matériel. Pourtant, juges et jurés n'auront de cesse que d'introduire l'intention dans les débats. Est-ce à dire, alors, que notre Code de 1810 était lacunaire dès sa publication ?

§ 2. Un Code lacunaire ?

Nombreux sont les auteurs qui déplorent l'absence de théorie générale sur l'infraction⁴²³ ou, plus généralement, sur la manière dont on peut être tenu responsable⁴²⁴. Cela semble pourtant constituer le socle minimal de tout texte qui souhaiterait se prévaloir d'un respect du principe de la légalité criminelle fièrement mis en avant, élément de rassemblement de l'œuvre codificatrice de Napoléon (A).

Cette imprécision entraîne une seconde : l'intention est abandonnée à la libre appréciation de la magistrature, quand elle est précisée. Cette remarque est importante, puisqu'il y a une kyrielle d'incriminations qui souffrent d'un défaut flagrant de mention de l'intention : faut-il concevoir les infractions comme comportant nécessairement un élément matériel et un élément moral ? Faut-il considérer que les infractions pour lesquelles l'élément moral est absent ou peu clair sont finalement des infractions strictement matérielles ? Quand l'élément moral est précisé, que doit-on en

⁴²³ La critique peut être immédiate, à l'image de celle relevée par les hauts magistrats : Céline SAPHORE, *La jurisprudence criminelle de la Cour de cassation sous la Révolution et l'Empire (1790-1810)*, op. cit., p. 316 ; également Pierre LASCOUMES, « Révolution ou réforme juridique ? Les codes pénaux français de 1791 à 1810 », dans Xavier Rousseau, Marie-Sylvie Dupont-Bouchat et Claude Vael (dir.), *Révolutions et justice pénale en Europe. Modèles français et traditions nationales, 1780-1830*, Paris, L'Harmattan, 1999, p. 67. Elle peut également prendre la forme d'un constat doctrinal, plus tard : Jacques-Henri ROBERT, « L'Histoire des éléments de l'infraction », art. cit., p. 269-284.

⁴²⁴ Michel VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », art. cit., p. 44-58 ; Jacques HENRIOT, « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot responsabilité », art. cit., p. 59-62 ; Dominique LAGORGETTE, « Étude diachronique de "responsable" et des termes associés (XII^e-XVIII^e siècles) », art. cit., p. 27-87.

faire ? Faut-il le nourrir des mobiles ? Voilà quelques-unes des questions que se sont certainement posées les professionnels de la justice à la lecture de ce texte (B).

A. L'absence d'une théorie générale sur la responsabilité

Les principales lacunes du Code de 1791 sont comblées, la fixité des peines est abandonnée au profit d'un système plus souple, le principe de légalité apparaît dans le corps de la législation criminelle, la tentative bénéficie d'articles à portée générale, les infractions sont divisées en trois catégories, le plan a été revu et augmenté, etc.

Pourtant, un élément considérable manque l'appel : la responsabilité pénale. Aucun article ne vise la responsabilité en tant que telle⁴²⁵. Certes, elle se déduit des différentes infractions, des exceptions posées, mais aucun texte d'envergure n'est donné pour résoudre les questions essentielles qui se posent ici. Puisque la tentative profite de développements dans les « Dispositions générales » du Code, nous pourrions légitimement nous attendre à ce que cette notion phare du droit⁴²⁶ y soit inscrite. La responsabilité est vitale au droit, c'est elle qui, le plus souvent, ouvre le procès ; on souhaite engager la responsabilité d'autrui pour un contrat non respecté, une obligation non tenue, un dommage subit, etc.⁴²⁷

Nous pourrions être rassurés par l'arrivée assez rapide du Livre II « Des personnes punissables, excusables ou responsables, pour Crimes ou pour Délits »⁴²⁸ ; malheureusement, ce titre prometteur est une illusion. Bien que le mot *responsable* y soit inscrit, très peu de précisions nous sont données dans ces quelques seize articles

⁴²⁵ Voir notamment les débats autour de l'art. 64 du *Code pénal* de 1810, dont une synthèse nous est proposée par Laurence GUIGNARD, « La genèse de l'article 64 du code pénal » [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 22 avril 2016 [consulté le 27 avril 2020],

URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/3215#quotation>.

⁴²⁶ Voir l'œuvre, phare sur la question, d'Olivier DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, op. cit. En outre, cette responsabilité est assez clairement exposée dans le *Code civil* de 1804, avec le célèbre article 1382 – et plus généralement les articles 1382 à 1386. C'est également l'objet de questionnements contemporains comme le démontre l'ouvrage de Johann LE BOURG et Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Sens et non-sens de la responsabilité civile*, Chambéry, CDPPOC, 2018.

⁴²⁷ Par exemple, *Code civil* de 1804, art. 1382 : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer » ; encore, art. 1146 sur l'inexécution contractuelle : « Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer ».

⁴²⁸ *Code pénal* de 1810, art. 59-74.

qui portent le lourd fardeau, à eux seuls, de poser le principe de la responsabilité et ses nombreuses exceptions⁴²⁹.

Dans le détail, les articles 59 à 61 évoquent la complicité⁴³⁰ ; les articles 62 et 63 s'attachent au cas du receleur⁴³¹ ; l'article 64 revient sur les hypothèses particulières de la démence et de la contrainte⁴³² ; l'article 65 expose les restrictions de l'exemption ou mitigation de peine⁴³³ ; les articles 66 à 69, eux, détaillent le cas des mineurs de moins de seize ans⁴³⁴ ; les articles 70 à 72 concèdent des modulations de peines pour les personnes de plus de soixante-dix ans⁴³⁵ ; l'article 73 vise spécifiquement les aubergistes et hôteliers⁴³⁶ ; et, enfin, l'article 74 organise l'articulation entre une responsabilité civile et une responsabilité pénale⁴³⁷.

Cet exposé très descriptif est utile pour démontrer que seul un article s'occupe des personnes frappées d'une pathologie mentale, et quatre articles se préoccupent du discernement. Ces dispositions sur le discernement sont éminemment matérielles et précisent les modalités de la peine, non pas la manière dont la preuve du discernement sera apportée :

Article 66 : Lorsque l'accusé aura moins de seize ans, s'il est décidé qu'il a agi *sans discernement*, il sera acquitté ; mais il sera, selon les circonstances, remis à ses parents, ou conduit dans une maison de correction, pour y être élevé et détenu pendant tel nombre d'années que le jugement le déterminera, et qui toutefois ne pourra excéder l'époque où il aura accompli sa vingtième année.

Article 67 : S'il est décidé qu'il a agi *avec discernement*, les peines seront prononcées ainsi qu'il suit : S'il a encouru la peine de mort, des travaux forcés à perpétuité, ou de la déportation, il sera condamné à la peine de dix à vingt ans d'emprisonnement dans une maison de correction ; S'il a encouru la peine des travaux forcés à temps, ou de la réclusion, il sera condamné à être enfermé dans une maison de correction, pour un temps égal au tiers au moins et à la moitié au plus de celui auquel il aurait été condamné à l'une de ces peines. Dans tous les cas, il pourra être mis, par l'arrêt ou le jugement, sous la surveillance de haute police, pendant cinq ans au moins et

⁴²⁹ Sur l'irresponsabilité pénale, nous renvoyons, notamment, aux travaux de Laurence GUIGNARD, « La genèse de l'article 64 du code pénal » [[en ligne](#)], art. cit.

⁴³⁰ *Code pénal* de 1810, art. 59 à 61.

⁴³¹ *Code pénal* de 1810, art. 62 et 63.

⁴³² *Code pénal* de 1810, art. 64.

⁴³³ *Code pénal* de 1810, art. 65.

⁴³⁴ *Code pénal* de 1810, art. 66 à 69.

⁴³⁵ *Code pénal* de 1810, art. 70 à 72.

⁴³⁶ *Code pénal* de 1810, art. 73.

⁴³⁷ *Code pénal* de 1810, art. 74.

dix ans au plus. S'il a encouru la peine du carcan ou du bannissement, il sera condamné à être enfermé, d'un an à cinq ans, dans une maison de correction.

Article 68 : Dans aucun des cas prévus par l'article précédent, le condamné ne subira l'exposition publique.

Article 69 : Si le coupable n'a encouru qu'une peine correctionnelle, il pourra être condamné à telle peine correctionnelle qui sera jugée convenable, pourvu qu'elle soit au-dessous de la moitié de celle qu'il aurait subie s'il avait eu seize ans⁴³⁸.

Plus précisément alors, nous relevons que la terminologie du discernement n'apparaît que dans les deux premiers articles, 66 et 67, pour distinguer l'action avec ou sans discernement. La suite se contente d'exposer les conséquences matérielles en termes de pénalité. En outre, aucune précision n'est donnée sur la manière de saisir le discernement. Tout au plus les vocables *avec/sans* et *discernement* sont mis en italique directement dans le texte, pour attirer notre œil sans doute ; mais rien de plus.

Pour ce qui est de la démence, la formule est lapidaire et non moins vague que les propos sur le discernement, en exposant simplement que : « Il n'y a ni crime, ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister »⁴³⁹. Cette simple phrase doit encadrer la démence, mais encore la contrainte. De telles exceptions à la responsabilité pourraient être mieux développées puisque, loin d'être communes, elles reposent sur des notions délicates. Nous pourrions nous étonner que le Code précise avec acuité ce qu'est l'escalade dans le vol, mais ne revienne pas plus sur ces notions.

De manière encore plus démonstrative et générale, nous relevons que sur les seize articles qui sont censés poser le cadre de la responsabilité, un seul fait mention d'une référence intentionnelle directe : l'article 62 qui mobilise le terme « sciemment », en visant le recel – soit une présence de l'intention de 6,25 % dans un Livre qui pose une responsabilité pourtant subjectivée, en principe.

Certes, nous pourrions élargir un peu notre cadre, et considérer que le discernement puisse entrer dans l'analyse de la responsabilité. Nous dénaturerions légèrement le concept de l'intention tel que généralement compris, puisque le discernement ne touche pas la volition, mais la compréhension globale des

⁴³⁸ Code pénal de 1810, art. 66 à 69.

⁴³⁹ Code pénal de 1810, art. 64.

conséquences de l'action matériellement réalisée, à la suite de l'exercice d'un mouvement de volonté – dans une conception qui accepterait l'intention et la responsabilité subjective. Dès lors, en acceptant d'inclure les références au discernement, trois articles sur les seize de ce Livre du Code de 1810 feraient référence, de près ou de loin, au caractère subjectif de la responsabilité, véhiculé par la prise en compte des éléments intellectuels de l'acte – soit presque 19 % de présence.

Nous pouvons donc considérer que le Code se concentre sur la matérialité, comme nous le démontrent les premiers articles de ce Livre II. La remarque est encore plus évidente lorsque l'on regarde les personnes plus âgées⁴⁴⁰ en plus des autres cas : alors que le Livre annonce un projet ambitieux, s'attacher à l'exposé des « Personnes punissables, excusables ou responsables, pour Crimes ou pour Délits », nous retrouvons finalement des dispositions de l'ordre de l'organisation de la peine. Pour les personnes en état de démence ou contraintes, pas de crime ou de délit : la disposition se concentre donc sur les conséquences, au détriment d'une définition de ce qu'est la démence par exemple⁴⁴¹. Pour les moins de seize ans, qui n'ont pas de discernement, là encore, le mode d'appréhension est imprécis, et le Code préfère se concentrer sur les mesures qui seront prises à la place des peines habituellement prononcées pour ces offenses. Enfin, pour les personnes de plus de soixante-dix ans, nulle question d'intention ou de responsabilité : le texte se contente de moduler l'exécution de peines qui seraient difficilement supportables pour des corps meurtris par l'âge, du fait de leur particulière rigueur :

Article 70 : Les peines des travaux forcés à perpétuité, de la déportation et des travaux forcés à temps, ne seront prononcées contre aucun individu âgé de soixante-dix ans accomplis au moment du jugement.

Article 71 : Ces peines seront remplacées, à leur égard, par celle de la réclusion, soit à perpétuité, soit à temps, et selon la durée de la peine qu'elle remplacera.

Article 72 : Tout condamné à la peine des travaux forcés à perpétuité ou à temps, dès qu'il aura atteint l'âge de soixante-dix ans accomplis, en sera relevé, et sera renfermé dans la maison de force pour tout le temps à expirer de sa peine, **comme s'il n'eût été condamné qu'à la réclusion**⁴⁴² [nous soulignons].

⁴⁴⁰ Code pénal de 1810, art. 70 à 72.

⁴⁴¹ Laurence GUIGNARD, « La genèse de l'article 64 du code pénal » [[en ligne](#)], art. cit.

⁴⁴² Code pénal de 1810, art. 70 à 72. Nous remarquons également que le droit s'arroge la possibilité d'une fiction absolue, en l'annonçant nettement par un « comme si », signe du *faire semblant*.

C'est donc avec surprise que l'on feuillète ce Code à la recherche de précisions générale sur la manière dont on peut être tenus responsables de nos actes. Cette définition n'arrivera jamais, malgré un mince espoir à la lecture du titre de son Livre II, et c'est d'ailleurs une critique qui sera très vite adressée à ce texte. En principe, le *Code pénal* de 1810 devait respecter le principe de la légalité criminelle, et avec lui, la mise en place de dispositions claires, précises, et complètes, pour que les magistrats aient un arbitraire réduit⁴⁴³. Ce n'est pas véritablement le cas lorsqu'il est possible de relever cette faille dans ce qui constitue le cœur de l'action répressive telle que supportée par une certaine frange des rédacteurs et de la doctrine, mais également par le Tribunal de cassation puis la Cour de cassation : la responsabilité subjective. Cette critique n'est pas uniquement une critique rétroactive et historiographique ; lors de la parution du Code, certains auteurs de la doctrine juridique⁴⁴⁴ pointaient ce manque avec plus ou moins de vigueur, manque qui perdurera jusqu'en 1994⁴⁴⁵.

Partir à la recherche du *pourquoi* de ce manquement, assez évident, serait un sujet épineux. Nous choisissons alors d'avancer une hypothèse, supportée par les propos qui précèdent, en avançant que, peut-être les rédacteurs n'étaient-ils pas au clair sur la responsabilité qu'il convenait de mettre en avant, directement, dans le Code. Fallait-il qu'elle soit objective ? Subjective ? Charge à l'avenir, à la pratique, de trancher sur ce point. Les travaux préparatoires, loin de démontrer une fulgurance hégémonique sur la question, nous rappellent que les visions demeurent plurielles. Alors, consciemment ou non, cette question est-elle éludée de la législation finale ; de fait, les tensions ne sont pas exacerbées ni cristallisées sur ce point et chacun, matérialistes comme subjectivistes, pourra se reconnaître dans le texte adopté, laissant un non-dit lourd de sens⁴⁴⁶, mais non précisé.

Du reste, cette faille n'est pas la seule, et trouve un écho assez logique et puissant dans le manque de définition de ce qu'est structurellement une infraction.

⁴⁴³ Pierre LASCOUMES, « Révolution ou réforme juridique ? Les codes pénaux français de 1791 à 1810 », art. cit., p. 67 : dès 1701 les magistrats « épinglent les faiblesses concernant le respect du principe de légalité, le flou de certaines incriminations et ils insistent sur les risques occasionnés par l'importance des marges laissées aux juges », et il ne nous semble pas que le *Code pénal* de 1810 soit assez puissant et précis pour combler ces manquements.

⁴⁴⁴ Jacques-Henry ROBERT, « L'histoire des éléments de l'infraction », art. cit., p. 269-284.

⁴⁴⁵ Le *Code pénal* de 1994 précise un peu mieux ces éléments, du moins formellement. En effet, il pose un Titre II dans le Livre I, intitulé « De la responsabilité pénale » (art. 121-1 à 122-9).

⁴⁴⁶ Pour une référence générale sur le poids potentiel des non-dits, voir Alexandre FRAMBÉRY-IACOBONE, « C'est l'histoire d'une boîte aux lettres ; Étude de récits normés et normatifs », dans Jacqueline Guittard, Émeric Nicolas et Cyril Sintez (dir.), *Narrations de la norme*, Paris, Mare & Martin, 2022, p. 245-263.

Alors que les incriminations sont dorénavant classées par ordre de gravité, avec les contraventions, les délits, et les crimes⁴⁴⁷, aucun article ne s'aventure à imposer les éléments constitutifs de la contravention, du délit, ou du crime. Nous qualifions ce manque de *logique*, en ce qu'imposer un élément moral ou intellectuel, reviendrait à définir par extension la responsabilité, fortement subjective. En l'occurrence, le contenu de l'infraction n'est pas donné – synthèse d'un élément légal, moral et matériel ? –, au même titre que la responsabilité sombre dans des considérations matérielles, sans égard à son contenu : si le cœur même de ce qui compose une infraction est imprécis, c'est en grande partie parce que la responsabilité n'est pas clairement posée ; si la responsabilité n'est pas clairement posée, c'est en grande partie parce que le cœur même de ce qui compose une infraction est imprécis. Ces éléments sont donc interdépendants et interconnectés ; ils partagent, dans leur interdépendance, un manque criant de clarté textuelle.

B. Le constat d'une imprécision latente concernant l'intention

La situation politique et juridique de 1810 n'est plus celle de 1791⁴⁴⁸. Le feu de la révolte s'apaise, par contrainte ou lassitude, et les textes qui sont adoptés ne sont plus le reflet d'un rejet immédiat de la situation antérieure, mais la volonté dirigée vers la construction d'un socle juridique assez solide pour faire tenir l'État français, dans l'ordre et le respect de certaines valeurs⁴⁴⁹.

Le matérialisme, presque brutal, de la fin du XVIII^e siècle, adossé sur l'empirisme méthodologique des Lumières d'Écosse, sur l'utilitarisme et l'objectivisme, n'est plus aussi séduisant lorsqu'est adopté le Code de 1810. Le *Code civil* de 1804, œuvre majeure de la codification napoléonienne⁴⁵⁰, l'aura démontré – nous y reviendrons. L'unanimité ne gagne pas les rédacteurs sur la question de savoir si la responsabilité doit être subjective ou objective. Néanmoins, certains signes ne nous détrompent pas, au rang desquels nous avons remarqué que le Tribunal de cassation était constant dans

⁴⁴⁷ *Code pénal* de 1810, art. 1^{er}.

⁴⁴⁸ Nicolas DELALANDE et Blaise TRUONG-LOÏ, *Histoire politique du XIX^e siècle*, Paris, Presses de Sciences Po, 2021, spéc. p. 29-63.

⁴⁴⁹ Jean-Marie CARBASSE, « Rapport introductif », art. cit., p. 21-28 ; Georges LEVASSEUR, « Napoléon et l'élaboration des codes répressifs », art. cit.

⁴⁵⁰ Jean-François NIORT, *Homo civilis, contribution à l'histoire du Code civil français*, op. cit., p. 36 et s. ; Sylvain SOLEIL, *Le modèle juridique français dans le monde. Une ambition, une expansion (XVII^e-XIX^e siècle)*, Paris, IRJS, 2014.

l'affirmation d'une nécessaire question intentionnelle pour les crimes. La situation des délits est, pour le reste, suspendue à une pratique qui ne dédie pas entièrement les réflexes antérieurs à la Révolution de 1789⁴⁵¹.

Dès lors, puisque le Code affiche un désir apparent de suivre certains concepts clefs de la Révolution, comme le principe de la légalité, mais également parce qu'une lame de fond semble l'emporter sur la question intentionnelle, nous pourrions supposer que la législation de 1810 s'inscrive logiquement dans cette suite, en formant la synthèse des débats de près de vingt ans, formalisant concrètement le contenu des infractions ou, *a minima*, imposant l'intention dans les crimes, comme le font les hauts magistrats. Partir en quête de ces éléments serait vain.

Selon nous, l'imprécision sur l'intention provient d'une imprécision sur la responsabilité, nous l'avons dit, mais surtout de manquements dans la constitution des infractions. Chemin faisant, imposer une distinction tripartite reviendrait à exposer autant de coquilles vides, qui attendraient qu'on leur attribue un contenu et un sens, comme autant de néologismes qui patienteraient qu'une définition ne leur soit accolée. Notre législation actuelle se saisit, elle, de cette différence et lui donne corps. L'article 121-3 de notre *Code pénal*⁴⁵² expose en effet qu'il n'y a pas de crime, ou de délit, sans intention de le commettre. Par déduction, nous comprenons que l'infraction, en bas de l'échelle de gravité, ne requiert pas une intention marquée, quel que soit son niveau – de l'imprudence à l'accident, en allant jusqu'à la volonté franche et affirmée⁴⁵³.

⁴⁵¹ Les peines ne sont plus rigides, puisque sont fixés désormais un minimum et un maximum, bornes entre lesquels les magistrats peuvent choisir ce qui leur semble adéquat. Cette forme de retour vers un arbitraire encadré de la peine peut être le fruit d'un regain de confiance dans la magistrature, ou bien d'une forme de gage donné aux jurés, démontrant que la peine ne sera pas nécessairement terrible, ou bien est-ce un peu des deux. Par exemple, voici la formulation de l'art. 311 du *Code pénal* de 1810, concernant les coups et blessures : « Lorsque les blessures ou les coups n'auront occasionné aucune maladie ni incapacité de travail personnel, de l'espèce mentionnée en l'article 309, **le coupable sera puni d'un emprisonnement d'un mois à deux ans, et d'une amende de seize francs à deux cents francs** » [nous soulignons].

⁴⁵² *Code pénal* de 1994, art. 121-3 al. 1^{er} : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre ».

⁴⁵³ Certes, nous convenons que ces remarques peuvent souffrir de nuances et que certains auteurs s'interrogent sur l'intention dans les contraventions. Voir par exemple Valérie MALABAT, « Responsabilité et irresponsabilité pénale » [en ligne], *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 26 (2009) : « En revanche, l'exigence d'une culpabilité [d'un élément moral] n'est pas posée pour les contraventions ce qui laisse entière la question de savoir si ces contraventions sont constituées indépendamment d'un élément moral ou si cet élément moral est simplement présumé dans cette catégorie d'infractions [...] ».

Néanmoins en 1810, la distinction tripartite ne permet pas d'offrir un cadre d'expression de l'intention, qu'il soit restrictif, comme le fait le Code de 1994⁴⁵⁴, ou plus large. Le premier bilan que nous pouvons ici poser est qu'il n'y a pas de définition de l'infraction – certains se demanderont même s'il fallait y intégrer une composante légale⁴⁵⁵ – et donc, *a fortiori*, aucune précision sur l'intention comme élément constitutif de cette dernière⁴⁵⁶. Ce fait met en défaut la volonté absolue du texte de respecter les nouveaux principes cardinaux du droit pénal. S'il est convenable et même souhaitable de préciser assez rigoureusement les incriminations pour juguler les condamnations arbitraires, cette aspiration s'effrite en sapant le matériau fondateur du droit pénal : une définition convenable de l'infraction. Cette problématique globale rejaille sur tous les articles qui prévoient des comportements incriminés, puisque la matière est donnée strictement par le texte, mais sans cadre. La matérialité du Code nous semble donc être un écran de fumée, au sens propre du terme, en ce que la fumée, d'abord correctement visible, finit par se dissiper, au même titre que les éléments constitutifs des infractions se dissolvent dans ces questions purement formelles concernant l'intention.

Par ailleurs, à la suite d'un lent mais constant retour d'une pensée assez favorable à la responsabilité subjective⁴⁵⁷, supportée institutionnellement par le Tribunal de cassation, il est surprenant que l'intention n'occupe que si peu de place dans le Code de 1810⁴⁵⁸. Plus symptomatique encore : elle est en retrait si l'on compare ce texte avec celui de 1791.

De manière déconnectée du fond, en laissant s'exprimer les chiffres, la démonstration d'un net recul du vocabulaire intentionnel dans la législation napoléonienne est percutante. Le Code de 1791 comprenait 225 articles, dont 34 faisaient référence à l'intention et ses avatars, soit une présence évaluée à 15,11 %. Le Code de 1810, lui, est divisé en 484 articles, soit environ le double du texte de 1791. Pour autant, l'intention et ses dérivés ne sont représentés que dans 28 articles seulement, soit une présence à 5,8 %. Cette présentation peut paraître très

⁴⁵⁴ Il est restrictif en ce qu'il évoque l'intention pour les crimes et délits, avec des exceptions et des principes. S'il n'est pas parfait, une forme de cadre commence alors à exister ; la situation est différente avec les textes antérieurs.

⁴⁵⁵ Jacques-Henri ROBERT, « L'Histoire des éléments de l'infraction », art. cit., p. 276.

⁴⁵⁶ Par exemple, Victor Molinier considérait que l'infraction était composée uniquement par le fait et que l'intention intéressait l'examen de l'auteur, non de son action. Sur ce dernier point, voir les explications de Jacques-Henri ROBERT, « L'Histoire des éléments de l'infraction », art. cit., p. 274.

⁴⁵⁷ Jean LEBRET, « Essai sur la notion d'intention criminelle », art. cit., p. 438-484.

⁴⁵⁸ 5,8 %, pour être exact.

schématique, jeu assumé des approches quantitatives au détriment des analyses qualitatives. Cependant, nos premiers propos s'attachaient justement à la présence *qualitative* de l'intention en prenant quelques exemples ciblés d'incriminations – vol et homicides. La combinaison du quantitatif et du qualitatif est ici implacable : l'intention est faiblement représentée dans les textes.

Ce premier constat, déjà déroutant, le devient plus encore lorsque l'on regarde dans le détail la répartition des termes de l'intentionnalité. Pour plus de clarté, nous reproduisons ci-après quelques extraits tirés d'un tableau plus complet, versé en annexe⁴⁵⁹. Ces extraits se concentrent sur les sections ou chapitres qui comprennent des termes afférents à l'intention :

⁴⁵⁹ Annexe VIII – La recherche de l'intention dans le *Code pénal* de 1810, tableau 1.

Tableau de répartition des termes de l'intention dans le Code pénal de 1810⁴⁶⁰

	Nombre d'articles	Articles avec référence à l'intention et dérivés
Dispositions préliminaires	5	1
LIVRE II. DES PERSONNES PUNISSABLES, EXCUSABLES OU RESPONSABLES, POUR CRIMES OU POUR DÉLITS	16	1
LIVRE III. DES CRIMES, DES DÉLITS ET DE LEUR PUNITION		
Titre I. Crimes et délits contre la chose publique		
Chapitre 1. Crimes et délits contre la sûreté de l'État		
Section I. Des crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'État	11	1
Section II. Des crimes contre la sûreté intérieure de l'État	17	1
Chapitre 2. Des crimes et délits contre les constitutions de l'Empire		
Section II. Des attentats à la liberté	9	1
Chapitre 3. Des crimes et délits contre la paix publique		
Section I. Du crime de faux	34	2
Section IV. Résistance, désobéissance et autres manquements envers l'autorité publique	56	1
Section V. Association de malfaiteurs, vagabondage et mendicité	18	1
Section VI. Des délits commis par la voie d'écrits, images ou gravures, distribués sans noms d'auteur, imprimeur ou graveur	8	1
Titre II. Crimes et délits contre les particuliers		
Chapitre 1. Crimes et délits contre les personnes		
Section I. Meurtres et autres crimes capitaux, menaces d'attentats contre les personnes	14	2
Section II. Blessures et coups volontaires non qualifiés de meurtre, et autres crimes et délits volontaires	10	1
Section VI. Crimes et délits tendant à empêcher ou détruire la preuve de l'état civil d'un enfant, ou à compromettre son existence	16	1
Chapitre 2. Crimes et délits contre les propriétés		
Section I. Vols	23	1
Section II. Banqueroutes, escroqueries, et autres espèces de fraudes	32	7
Section III. Destructrions, dégradations, dommages	29	4
LIVRE IV. CONTRAVENTIONS DE POLICE ET PEINES		
Chapitre 2. Contraventions et peines		
Section II. Deuxième classe	4	1
Section III. Troisième classe	4	1

De manière assez contre-intuitive, nous remarquons que l'intention est très marquée dans les atteintes contre les propriétés, et beaucoup moins dans les atteintes contre les personnes. Certes, dans les textes révolutionnaires était pointée la

⁴⁶⁰ L'analyse complète de ce Code est fournie en annexe : Annexe VIII – La recherche de l'intention dans le Code pénal de 1810.

particulière difficulté de qualifier le vol dont la trame matérielle pouvait être proche de l'emprunt ou d'autres réalités⁴⁶¹ ; cela peut justifier une forme de volonté d'*intentionnaliser* cette infraction et celles qui lui sont connexes. Mais le vol ne bénéficie que d'une seule entrée dans notre analyse ; il est donc difficile de comprendre cette surreprésentation des infractions contre les biens en matière intentionnelle.

En outre, nous évoquions les spécificités du vol ; or, les homicides aussi sont particuliers. Dans l'homicide, le résultat matériel demeure systématiquement identique : un tiers a perdu la vie. La qualification, qu'elle soit homicide involontaire, coups et blessures volontaires ayant entraînés la mort sans intention de la donner, meurtre ou encore assassinat, dépend semble-t-il, d'une appréciation différenciée d'intentionnalité projetée dans l'action criminelle. Cependant, cette supposition n'est pas confortée par l'analyse des textes, et tend même à être sérieusement ébréchée si nous regardons la répartition des termes de l'intention dans la législation ; les atteintes aux biens concentrent 12 références au caractère intentionnel, soit près de la moitié de toutes les occurrences dans le Code – 14,3 % dans ce chapitre. À l'opposé, les atteintes contre les personnes ne regroupent que 4 références – 4,8 % dans ce chapitre.

Enfin, le vocabulaire a glissé entre les deux textes, comme le démontrent les illustrations suivantes⁴⁶² :

Nuages de mots comparatifs entre le Code de 1791 et celui de 1810



⁴⁶¹ Collection générale des lois, proclamations, instructions, et autres actes du pouvoir exécutif, tome 6, op. cit., p. 586-587.

⁴⁶² Nuages de mots réalisés avec le logiciel *Nuage-de-Mots* [en ligne] ; la base de données provient d'un tableau dans lequel nous avons consigné les apparitions des termes afférents à l'intention, pour en comptabiliser le nombre d'occurrences. Seule la taille des mots indique une différence, la couleur n'est pas un outil et est automatiquement générée, aléatoirement, par le logiciel.

Les mots dérivés de l'intention étaient plus variés en 1791, et nous relevions souvent une juxtaposition de plusieurs termes dans un seul et même article. Également, nous constatons que le mot qui ressort dans ce Code est « dessein », donc une intention tendue vers l'avenir. Enfin, le mot « intention » était directement mobilisé. Le Code de 1810 resserre les termes et, si le « dessein » est toujours présent, c'est assez nettement le terme « volontairement » qui s'impose. Le « dessein », conservé, est relégué au second plan. Les termes les plus expressifs, qui relèvent presque du champ littéraire, comme « malice » ou « méchamment », sont gommés d'une législation napoléonienne recentrée autour de mots dont la connotation juridique nous semble plus évidente, comme la « fraude » ou la « volonté ». La malice ou la méchanceté sont des appréciations éminemment subjectives d'un acte, mais sont *parlantes* dans le sens commun, d'un point de vue pragmatique. Certes, il serait délicat de vouloir décrire uniformément ce qu'est la méchanceté. Pour autant, il s'agit d'une illustration plutôt facile à saisir pour des néophytes, et nous mettons directement cela en lien avec l'introduction des jurés dans l'arène judiciaire. Ces préoccupations semblent moins présentes dans le texte de 1810 et, sans dire que ce *Code pénal* est nettement moins didactique dans sa forme, le fond souffre d'une faiblesse que ne connaissait pas son prédécesseur. La juxtaposition de termes juridiques et de mots moins juridiques, dans un seul et même article, donnait un semblant d'orientation à ce qu'il fallait comprendre dans l'incrimination immatérielle de l'action, telle que donnée par le Code de 1791 – sans être exemptée de notre critique sur la légalité concrète de telles dispositions brumeuses. En 1810, l'approche est plus franche, ne repose plus sur ce procédé littéraire d'insistance par accumulation, et fait appel à un vocabulaire de symbolique juridique.

En définitive, l'imprécision de l'intention nous apparaît criante dans ce Code de 1810. Le mot « intention » n'y est pas inscrit, les expressions désormais communes que sont « élément moral » ou encore « élément intellectuel » n'y sont pas plus données. De surcroît, nous observons un ressac statistique de la présence intentionnelle, passant de 15,11 % en 1791, à 5,8 % en 1810. Ce mouvement peut étonner puisqu'en 1791 l'intention était assez directement combattue, vue comme une rémanence de l'ancien droit ; le mouvement qui prend place à la suite de ce texte est nettement plus favorable au concept de la responsabilité subjective, et l'intention est réclamée à peine de cassation par les hauts magistrats. Cette tendance ne nous semble pas concrétisée matériellement dans les textes, le Code ne définissant toujours pas ce qu'il faut

entendre et comprendre lorsqu'une référence plus ou moins directe au caractère intentionnel apparaît dans les articles.

Section III. Un constat similaire dans d'autres Codes emblématiques

Le *Code pénal* de 1810 n'est pas le seul à souffrir de lacunes. En effet, le *Code d'instruction criminelle* de 1808 fait montre des mêmes faiblesses et d'une lecture ambivalente, prenant plus ou moins en compte l'intention, comme pouvaient le faire d'autres textes⁴⁶³. Néanmoins, il est marquant que le Code de 1810 ne détaille pas la composition des infractions, quand le *Code d'instruction criminelle* semble le faire en posant les éléments nécessaires pour condamner. En parallèle, nous pouvons considérer que ce Code est porteur des premières formes de responsabilité objective, que nous pourrions comparer aux diagnostics de dangerosité qui pulluleront à la fin du XIX^e siècle (§ 1).

Le *Code civil* de 1804 accroche lui aussi notre regard. Longuement présenté comme l'enfant parfait de la doctrine kantienne qui place l'intentionnalité au paroxysme de son intensité, ces pistes doivent cependant être fortement nuancées. La question de l'influence kantienne semble devoir être minorée, puisque régnait au même moment une forme d'anthroposceptisme sur l'humain au sortir de la Terreur (à l'image des apitoiements sur l'état et le sort de l'humanité au sortir de la Seconde Guerre mondiale⁴⁶⁴). Une notion est restée problématique jusqu'à sa suppression récente en 2016 : la cause du contrat⁴⁶⁵. Notion floue, complexe, elle nous semble tisser des liens forts et importants pour notre étude avec l'intention et l'examen des mobiles (§ 2).

§ 1. Un Code d'instruction criminelle ambivalent

À l'image du *Code pénal* de 1810, le *Code d'instruction criminelle* de 1808 est dual, puisqu'il ouvre les vannes à l'entrée de l'intention, tout en les refermant dans un même mouvement, s'inscrivant dans une démarche d'objectivisation de la responsabilité criminelle. Alors que le jury de jugement, sauvé sur le fil dans un océan contestataire

⁴⁶³ Décret en forme d'instruction des 29 septembre-21 octobre 1791 et loi des 16-29 septembre 1791 notamment.

⁴⁶⁴ Jean PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, Paris, PUF, 1989, p. 93-94.

⁴⁶⁵ Thierry CHARLES, « Vers l'absence de cause » [[en ligne](#)], *Le droit en débat – Dalloz*, publié le 14 janvier 2016 [consulté le 14 mars 2020] : « Si hier la notion de causalité restait floue et donnait lieu à de nombreuses erreurs de jugements, dans une brève méditation sur le sans-pourquoi, l'écrivain Yannick Haenel déplore aujourd'hui que "la cause soit morte" et qu'"il n'y ait plus que du sans-pourquoi" ». URL : <https://www.dalloz-actualite.fr/chronique/vers-l-absence-de-cause>.

qui n'en réclamait d'autre chose qu'une belle mort, c'est toujours cette même institution qui, par le passé, avait déjà permis à l'intention de survivre dans la législation révolutionnaire chez le Tribunal de cassation (A).

Néanmoins, loin de se laisser emporter par un intellectualisme et un psychologisme débridés, ce Code de 1808 porte en lui les premiers marqueurs d'une responsabilité qui ne s'arrête pas à la fin de la peine, et déborde donc le cadre strictement judiciaire – au sens premier du terme –, avec les prodromes des mesures de sûreté. Si ces dernières gagnent en visibilité à la fin du XIX^e siècle, et plus encore au début du XX^e siècle, la législation de 1808 n'est pas en reste (B).

A. La présence surprenante de la subjectivité

Le *Code d'instruction criminelle* de 1808 est singulier en ce qu'il nous démontre une forme d'opposition entre les infractions telles que définies par les textes (Code de 1791 puis, bientôt, de 1810), et la manière dont il faut les comprendre. Cela est particulièrement valable concernant la procédure devant les cours d'assises.

Une nouvelle fois, la procédure par jurés vient bousculer le fonctionnement habituel du droit, et organise ce que nous pourrions qualifier de *torsion législative*. À la lecture des articles du Code de 1791 ou du Code de 1810, nous n'avons relevé que très peu d'indices sur la présence d'une intention spécifique à rechercher. Quand quelques pistes sont données, elles sont chiches et bien faibles pour que l'on puisse en conclure quoique ce soit sur l'éventuelle présence systématisée d'un élément moral. D'un point de vue statistique, nous touchons les limites d'un modèle qui, sous couvert d'une rationalité mécaniste, ferait ressortir des éléments qu'il faudrait accepter sans réflexion complémentaire. Si les outils techniques et technologiques modernes sont intéressants, le recul du chercheur ou de la chercheuse demeure nécessaire.

Dans le *Code d'instruction criminelle* de 1808, les termes qui font référence à l'intention représentent 3,1 % des 643 articles⁴⁶⁶ ; en parallèle, ce vocabulaire occupe 5,8 % des 484 termes du *Code pénal* de 1810. Nous pourrions en conclure que les chiffres

⁴⁶⁶ Voir l'analyse détaillée en annexe : Annexe VII – La recherche de l'intention dans le *Code d'instruction criminelle* de 1808.

démontrent une proximité, tout en étant peu élevés. Seulement, le quantitatif ne peut se passer du qualitatif, et nous remarquons que le terme « conviction », présent à 12 reprises dans le *Code d'instruction criminelle*, peut avoir deux acceptions. La première serait synonyme de *convaincre* : une pièce à conviction, qui peut être traduite comme une pièce qui permettrait de convaincre le juge ou les jurés. « Avoir la conviction de » correspond ici à « avoir la certitude de ». De fait, si un pendant subjectif est ici visible, ce n'est pas l'acception majoritaire que l'on accole à ce terme. La seconde est plus directement subjective : la conviction connectée au terme « intime », pour constituer l'expression *intime conviction*. Dès lors, ce n'est plus tant la conviction qui importe que le caractère *intime*, nous plongeant dans un monde de valeurs subjectives.

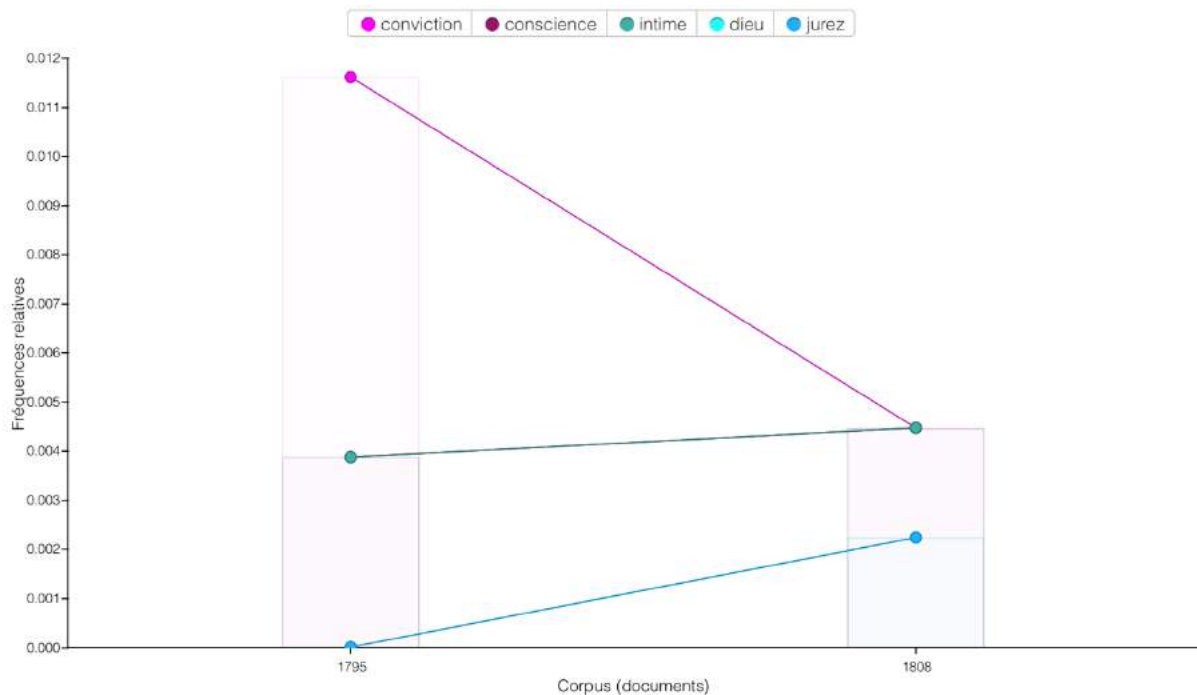
C'est donc cette distanciation de l'analyse quantitative qui nous pousse à nous concentrer sur les articles 312 et 342 du *Code d'instruction criminelle* de 1808, qui visent la procédure par jury, et convoquent non pas la simple conviction comme preuve, mais bien « l'intime conviction ».

Une rapide analyse lexicographique⁴⁶⁷ nous démontre que les articles 312 et 342 du *Code d'instruction criminelle* de 1808 partagent beaucoup d'éléments avec les anciens articles 343 et 372 du *Code des délits et des peines* de 1795. On y décompte 3 syntagmes d'importance considérable, supérieurs ou égaux à 25 termes.

Comme le met en avant le graphique suivant, certains vocables apparaissent, quand d'autres sont moins utilisés – les mots ont été sélectionnés manuellement dans le *corpus* et les termes « conscience/intime » ainsi que « dieu/jurez » partagent la même ligne de progression, les couleurs différenciées sont donc invisibles :

⁴⁶⁷ Réalisée avec les logiciels libres *VoyantTools* (<https://voyant-tools.org>) et *IRaMuTeQ* (<http://iramuteq.org>)

Analyse lexicographique comparative entre les articles 343 et 372 du Code des délits et des peines de 1795, et les articles 312 et 342 du Code d'instruction criminelle de 1808⁴⁶⁸



Alors que le mot « conviction » était utilisé 7 fois en lien avec l'intime conviction dans l'ensemble du texte de 1795⁴⁶⁹, il n'apparaît plus que 2 fois dans la version de 1808. Ces chiffres demeurent, dans tous les cas, relativement faibles ; néanmoins, il nous semble qu'un passage de 7 à 2 références nous permet de pointer que, en toutes hypothèses, l'intime conviction est en recul. Néanmoins, d'autres éléments viennent remplacer cette occurrence, dont la charge émotionnelle est plus retentissante encore, puisqu'ils sont liés à la religion : c'est le retour de notre fameuse « conscience », forme de point de départ des questionnements sur l'intention chez Descartes⁴⁷⁰. Également, une référence explicite à Dieu se dévoile ; il est alors demandé aux jurés de... jurer ; or, le terme de « jurer » s'emploie beaucoup dans les sphères religieuses d'où il puise ses origines. À ce titre, les 9 éditions du *Dictionnaire de l'Académie française* font référence à Dieu dans les premières phrases de définition du terme⁴⁷¹ ; les éditions 4 et 5 se

⁴⁶⁸ Nous avons décidé de nous focaliser sur ces articles qui sont particulièrement représentatifs dès lors que l'on aborde la thématique de l'intime conviction, délivrée aux jurés.

⁴⁶⁹ Code des délits et des peines de 1795, art. 206, 343, 372 (5 apparitions dans ce dernier article).

⁴⁷⁰ René DESCARTES, *Les méditations métaphysiques*, 3^e éd., op. cit., p. 18-19 ou, de manière encore plus générale, voire la « Seconde Méditation. De la nature de l'Esprit humain ; et qu'il est plus aisé à connoître que le Corps », p. 10-25, et la « Sixiesme Méditation. De l'Existence des choses matérielles : Et de la distinction réelle entre l'ame & le corps de l'Homme », p. 73-97.

⁴⁷¹ *Dictionnaire de l'Académie française* [en ligne], 1^{re} éd., 1694 [consulté le 12 novembre 2021] : « Affirmer par serment. Il jure son Dieu. Jure sa foy que & c. il en a juré par son Dieu & par sa foy [...] ». URL : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A1J0067>.

démarquent puisqu'elles ne mentionnent pas directement Dieu et préfèrent la référence à « quelqu'un ou quelque chose ». En revanche, à partir de la 6^e édition de 1835, on en revient à directement à Dieu avec la définition « Affirmer par serment, en prenant Dieu, ou quelqu'un, ou quelque chose à témoin. [...] ». Ce retour, qui est tout juste postérieur au texte que nous discutons, ne nous semble pas anodin.

Sur le texte du Code, ces quelques éléments sont déjà significatifs sur une forme de retour en force de la subjectivité, portée une nouvelle fois par une influence issue des sphères religieuses.

Entrons désormais dans le cœur même de la législation de 1808, pour analyser quelques éléments clefs à propos des jurés et de leur intervention dans la procédure. L'article 312 dispose que :

Le président adressera aux jurés debout et découverts le discours suivant :

« Vous jurez et promettez, devant Dieu et devant les hommes ; d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse les charges qui seront portées contre N. ; de ne trahir ni les intérêts de l'accusé, ni ceux de la société qui l'accuse ; de ne communiquer avec personne jusqu'après votre déclaration ; **de n'écouter ni la haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l'affection ; de vous décider d'après les charges et les moyens de défense, suivant votre conscience et votre intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme probe et libre.**

Dictionnaire de l'Académie française [en ligne], 2^e éd., 1718 [consulté le 12 novembre 2021] : « Affirmer par serment. Il jure son Dieu. Jure sa foy que & c. il en a juré par son Dieu & par sa foy [...] ».

URL : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A2J0165>.

Dictionnaire de l'Académie française [en ligne], 3^e éd., 1740 [consulté le 12 novembre 2021] : « Affirmer par serment. Dieu en vain tu ne jureras. Jurer sa foi [...] ».

URL : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A3J0169>.

Dictionnaire de l'Académie française [en ligne], 4^e éd., 1762 [consulté le 12 novembre 2021] : « Affirmer par serment, en prenant quelqu'un ou quelque chose à témoin. Dieu en vain tu ne jureras. Jurer sa foi [...] ».

URL : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A4J0216>.

Dictionnaire de l'Académie française [en ligne], 5^e éd., 1798 [consulté le 12 novembre 2021] : « Affirmer par serment, en prenant quelqu'un ou quelque chose à témoin. Dieu en vain tu ne jureras. Jurer sa foi [...] ».

URL : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A5J0215>.

Dictionnaire de l'Académie française [en ligne], 6^e éd., 1835 [consulté le 12 novembre 2021] : « Affirmer par serment, en prenant Dieu, ou quelqu'un, ou quelque chose à témoin. Dieu en vain tu ne jureras [...] ».

URL : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A6J0232>.

Dictionnaire de l'Académie française [en ligne], 7^e éd., 1878 [consulté le 12 novembre 2021] : « Affirmer par serment, en prenant Dieu, ou quelqu'un, ou quelque chose à témoin. Dieu en vain tu ne jureras [...] ».

URL : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A7J0248>.

Dictionnaire de l'Académie française [en ligne], 8^e éd., 1935 [consulté le 12 novembre 2021] : « Affirmer par serment, en prenant Dieu, ou quelqu'un, ou quelque chose à témoin. Dieu en vain tu ne jureras [...] ».

URL : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A8J0265>.

Dictionnaire de l'Académie française [en ligne], 9^e éd., s. d. [consulté le 12 novembre 2021] : « Prendre solennellement à témoin Dieu, ou une personne, une chose qu'on juge sacrée [...] ».

URL : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9J0396>.

Chacun des jurés, appelé individuellement par le président, répondra, en levant la main, Je le jure ; à peine de nullité [nous soulignons].

À la première lecture, nous pourrions penser que, de manière assez identique aux dispositions du Code de 1795, la subjectivité est exacerbée pour mieux être évacuée. En somme, le texte demande aux jurés de prendre conscience de leurs biais pour qu'ils puissent lutter, sans se laisser éblouir par d'évanescences perceptions fondées sur la « crainte » ou « l'affection ». Seulement, il nous semble difficile d'afficher cette volonté de maîtrise des émotions des jurés, tout en leur accordant les pleins pouvoirs qui reposent en leur « conscience » et « intime conviction ». Ces occurrences visent l'intériorité humaine, celle qui confine à l'impalpable. Comment s'assurer alors que, de manière plus ou moins consciente, la haine, la méchanceté, la crainte ou l'affection n'interfèrent pas avec le processus décisionnel tout entier construit sur l'intime conviction ?

L'article 342 nous apporte d'autres précisions :

[...] « **La loi ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels ils se sont convaincus ; elle ne leur prescrit point de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve** : elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement, et de chercher la sincérité dans leur conscience, **quelles impressions ont fait sur leur raison** les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur dit point : Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins ; elle ne leur dit par non plus : Vous ne regarderez pas comme suffisamment établie, toute preuve qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de telles pièces, de tant de témoins ou de tant d'indices ; **elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : Avez-vous une intime conviction ?** [...] » [nous soulignons].

Ne détecte-t-on pas une forme de contradiction indirecte ? En effet, les jurés doivent de se demander, dans le silence et le recueillement, « **quelles impressions ont fait sur leur raison les preuves** » ; que faire si cette impression confine à la haine ou la méchanceté ? Nul ne le saura, puisque la loi « **ne leur fait que cette seule question [...]** : *Avez-vous une intime conviction ?* ».

Dès lors, d'un côté la rationalité et le pragmatisme : les articles 312 et 342 essayent de guider les jurés contre leur subjectivité. La fin de l'article 342 va même plus loin en essayant de désamorcer les hypothèses d'acquittements prononcés par des

jurés qui trouveraient la peine appliquée inutilement rigoureuse⁴⁷². D'un autre côté, l'abandon, comme une forme d'échec face à une subjectivité qui toujours vaincra : la loi ne demande pas de compte, rien d'autre qu'une décision en accord avec son *intime conviction*, quelle qu'elle soit. Cette largesse est accrue par l'absence de motivation de l'intime conviction, ce qui aurait contribué à noyer les injonctions faites aux jurés ; pour rappel, ils doivent désormais motiver leur intime conviction, exercice bien délicat. Les magistrats professionnels ont un positionnement particulier concernant la motivation ; il nous semble donc encore plus complexe de demander aux jurés la motivation de décisions officiellement subjectives. De manière contemporaine, nous avons retrouvé une forme de scepticisme à propos de la motivation chez la plupart des magistrats que nous avons pu interroger ; 12 répondants sur les 19 se révèlent assez réservés sur la portée concrète de la motivation, comme peut le démontrer l'extrait représentatif suivant :

Et d'ailleurs dans les délibérés, très souvent on se dit, est-ce que tu arriveras à motiver ? Oh de toute façon je mets n'importe quoi ! La réponse est toujours la même, je motive aussi bien ça que ça ! La motivation... c'est beau, c'est merveilleux, c'est magique ! C'est pour ça que... chaque fois que... je vais plus aux Assises [...]. Mais quand on m'y met comme assesseur, et que je vois l'horrible... l'horrible défiguration du texte, à l'adresse aux jurés, sous réserve de motiver la motivation... je sais plus comment c'est dit, sous réserve de motiver la motivation... et après le texte qui est un des plus beaux du Code, je crois qu'il n'y a pas plus beau d'ailleurs comme texte, « avez-vous une intime conviction ? » Et on finit par poser cette question, « avez-vous une intime conviction ? » Au début, « sous réserve de motiver »... c'est d'un con ! Mais il faut qu'ils soient cons les juristes...⁴⁷³

Pour autant, ce Code qui montre une forme de subjectivité débridée à l'égard des jurés n'en demeure pas moins marqué par de nombreuses formes d'objectivité, tant dans la forme des jugements, que dans les peines qui y sont posées et leurs modalités d'exécution.

⁴⁷² *Code d'instruction criminelle* de 1808, art. 342 (fin de la citation tronquée) : « [...] Ce qu'il est bien essentiel de ne pas perdre de vue, c'est que toute la délibération du jury porte sur l'acte d'accusation ; c'est aux faits qui le constituent et qui en dépendent, qu'ils doivent uniquement s'attacher ; **et ils manquent à leur premier devoir, lorsque pensant aux dispositions des lois pénales, ils considèrent les suites que pourra avoir, par rapport à l'accusé, la déclaration qu'ils ont à faire.** Leur mission n'a pas pour objet la poursuite ni la punition des délits ; ils ne sont appelés que pour décider si l'accusé est ou non coupable du crime qu'on lui impute » [nous soulignons].

⁴⁷³ E.M-3, entr. cit., décembre 2020.

B. Un Code marqué par son objectivité

Les magistrats ne subissent plus autant les affres d'une méfiance accrue à l'encontre de leur action. La période révolutionnaire, marquée par sa détestation du système juridique en place jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, s'efface pour laisser place à un système beaucoup plus modéré. Certes, les institutions acquises sous la Révolution demeurent mais sont pour certaines modifiées ; nous pensons ici particulièrement à la suppression du jury d'accusation, finalement remplacé par des magistrats professionnels.

De fait, nous supposons qu'une forme de confiance a finalement été réinstaurée entre magistrature et pouvoir, à l'image de la liberté conditionnelle accordée aux magistrats qui peuvent choisir entre un minimum et un maximum pour les peines⁴⁷⁴ – ou bien cette mesure n'est-elle prise que pour rassurer les jurés qui ont tendance à acquitter par peur d'une peine trop lourde ? La toute-puissance du jury de jugement a essuyé de nombreuses critiques, plus ou moins légitimes, ce qui a certainement rappelé qu'il n'était pas inutile de disposer de magistrats professionnels⁴⁷⁵. En parallèle, le travail constant du Tribunal de cassation, devenu Cour de cassation, a démontré le sérieux et la volonté de protection du droit, porté par les juges⁴⁷⁶. La suppression du référé législatif s'inscrit dans cette démarche, en plus du constat de ses dysfonctionnements : plutôt que de chercher une solution, la tendance est celle d'une confiance accordée aux magistrats dans leur interprétation des textes⁴⁷⁷.

Ce tableau, presque idyllique pour la magistrature, ne saurait masquer les liens qui les tiennent, solidement ancrés dans la législation de 1795 et, de manière plus forte encore dans celle de 1808.

⁴⁷⁴ Comme évoqué et démontré plus haut dans ce chapitre.

⁴⁷⁵ Elisabeth CLAVERIE, « De la difficulté de faire un citoyen : Les "acquittements scandaleux" du jury dans la France provinciale du début du XIX^e siècle », *Études rurales*, 95 (1984), p. 145.

⁴⁷⁶ Jean-Louis HALPÉRIN, *Le Tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799)*, tome 2, *op. cit.*, p. 551-584.

⁴⁷⁷ Jean-Baptiste DUVERGIER, « Loi du 27 ventôse an VIII », *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens et avis du Conseil d'État*, tome 12, Paris, Guyot, 1826, p. 166-177, supprimant le référé législatif (spéc. art. 78). Si la loi du 16 septembre 1807 (Jean-Baptiste DUVERGIER, « Loi du 16 septembre 1807 », *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens et avis du Conseil d'État*, tome 16, *op. cit.*, p. 166-177 et p. 191) rétablit le référé, il est bien plus souple (art. 3 et 4), et sera de nouveau et totalement supprimé en 1837. Voir également Philippe RÉMY, « La part faite au juge », *art. cit.*, p. 26.

Nous avons mobilisé des outils lexicographiques⁴⁷⁸ pour analyser les changements entre ces deux *corpus*. Il serait bien trop complexe et long d'étudier l'ensemble des dispositions, aussi avons-nous choisi de nous focaliser sur un terme représentatif du contrôle de la magistrature. Ce terme était ignoré ou n'avait pas la même puissance avant 1789. Il est désormais un point d'étape obligatoire pour les magistrats, et seulement eux ; les jurés en sont exempts. Il s'agit de la *motivation*.

Le vocable est relativement récent, il n'apparaît dans le dictionnaire de l'Académie française qu'en 1740⁴⁷⁹ – date corrélée au début de la contestation de l'arbitraire des magistrats. La définition n'évolue que très peu jusqu'à notre version contemporaine. La version du dictionnaire de 1798 définit le verbe « motiver » comme suit : « Alléguer, rapporter les motifs d'un avis, d'un arrêt, d'une déclaration. *Motiver un arrêt. Il ne motive jamais son avis* »⁴⁸⁰. Par ailleurs, le terme « motivation », lui, n'y fait son entrée que dans la version actuelle⁴⁸¹. Enfin, du côté des juristes, ces termes – « motiver » ou « motivation » – manquent à l'appel dans le dictionnaire de Daubenton, notamment⁴⁸².

Le graphique suivant synthétise nos recherches de cette occurrence dans le Code de 1795 et celui de 1808 ; nous avons trouvé intéressant de consulter le *Code civil* de 1804 pour comparer les exigences qui pèsent sur les magistrats suivant la spécialité convoquée :

⁴⁷⁸ Essentiellement *VoyantTools* ici, sans regard croisé avec *IRaMuTeQ*.

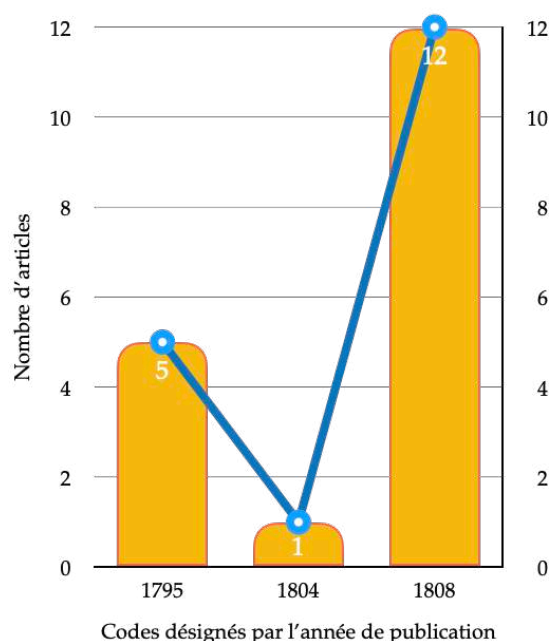
⁴⁷⁹ *Dictionnaire de l'Académie française* [en ligne], 3^e éd., 1740 [consulté le 25 mars 2021], URL : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A3M0958>.

⁴⁸⁰ *Dictionnaire de l'Académie française* [en ligne], 5^e éd., 1798 [consulté le 25 mars 2021], URL : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A5M1267>.

⁴⁸¹ *Dictionnaire de l'Académie française* [en ligne], 9^e éd., s. d. [consulté le 25 mars 2021], URL : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9M2927>.

⁴⁸² Antoine-Grégoire DAUBENTON, *Dictionnaire textuel raisonné, par ordre sommaire et de matières du Code d'instruction criminelle*, Paris, Giguet et Michaud, 1809, p. 186 pour constater l'absence de référence dans ce dictionnaire.

Analyse du nombre d'occurrences « motivation » dans les codes de 1795, 1804 et 1808⁴⁸³



Deux points sont saillants. Le premier tient en ce que l'obligation de motivation semble textuellement, et donc matériellement, beaucoup moins forte dans le *Code civil* de 1804. Nous pouvons expliquer cela parce que le principe de la légalité n'y trouve pas application et que le magistrat doit ici, toujours, trouver une solution au litige sans pouvoir botter en touche – au risque d'un déni de justice⁴⁸⁴. Cette obligation est inverse en droit pénal : les lois obscures sont réputées inexistantes, en vertu du principe de la légalité criminelle et de l'interprétation stricte des textes.

Le second point remarquable tient dans la hausse du nombre de références à la motivation entre le Code de 1795, et celui de 1808. En 1795, les articles 162, 201, 221, 368 et 453 visent l'exigence de motivation, et sur ces 5 articles, 4 visent expressément les magistrats – l'article 368 concerne l'accusé ou l'accusateur public, concernant la récusation d'un interprète. En 1808, 12 articles évoquent la motivation, et 10 visent directement et uniquement, les magistrats – l'article 332 est identique dans le fond à l'article 368 ; l'article 421 vise la motivation du pourvoi en cassation.

⁴⁸³ Le détail des analyses des mots recherchés est disponible dans les annexes.

⁴⁸⁴ *Code civil* de 1804, art. 4 : « Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

Nous pourrions tenter d'expliquer cette différence par une pure augmentation du nombre d'articles dans le Code de 1808, ce qui entraînerait mécaniquement à la hausse la présence de la motivation. Néanmoins, le *Code des délits et des peines* de 1795 comporte 646 articles quand le *Code d'instruction criminelle* en a 643. La réponse n'est donc pas d'ordre purement mathématique. Aussi, nous posons l'hypothèse que cette tendance haussière est le reflet d'une volonté d'encadrer les magistrats dans leur rôle : celui de faire respecter la loi, et de s'y référer. Il n'est d'ailleurs pas innocent de relever que, tant dans le Code de 1795, que dans celui de 1808, nous retrouvons cette exigence de manière claire et précise :

1795 : [...] Le tribunal prononce ensuite dans la même audience, ou au plus tard dans la suivante ;

Il motive son jugement et y insère les termes de la loi qu'il applique ;

Le tout à peine de nullité⁴⁸⁵.

1808 : Tout jugement définitif de condamnation sera motivé, et les termes de la loi appliquée y seront insérés, à peine de nullité.

Il y sera fait mention s'il est rendu en dernier ressort ou en première instance⁴⁸⁶.

Par ailleurs, nous pouvons pointer que la procédure est extrêmement précise ; chaque point est détaillé, rien n'est laissé au hasard. Puisque le tribunal est souvent comparé au théâtre⁴⁸⁷, gageons que le *Code d'instruction criminelle* en est le livret de mise en scène. En nous recentrant sur le procès criminel devant la Cour d'assises, nous voyons que le jeu de distribution de la parole est réglé comme du papier à musique⁴⁸⁸, et que de nombreux points de procédure doivent être respectés sous peine de nullité⁴⁸⁹. Cela tend à nous rappeler le caractère matérialiste et objectif de ce Code qui, en tension avec l'arbitraire des jurés, tente d'imposer un cadre rigoureux.

Exigence de motivation, procédure rigoureuse sous peine de nullité, voilà des éléments qui font plonger le Code de 1808 dans une forme d'objectivité rationaliste. Nous remarquons d'ailleurs, sur le graphique suivant, que les termes qui font

⁴⁸⁵ *Code des délits et des peines* de 1795, art. 162.

⁴⁸⁶ *Code d'instruction criminelle* de 1808, art. 163.

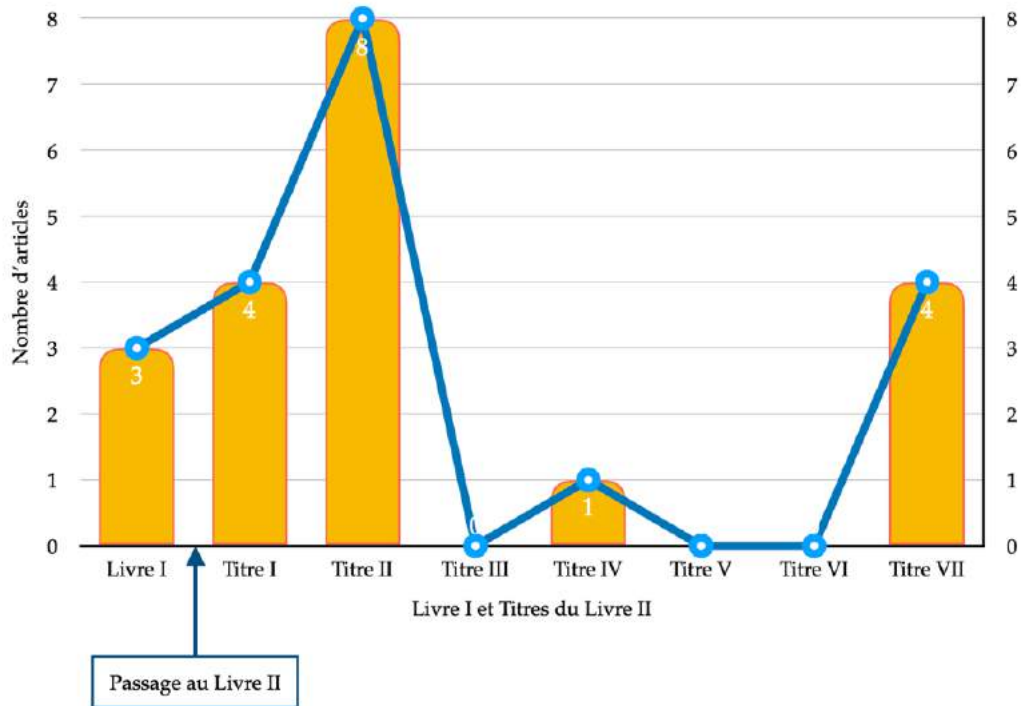
⁴⁸⁷ Vincent ZUBERBUHLER, « Écrire l'histoire de la médecine légale. L'apport des manuels de Foderé à Lacassagne », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, 1 (2010), p. 87 ; Frédéric CHAUVAUD, « Pleurs, effroi et rires dans les prétoires. Le triomphe de l'émotion en cour d'assises (1880-1940) » [[en ligne](#)], art. cit.

⁴⁸⁸ Voir, par exemple, les articles 334 et suivants du *Code d'instruction criminelle* de 1808.

⁴⁸⁹ Comme c'est le cas des dispositions prévues par les art. 294, 296, 297, 299 et 300 du *Code d'instruction criminelle* de 1808, par exemple.

référence de près ou de loin à l'intention sont fortement concentrés dans le Titre II du Livre II, Titre consacré aux « affaires qui doivent être soumises au jury » :

Analyse de la répartition des termes afférents à l'intention dans le Code d'instruction criminelle de 1808



Nous faisons donc face, selon nous, à un Code qui essaye d'articuler ses propres contradictions. Puisqu'il y a des jurés, une certaine forme de subjectivité doit être conservée, parce qu'ils statuent avec leur intime conviction. Il convient alors de contrebalancer cet effet en renforçant le contrôle sur les juges, que ce contrôle soit réel ou d'apparence, en exigeant un respect strict des règles de procédure qui peuvent être régulées, et en imposant plus largement une motivation des décisions.

Si la position du *Code d'instruction criminelle* n'est pas claire sur l'intention et la subjectivité, il en va de même pour un autre Code, plus emblématique, et que nous avons déjà rapidement évoqué : le *Code civil* de 1804.

§ 2. Un Code civil imprécis sur l'intention

À l'image de son homologue pénaliste, le Code civil demeure assez flou sur la réception de l'intention. Certaines dispositions semblent claires, mais la limpidité s'évanouit pour quiconque s'emploierait à décortiquer le fond des articles sur les obligations et le droit des contrats. La responsabilité paraît ambivalente et le contractualisme, bien que fondé sur le consensualisme couplé au légalisme, repose en creux sur une forme de matérialisation de l'obligation. Le système demeure bien à dominance idéaliste, puisque le déséquilibre est recherché sur les vices du consentement, moins que sur l'iniquité matérielle des choses échangées. *Quid* alors de la cause contractuelle ? Nous semblons y déceler un défaut de précision textuelle, que les magistrats pourront combler bien plus librement qu'au pénal, où les règles d'interprétation sont plus strictes.

Il nous faut donc revoir la création du Code sous l'égide supposée d'une grande perméabilité avec le kantisme, à l'aune de travaux plus récents sur la réalité sociale du contexte anthroposceptique de l'époque de construction du projet et de rédaction de l'œuvre finale (A et B).

Loin de se cantonner à la sphère pénale, l'intention semble innerver toutes les branches du droit « privé », si ce n'est plus ; elle emporte sempiternellement avec elle les mêmes questions de définition, de précision, de compréhension et de qualification, tant sur le moment, qu'*a posteriori* (C).

A. L'anthroposceptisme : cadre intellectuel de conception du Code civil

Comme les autres Codes, le *Code civil* est le fruit de la pensée de son époque⁴⁹⁰. Cette remarque est d'autant plus prégnante concernant ce texte qu'il est le premier des cinq Codes adoptés sous l'ère de Napoléon I^{er} ; c'est certainement celui qui bénéficie

⁴⁹⁰ Pour s'en convaincre, il suffit de regarder l'ampleur des développements faits à propos du contexte de la codification civile dans la bibliographie contemporaine. Voir par exemple Jean-François NIORT, *Homo civilis, contribution à l'histoire du Code civil française, op. cit.*, p. 36-140 ; Jean-Louis HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804, op. cit.*, p. 16-34. Voir également, et plus directement, Christian ATIAS, « L'influence des doctrines dans l'élaboration du Code civil », *Histoire de la justice*, 1 (2009), p. 107-120.

de l'aura la plus prestigieuse⁴⁹¹. Il influencera pour beaucoup les travaux codificateurs dans d'autres États et est comparé, en France, à une « Constitution civile »⁴⁹². Cette comparaison prend racine dans la relative stabilité du texte de 1804, alors même que les Constitutions ont changé au gré des renversements de régimes, pour finalement connaître la *Constitution française* de 1958, toujours en vigueur – mais de plus en plus contestée⁴⁹³.

Le contexte de discussion et d'adoption du *Code civil* est particulier. C'est le premier document d'ampleur qui atteste de la sortie de la période révolutionnaire, pour entrer dans un mouvement supposément plus stable. Alors que, pendant la période révolutionnaire, les textes votés étaient vecteurs de symboles forts pour consommer la rupture avec le système de la fin de l'Ancien Régime⁴⁹⁴, le *Code civil* de 1804, lui, est pensé comme la jonction entre le passé et l'ancien⁴⁹⁵. Portalis résume excellemment bien cette pensée en disant que :

Tout à coup une grande révolution s'opère. On attaque tous les abus ; on interroge toutes les institutions. À la simple voix d'un orateur, les établissements, en apparence des plus inébranlables, s'écroulent ; ils n'avaient plus de racine dans les mœurs ni dans l'opinion. Ces succès encouragent ; et bientôt la prudence qui tolérait tout, fait place au désir de tout détruire.

Alors on revient aux idées d'uniformité dans la législation, parce qu'on entrevoit la possibilité de les réaliser. [...]

Mais quelle tâche que la rédaction d'une législation civile pour un grand peuple ! L'ouvrage serait au-dessus des forces humaines, s'il s'agissait de donner à ce peuple une institution absolument nouvelle, et si, oubliant qu'il occupe le premier rang parmi les nations policées, on dédaignait de profiter de l'expérience du passé, et de cette

⁴⁹¹ Michel GRIMALDI, « L'exportation du Code civil », *Pouvoirs*, 4 (2003), p. 80-96 ; Paul WEINACHT, « Les États de la Confédération du Rhin face au Code Napoléon », dans Jean-Clément Martin (dir.), *Napoléon et l'Europe*, Rennes, PUR, 2002, p. 91-101, nous rapportant des propos supposément prononcés par Bigot de Préameneu : « Le Code civil était la loi particulière des Français, elle est devenue la loi commune des peuples d'une partie de l'Europe ».

⁴⁹² La référence constitutionnelle est faite par Demolombe, puis est reprise par Carbonnier ; sur ce dernier point, voir Pierre MAZEAUD, « Le Code civil et la conscience collective française », *Pouvoirs*, 3 (2004), p. 155.

⁴⁹³ Outre les propositions politiques en ce sens, les juristes ne sont pas insensibles à cette thématique comme le démontre l'ouvrage de Henry ROUSILLON (dir.), *Demain, La sixième République ?*, Paris, LGDJ, 2007.

⁴⁹⁴ Règne de la nomophilie, jurispohobie, principe de légalité, *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789, etc. sur ce point voir notamment Jean-François NIORT, *Homo civilis, contribution à l'histoire du Code civil française*, op. cit., p. 61 et s. ; ou encore Philippe RÉMY, « La part faite au juge », art. cit., p. 23-27.

⁴⁹⁵ Voir notamment l'analyse éclairante de Jean-Louis HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992.

tradition de bon sens, de règles et de maximes, qui est parvenue jusqu'à nous et qui forme l'esprit des siècles⁴⁹⁶.

Néanmoins, les historiens et historiennes du droit ne doivent pas se laisser emporter par ces illusions car, bien souvent, les propos préliminaires sont autant d'arbres qui cachent la forêt d'une vérité contextuelle plus complexe.

La pensée des Lumières reposait sur une étonnante foi dans l'humain. L'hypothèse de l'être humain loup pour lui-même⁴⁹⁷ semblait balayée, laissant place à une conception plus généreuse d'amitié générale, d'entraide, pour ne pas dire de solidarité dans l'individualité : c'était le règne du libéralisme individuel, émancipateur⁴⁹⁸. L'humain est bon, il aspire au « souverain bien »⁴⁹⁹, à tel point qu'il est capable de s'unir volontairement en société, nouant un pacte avec les générations précédentes et futures, dans un contrat social qui fait nation⁵⁰⁰.

C'est cette masse de données idéologiques qui se fraye un chemin dans la tête des penseurs et rédacteurs des textes révolutionnaires, et qui semble dominer les débats. L'introduction du jury en est un exemple ; le fondement de la souveraineté dans la nation en est une autre :

Ainsi le Roi ne peut jamais être séparé, même en idée, de la nation dont il représente toute la majesté. Lorsque la nation prononce son vœu, le Roi le prononce avec

⁴⁹⁶ Jean-Étienne-Marie PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil, présenté le 1^{er} pluviôse An IX*, [en ligne], art. cit., p. 11-14.

⁴⁹⁷ Thomas HOBBS, *Léviathan* [en ligne], op. cit., Partie III, Chapitre XLII, [pagination absente] : « Je vous envoie, dit-il [citant la bible], comme des brebis au milieu des loups, non comme des brebis vers d'autres brebis ». La thématique du loup est utilisée à diverses reprises dans son ouvrage, mais les références les plus nombreuses sont faites dans ce chapitre. Voir également Julien DAMON, *100 Penseurs de la société*, Paris, PUF, 2016, p. 113-114.

⁴⁹⁸ Voir notamment Serge BERNSTEIN, « Chapitre IV. Naissance du libéralisme politique : le modèle français (XVIII^e-XIX^e siècle) », dans Serge Bernstein (dir.), *La démocratie libérale*, Paris, PUF, 1998, p. 139-211 ; également Nicolas ROUSSELLIER, « Chapitre V. Libéralisme politique et libéralisme économique : complémentarité ou antagonisme ? (XVIII^e-XIX^e siècle) », dans Serge Bernstein (dir.), *La démocratie libérale*, Paris, PUF, 1998, p. 213-259.

⁴⁹⁹ Emprunt réalisé à Aristote, *Éthique à Nicomaque* [en ligne], Édition électronique, 2014 [rééd. IV^e siècle av. J.-C.], p. 166 notamment. Selon Aristote, le but ultime de l'humain est d'arriver au « bien », qui offre une réponse au « pourquoi » de nos actions : pour arriver au bien – expliquant l'expression « Souverain Bien ».

URL : <https://philosophie.cegeptr.qc.ca/wp-content/documents/Éthique-à-Nicomaque.pdf>.

⁵⁰⁰ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., qui l'expose assez clairement dans sa conclusion, p. 239 ; Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milan, Mursia, 1973 [rééd. 1763], « Introduzione ».

elle. Partout il est chef, partout il préside ; mais tous ses actes le supposent présent au milieu de vous. Enfin ici seulement peuvent s'exercer ses droits à la législation⁵⁰¹.

Certes, il nous faut nuancer en rappelant que ces idées ne sont jamais absolument partagées et que d'autres voix contestataires coexistent ; cependant, cette contestation n'est plus majoritaire.

Seulement, cet ensemble sera happé dans sa lancée, de plein fouet, par l'épisode de la Terreur⁵⁰². Les atrocités qui y sont commises heurtent profondément certains des penseurs les plus optimistes au départ ; quelques personnalités partent en exil, d'autres sont condamnées et certaines tuées⁵⁰³. L'humain redevient un loup pour autrui, la solidarité individualiste semble alors s'écrouler :

[parlant de la Révolution de 1789] Les prisons ouvertes, les échafauds brisés, l'innocence rendue à la liberté, la raison reprenant ses droits, les familles vertueuses recouvrant leur sécurité, le commerce se livrant à son industrie, l'homme libre exprimant sa pensée, le vandalisme expirant, le flambeau des arts rallumé par la main du génie, et la conception du talent agrandies encore par l'influence d'un gouvernement sage et doux ; ces idées d'espérance et d'union qui ravivent nos ames et adoucissent nos malheurs passés, sont autant de poignards qui déchirent le sein de vos insolens oppresseurs : la douleur d'être les témoins du bonheur général et l'impuissance de le troubler ; [...] Mais pourquoi, Citoyen, des nuages sombres paraissent-ils se rassembler encore pour obscurcir l'éclat de ces beaux jours ? Par quel malheur cette Nation courageuse, qui résiste à l'Europe entière, qui triomphe des armées les plus formidables, qui supporte les privations les plus pénibles, qui renverse tous les obstacles et semble maîtriser tous les éléments ; par quelle fatalité, dis-je, cette Nation si fière a-t-elle pu être si long-temps comprimée ? [...] Pourquoi le citoyen vertueux et paisible craint-il de voir renaître le regne de la terreur et des proscriptions, et cherche-t-il dans ses alarmes un appui jusque parmi ceux à qui les amis de la révolution ne doivent adresser que des reproches ? [...] Quels sont donc les ressorts cachés sur lesquels ils comptent pour n'opposer à votre force et pour soutenir leur faiblesse ? Quel est le secret de leur infernal système ? [...] **De tous tems, et dans tous les pays la Nature a produit, pour le malheur**

⁵⁰¹ Emmanuel-Joseph SIEYÈS, « Discours du 7 septembre 1789 de l'abbé Sieyès devant l'Assemblée constituante », *Archives parlementaires*, 8 (1875), p. 592.

⁵⁰² Jean-François NIORT, *Homo civilis, contribution à l'histoire du Code civil française*, op. cit., p. 61-90 ; David DEROUSSIN, « Le contrat à travers le Code civil des Français », *Histoire de la justice*, 1 (2009), p. 255 ; Xavier MARTIN, « Sur l'archétype humain du Code civil naissant », art. cit., p. 203-224.

⁵⁰³ À l'image de Thouret ; dans le contexte difficile qui s'ensuit, et avec le coup d'État du 18 fructidor an V, Portalis est lui-même obligé de s'enfuir, lui qui portera pourtant le *Code civil* de 1804 un peu plus tard.

du Monde, de ces esprits ambitieux qui comptent pour rien le bonheur des hommes, et qui ne veulent que les asservir⁵⁰⁴ [nous soulignons].

Ce n'est pas un mouvement inédit, puisque les traumatismes globaux ont cette tendance à interagir plus ou moins directement sur les penseurs, sur les idées. De manière assez convenue, nous rappelons l'exemple plus contemporain de l'onde de choc post-Seconde Guerre mondiale voire, à l'heure où nous ajoutons ces quelques lignes, la stupeur qui saisit l'Europe en ce début de conflit en Ukraine⁵⁰⁵. Les certitudes tombent plus vite qu'imaginé, les vérités d'un jour s'évanouissent et nous rappellent leur statut éminemment vaporeux. De cette évanescence provient notre trouble : à quoi nous rattacher, alors ?

Nous pouvons considérer que cette question vint perturber les rédacteurs du *Code civil*. Si la confiance entre les humains est ébranlée, elle ne semble pas non plus complètement ruinée. C'est en cela que nous rejoignons ceux qui décrivent cette période comme dominée par une forme d'anthroposceptisme⁵⁰⁶ ; tout n'est pas perdu, mais les illusions se sont évanouies et laissent place à un pragmatisme de rigueur :

Les Anciens ont fait des définitions de la prudence, bien dignes d'être longtemps accréditées dans les esprits ; aussi s'y sont-elles maintenues en autorité jusqu'à temps que quelqu'un a dit par un effort d'imagination inespéré, *Chat échaudé craint l'eau froide* ; on a admiré. [...] Un Chat ne peut être dupé qu'une fois en sa vie ; il est armé de défiance non-seulement contre ce qui l'a trompé, mais même contre tout ce qui lui fait naître l'idée de la tromperie. L'eau chaude l'aura outragé ; ç'en est assez, il craindra la même froide, & n'aura jamais que très-peu commerce avec elle⁵⁰⁷ [nous soulignons].

Chat échaudé craint l'eau froide, donc.

Cette hypothèse de reconsidération de l'humain bon, perfectible, social et sociable semble confirmée un peu plus tard avec le *Code pénal* de 1810. Souvent, nous

⁵⁰⁴ François-Antoine BOISSY-D'ANGLAS, « Discours devant la Convention, séance du 21 ventôse an III », *Moniteur universel*, 13 mars 1795, p. 706-707.

⁵⁰⁵ Voir par exemple, les pages introductives de Anne-Lorraine BUJON et Marie MENDRAS, « En Ukraine et en Russie, le temps de la guerre », *Esprit*, 4 (2022), p. 35-38.

⁵⁰⁶ Jean-Louis HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 18 et s. ; Jean-François NIORT, *Homo civilis, contribution à l'histoire du Code civil française*, *op. cit.*, p. 61-90 ; Xavier MARTIN, « Sur l'archétype humain du Code civil naissant », art. cit., p. 203-204 et 218-219.

⁵⁰⁷ François Augustin DE PARADIS DE MONCRIF, *Les Chats*, Paris, Quillau, 1727, « Sixième Lettre », p. 85-86.

disons que les mesures de sûreté apparaissent à la fin du XIX^e siècle, lorsque la criminalité, et particulièrement la récidive, est un enjeu de taille pour la toute jeune III^e République. S'il est certain que ces mesures de prévention de la récidive gonflent à partir des années 1870-1880, et déploient leurs filins dans la législation criminelle, il convient de rappeler que de premières mesures existaient déjà au début du même siècle. C'est notamment le cas par le truchement de l'article 44 du *Code pénal* de 1810, lequel dispose que :

L'effet du renvoi sous la surveillance de la haute police de l'État, sera de donner au Gouvernement, ainsi qu'à la partie intéressée, le droit d'exiger, soit de l'individu placé dans cet état, **après qu'il aura subi sa peine**, soit de ses père et mère, tuteur ou curateur, s'il est en âge de minorité, une caution solvable de bonne conduite, jusqu'à la somme qui sera fixée par l'arrêt ou le jugement : toute personne pour être admise à fournir cette caution.

Faute de fournir ce cautionnement, le condamné demeure à la disposition du Gouvernement, qui a le droit d'ordonner, soit l'éloignement de l'individu d'un certain lieu, soit sa résidence continue dans un lieu déterminé de l'un des départemens [sic] de l'Empire [nous soulignons].

Certains criminels étaient donc déjà vus comme difficilement récupérables et se voyaient attribuer des mesures spécifiques, post-peines⁵⁰⁸. Nous pourrions dresser un parallèle avec les premières études de physiognomonie⁵⁰⁹, mais nous y reviendrons plus tard dans ce travail. Du reste, nous pouvons en déduire un nouvel indice du relâchement, en ce début de XIX^e siècle, qui pouvait exister quant aux facultés de bonté et de socialisation des humains. Le contraste est donc plutôt saisissant en regard d'autres déclarations publiques, au premier rang desquelles la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789.

⁵⁰⁸ De manière générale, l'heure n'était plus à l'amendement, sinon à la punition utilitariste. Sur ce dernier point, voir Jean-François NIORT, *Homo civilis, contribution à l'histoire du Code civil française*, op. cit., p. 67 sur l'abandon de la croyance en la perfectibilité de l'humain. Cela entraîne une conception différente de la pénalité. Ici, voir également la loi du 17 septembre 1793 dite « Loi des suspects » et le décret du 22 prairial an II. À la fin du XIX^e siècle, Albert Normand décrit la période de la Terreur comme celle où le politique prend le dessus, le maintien de l'ordre devient l'objectif à atteindre, et les peines sont alors plus politiques que pénales. C'est une analyse que nous rejoignons. Albert NORMAND, *Traité élémentaire de droit criminel*, op. cit., p. 80.

⁵⁰⁹ Martine KALUSZYNSKI, « Quand est née la criminologie ? Ou la criminologie avant les Archives... » [en ligne], *Criminocorpus*, publié le 1^{er} janvier 2005 [consulté le 17 septembre 2018], URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/126>.

C'est le cumul de ce faisceau d'indices, guidé par nos lectures contemporaines⁵¹⁰, qui nous conforte dans cette position d'une dominance d'un certain scepticisme, ou anthroposceptisme. Il nous faut alors reconsidérer la place toute puissante de l'intention dans le *Code civil* de 1804, en explorant de nouveau son rattachement – réel ou supposé – à la philosophie idéaliste kantienne.

B. Une vision kantienne surévaluée par l'historiographie contemporaine

Longtemps nous avons voulu voir dans la codification napoléonienne, et particulièrement dans le *Code civil* de 1804, l'influence de l'idéalisme kantien⁵¹¹. Cette vision coïncidait parfaitement avec notre *biais de confirmation*, cherchant dans ce Code les prodromes du libéralisme contractuel et d'une législation fondée presque entièrement sur le consensualisme idéaliste, justement exposé par Kant (1724-1804)⁵¹². Le monde des idées triomphait donc de nouveau sur celui de la matière sensible. De fait, dans un contrat, n'est pas regardée l'équivalence entre la chose et le prix payé, mais entre les volontés : Descartes et son *cogito ergo sum*⁵¹³ sont remis au goût du jour par le truchement d'une référence supposément kantienne.

Seulement, cette perspective semble se heurter assez rapidement à l'anthroposceptisme que nous avons pu relever : si l'optimisme dans les humains choit, comment considérer qu'ils puissent s'engager librement pour leur bien commun ? Il faudrait accepter l'hypothèse selon laquelle les idées des personnes ne sont pas toujours bonnes, et ne respectent pas nécessairement les « impératifs catégoriques » tels que définis par Emmanuel Kant à l'exemple de :

Tout ce qu'on désigne d'intérêt moral consiste uniquement dans le respect pour la loi. Sorte que je puisse aussi vouloir que ma maxime devienne une loi universelle⁵¹⁴.

⁵¹⁰ Notamment l'ouvrage de Véronique RANOUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1990.

⁵¹¹ Pour une référence plus ancienne, voir Maximilien VALLOIS, *La formation de l'influence kantienne en France*, Paris, PUF, 1924 ; pour une confirmation plus contemporaine, voir François AZOUVI et Dominique BOUREL, *De Königsberg à Paris : la réception de Kant en France (1788-1804)*, Paris, Vrin, 1991 ; Bernard BOURGEOIS, « Kant en France », *Philosophie politique*, 2 (1992), p. 17 et s.

⁵¹² Tatsuo INOUE, « Le libéralisme comme recherche de la justice », *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 3 (2011), p. 323-346.

⁵¹³ René DESCARTES, *Discours de la méthode*, tome 1, Paris, Levrault, 1824 [rééd. 1637], p. 158.

⁵¹⁴ Ils sont notamment posés dans Emmanuel KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs* [[en ligne](#)], Édition électronique Les Échos du Maquis, 2013 [rééd. 1785], p. 17-18.

URL : <https://philosophie.cegeptr.qc.ca/wp-content/documents/Fondements-de-la-Métaphysique-des-moeurs.pdf>.

Du reste, il a été attesté que cette influence kantienne était largement surestimée voire, inventée⁵¹⁵.

Pour notre part, nous chercherons ici à remonter aux racines idéologiques qui mènent vers ce contractualisme consensualiste et légaliste, bercé par une forme de dérégulation des échanges, laissés à la libre appréciation de cocontractants absolument libres – dans les limites de la loi. Il nous semble possible de considérer que cette théorie de dérégulation contractuelle, reposant sur une prise en compte accrue de la liberté contractuelle – l’expression « autonomie de la volonté » n’arrivera que plus tard –, remonte à la période précédente, et nous provient d’Adam Smith (1723-1790) et de tout l’aréopage des penseurs écossais du XVII^e siècle, dont David Hume, son ami. Ils écrivent dans un contexte particulier, celui d’une Écosse en conflit religieux avec l’Angleterre qui reprend aux alentours de l’année 1639⁵¹⁶. C’est donc dans cette crise que naît le mouvement qui sera plus tard qualifié des « Lumières d’Écosse ». Se saisissant des fondations laissées par Locke, Smith continue sa pensée en la liant étroitement avec l’économie : pour lui, la matière économique doit être mise en lien avec les questions sociales, le droit, etc.

C’est donc Smith qui posera, à ses dépens, les fondements du capitalisme moderne en prônant une vision particulière de l’économie⁵¹⁷. Il s’inscrit dans la lignée d’un mouvement déjà initié, et étudié, dans la seconde scolastique espagnole⁵¹⁸, ou par Carl Von Linné (1707-1778). Ce dernier, éminent botaniste, envisage le monde comme un système hiérarchisé, qui répondrait parallèlement à l’organisation sociale et politique, donc la monarchie. Il y a donc un règne animal hiérarchisé, un règne des végétaux, lui aussi hiérarchisé, idem pour les minéraux. Cet ensemble compose son *Systema Naturæ*⁵¹⁹.

⁵¹⁵ Notamment l’ouvrage de Véronique RANOUIL, *L’autonomie de la volonté. Naissance et évolution d’un concept, op. cit.*

⁵¹⁶ Bernard COTTRET, *La Révolution Anglaise*, Paris, Perrin, 2018, p. 131-145.

⁵¹⁷ Adam SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des Nations*, Paris, Guillaumin, s. d. (XIX^e siècle) [rééd. 1776].

⁵¹⁸ Pour une référence générale sur le sujet, voir Luisa BRUNORI, « Societas quid sit » *La société commerciale dans l’élaboration de la Seconde Scolastique*, Paris, Mare & Martin, 2015.

⁵¹⁹ Carl VON LINNÉ, *Systema Naturæ*, Lipsiae, Godofr, 1748 ; la version française se trouve, en 5 tomes, dans *Linné ou Tableau du règne végétal*, Montpellier, Seguin, 1809. Carl von Linné a systématisé le fonctionnement végétal, animal, et a débuté le fonctionnement minéral, en les articulant dans son contexte d’écriture à lui, c’est-à-dire la monarchie. Il y évoque donc la notion de règne, et organise ces éléments en classes dans des royaumes : règne végétal et règne animal. Il s’inspire donc de la société, pour démontrer que ces ensembles sont naturels, à l’image de l’organisation sociale, elle-même naturelle.

D'un point de vue contextuel, il écrit alors que l'Écosse a été rattachée à l'Angleterre en 1707. Pour les Écossais, cette annexion représente de lourds changements, et entraîne une révolution, nourrie par les penseurs des Lumières d'Écosse⁵²⁰. Aidé par David Hume il essaye de développer une science qui pourrait expliquer le comportement humain, sans référence à la religion. Hume l'affirme lui-même :

Donc si ma philosophie n'ajoute rien aux arguments en faveur de la religion, j'ai du moins la satisfaction de penser qu'elle ne leur enlève rien, et tout demeure précisément comme auparavant⁵²¹.

Rien n'est ajouté, rien n'est enlevé, la religion est ici indifférente.

Inspiré par Linné et par l'influence chinoise qui règne chez les physiocrates français⁵²² qu'il côtoie, Smith posera les principes de l'économie moderne dans son ouvrage phare : *La Richesse des Nations*. Néanmoins, l'Adam Smith que nous connaissons aujourd'hui n'est pas celui de *La Richesse des Nations*, auquel il manque l'Adam Smith de son traité sur les sentiments⁵²³.

L'une des idées motrices de Smith est la liberté. Cela n'est pas surprenant compte tenu du contexte intellectuel dans lequel il écrit, qui met en avant la raison et la liberté⁵²⁴. Il applique alors ce double raisonnement à l'économie en prônant une absence de régulation, supposant que, de manière libre et rationnelle, les investisseurs anglais continueront d'investir en Angleterre, avec ou sans règle :

Si ce penchant naturel n'eût jamais été contrarié par les institutions humaines, nulle part les villes ne se seraient accrues au-delà de la population que pouvait soutenir l'état de culture et d'amélioration du territoire dans lequel elles étaient situées, au moins jusqu'à ce que la totalité de ce territoire eût été pleinement cultivée et améliorée. À égalité de profits, ou à peu de différence près, la plupart des hommes préféreront employer leurs capitaux à la culture et à l'amélioration de la terre, plutôt que de les

⁵²⁰ Norbert WASZEK, *L'Écosse des Lumières. Hume, Smith, Ferguson*, Paris, PUF, 2003.

⁵²¹ David HUME, *Traité de la nature humaine* [en ligne], tome 1, Édition électronique, publié le 1^{er} janvier 2006 [rééd. 1739] [consulté le 8 septembre 2020], p. 240,
URL : https://prepasaintsermin.files.wordpress.com/2020/06/hume_traite_nature_hum_t1.pdf.

⁵²² Sophie BOUTILLIER et Patrick MATAGNE, « Une histoire asynchrone de l'économie et de l'écologie, et de leurs "passeurs" » [en ligne], *Vertigo*, 1 (2016), spéc. § 15 et § 16,
URL : <https://journals.openedition.org/vertigo/17035?lang=pt#quotation>.

⁵²³ Adam SMITH, *La théorie des sentiments moraux*, Paris, PUF, 2014 [rééd. 1759].

⁵²⁴ Voir, par exemple, David HUME, *Traité de la nature humaine* [en ligne], tome 1, *op. cit.*, p. 21 et 180-186.

placer dans des manufactures ou dans le commerce étranger. Une personne qui fait valoir son capital sur une terre l'a bien plus sous les yeux et à son commandement, et sa fortune est bien moins exposée aux accidents que celle du commerçant ; celui-ci est souvent obligé de confier la sienne, non seulement aux vents et aux flots, mais à des éléments encore plus perfides, la folie et l'injustice des hommes, quand il accorde de grands crédits, dans des pays éloignés, à des personnes dont il ne peut guère bien connaître la situation ni le caractère⁵²⁵.

On le constate, d'après Smith, ce sont les créations humaines – institutions – qui peuvent aller contre le cours naturel des choses. De fait, la régulation, en tant que création, peut également freiner le développement naturellement harmonieux de l'économie qui, d'elle-même, aurait une forme de *préférence nationale*. Ainsi, le pays serait sauvé de la menace que représentent les mouvements libres de capitaux, qui ne sont donc pas un problème à résoudre : la liberté est finalement source d'une autorégulation naturelle.

David Ricardo (1772-1823) et Thomas Malthus (1766-1834) seront les continuateurs de ces idées, en les déformant. Ils affranchissent l'économie des sciences sociales, quand Smith avait une vision plus globale⁵²⁶. Pour eux, la logique du marché libre impose l'absence totale de contrôle : les ouvriers ou artisans et autres employés doivent donc être aussi libres que les propriétaires ou chefs d'entreprises. Malthus va jusqu'à affirmer qu'aider les personnes nécessiteuses serait absolument contreproductif, puisqu'alors ils ne seraient pas motivés pour travailler⁵²⁷. D'ailleurs, il critique vertement la réforme menée par William Pitt, s'inspirant des avancées sociales dans les aides menées dans le sud de l'Angleterre :

La loi sur les pauvres de M. Pitt semble avoir été conçue dans de bonnes intentions, et la clameur soulevée contre elle était, dans bien des cas, un signe de manque d'intérêt, mal dirigée et déraisonnable. Néanmoins, il faut avouer qu'elle marque un très grand et radical défaut, rencontré par tous les systèmes de ce genre, celui de tendre à augmenter la population sans augmenter les moyens de la soutenir, et ainsi de décroître la condition de ceux qui ne sont pas soutenus par les paroisses, et, par conséquent, de créer plus de pauvres [notre traduction, version originale en note de bas de page]⁵²⁸.

⁵²⁵ Adam SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des Nations*, op. cit., p. 232-233.

⁵²⁶ *Ibid.*, notamment lorsqu'il expose ses principes généraux et introductifs, p. 2 à 6.

⁵²⁷ Thomas MALTHUS, *An Essay on the Principle of Population*, Londres, Johnson, 1798. Également, sur la réticence de Malthus à aider les plus pauvres, voir l'analyse de Donald RUTHERFORD, « Les trois approches de Malthus pour résoudre le problème démographique », *Population*, 2 (2007), p. 257.

⁵²⁸ *Ibid.*, p. 29-30 : « Mr Pitt's Poor Bill has the appearance of being framed with benevolent intentions, and the clamour raised against it was in many respects ill directed, and unreasonable. But it must be

Ricardo, membre du Parlement, reprend ces idées, et les mène devant l'assemblée⁵²⁹. Il requiert logiquement que les contrats soient laissés à la concurrence libre du marché, avec l'idée sous-tendue selon laquelle, toujours, aider les plus pauvres serait une erreur stratégique pour le marché, comme pour les particuliers⁵³⁰.

De fait, nous relevons une prégnance phénoménale de la liberté, du libre arbitre, et de ce que nous appellerons à la fin du XIX^e siècle, de l'autonomie de la volonté. Nous pouvons considérer que l'influence de l'Angleterre, déjà grande dans notre législation, s'exprime là encore dans cette logique, et que le contrat du *Code civil* de 1804 descend de cette filiation économique, plus que des théories philosophiques kantienne.

Cette explication économique nous semble plus plausible, notamment parce qu'il a été attesté que l'influence kantienne a largement été surévaluée. L'économie, quant à elle, est déjà grandement internationalisée et diffuse probablement ses idées beaucoup plus vite que ne le peuvent des philosophes ou autres intellectuels ; en guise d'illustration, notons que les textes qui régissent ces domaines sont toujours en retard sur les pratiques commerciales, que l'on regarde l'histoire⁵³¹ comme le présent⁵³². Pour nous, l'explication économique de la prégnance de la liberté – qui doit rester conforme à la loi, source des obligations – dans le droit des contrats apparaît évidente en ce que la Révolution de 1789 est qualifiée de « bourgeoise »⁵³³, donc portée par des personnes rompues aux lois du commerce, qui connaissent et appliquent ces éléments théoriques. C'est l'exemple du marché triangulaire qui, s'il était bien établi en Angleterre, était également vigoureux en France⁵³⁴. En outre, nous n'oublions pas les racines anglaises

confessed that it possesses in a high degree the great and radical defect of all systems of the kind, that of tending to increase population without increasing the means for its support, and thus to depress the condition of those that are not supported by parishes, and, consequently, to create more poor ».

⁵²⁹ Gérard MARIE HENRY, *Histoire de la pensée économique*, Paris, Armand Colin, 2009, p. 76 et s.

⁵³⁰ *Ibid.*, p. 78, citant Ricardo à propos de la crise du blé : « l'importation des céréales ne doit pas être restreinte par la loi ».

⁵³¹ Jean HILAIRE, *Le droit des affaires et l'histoire*, Paris, Economica, 1995, p. 90 : évoquant les rapports spécifiques avec la législation royale d'Ancien Régime « Ainsi se dessinait une sorte de spirale dans le développement du droit en la matière : l'interdiction suscitait l'innovation, cette dernière menait elle-même à la légalisation de l'usage ». Pour une mise en pratique de ces idées, voir par exemple Victor LE BRETON-BLON, *La lettre de change : la théorie face à la pratique bordelaise de la seconde modernité (1673-1789)*, thèse dactyl., droit, Bordeaux, 2021, notamment p. 369 et s. et p. 414 et s.

⁵³² C'est l'exemple de l'art. 1873 qui tente d'appréhender les sociétés créées de fait, c'est-à-dire les sociétés qui n'en ont pas le formalisme. Cette formulation est assez large et permet de répondre aux réalités mouvantes du droit en matière économique.

⁵³³ Christian ATIAS, « L'influence des doctrines dans l'élaboration du Code civil », art. cit., p. 114. Cette appellation est néanmoins à nuancer, comme le rappelle Éric HOBBSBAWM, « Faire une "révolution bourgeoise" », *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, 5 (2006), p. 51-68.

⁵³⁴ Victor LE BRETON-BLON, *La lettre de change : la théorie face à la pratique bordelaise de la seconde modernité (1673-1789)*, op. cit., notamment p. 36 et s.

de certaines idées des penseurs des Lumières, et autres institutions qui sont importées d'outre-Manche à l'instar du jury.

Ces éléments intéressent le droit pénal au premier chef, puisque les Codes qui suivent le *Code civil* sont faits dans un même mouvement, avec un contexte assez homogène. Ainsi, une explication probable de la force de l'intention tiendrait dans cette puissance que détient l'économie. Après avoir dominé dans le *Code civil* de 1804, cette même influence s'est imposée dans la législation pénale. Cela déporte le débat de la religion, sur le terrain économique ; ou bien peut-on y voir la marque de ces deux sphères ?

C. La cause du contrat : boîte noire intentionnelle du Code civil ?

Il nous apparaît nécessaire d'évoquer, au moins rapidement, la notion de cause dans le contrat du *Code civil* de 1804. Cette notion est assez complexe en ce qu'elle recouvre l'intention elle aussi, dans ce qu'elle a de plus sombre et inavoué : les mobiles.

Les mobiles sont officiellement inopérants en droit pénal, rejetés de l'appréciation de l'infraction : il y a – aura ? – un élément matériel et un élément moral. L'élément moral, l'intention, correspond – correspondra ? – à ce qui aura été précisé par le texte visé par l'action. Puisque la loi ne peut pas tout prévoir en termes de motivation criminelle, les mobiles sont donc jugés inopérants⁵³⁵ : leur appréciation n'apparaît pas dans les textes⁵³⁶.

Dans la formation du contrat, cependant, on demande parfois que soient observés ces mobiles, cette motivation interne qui pousse nos personnes à cocontracter. Parfois seulement, car très souvent l'intention profonde, la motivation, sera présumée :

Une convention n'est, comme nous l'avons vu, qu'un échange de jouissance.
L'un ne donne ou ne promet une chose, qu'en considération de celle qu'il reçoit en

⁵³⁵ Voir par exemple, Jean PRADEL, « Un regard français sur le projet canadien de Code pénal – Les nouvelles dispositions sur la responsabilité », *Revue juridique Thémis*, 183 (1988), p. 189 : il déplore le fait que notre système pénal ne prenne pas en considération les mobiles, alors que le droit pénal canadien a déjà cette dimension bien établie dans la pratique.

⁵³⁶ Les mobiles sont absents du *Code d'instruction criminelle* de 1808 comme du *Code pénal* de 1810.

retour : s'engager ou promettre de donner quelque chose à quelqu'un sans en exprimer le motif, c'est une stipulation inutile, parce qu'on la regarde comme une circonvention ou une voie détournée pour s'enrichir aux dépens d'autrui. **Quelques fois cependant, quoique la cause d'une obligation ne soit pas exprimée, on la présume, ou on l'induit des circonstances du fait et de la qualité des parties**⁵³⁷ [nous soulignons].

Le parallèle avec l'intention criminelle, elle-même déduite des faits – du moins, c'est l'hypothèse que nous portons ici – est criant. Un autre parallèle existe, c'est celui du malaise des juristes à s'emparer de cette notion. Comment la définir ? Comment la distinguer pleinement du consentement, autre élément immatériel de la formation des contrats ? Bien souvent, ce n'est tout simplement pas fait, ou alors réalisé à grand renfort de pirouettes, circonvolutions, qu'elles soient techniques, sémantiques, ou plus philosophiques :

Duranton (1783-1866) : Les jurisconsultes romains ont employé le mot *cause*, tantôt pour exprimer le *fait* qui engageait l'une des parties envers l'autre, et donnait une action à celle-ci, et tantôt pour le *motif déterminant* qui l'avait portée à s'obliger.

[...]

Il en est de même dans notre droit ; mais ainsi que nous l'avons dit en parlant de *l'erreur* il ne faut pas confondre avec la *cause* des engagements, le *motif particulier* qui a porté ou pu porter l'une des parties, et quelquefois même toutes deux, à contracter.

[...]

En un mot, la *cause* de l'obligation de l'une des parties, dans les contrats à titre onéreux, c'est la chose que l'autre lui a donnée, ou lui donne, ou lui donnera, ou ce qu'elle a fait ou fera pour elle ; et dans les contrats à titre gratuit ou de bienfaisance, c'est généralement la volonté de conférer un bienfait. Seulement, quand il s'agit d'une donation, il faut, pour que de la promesse naisse une action efficace, que les formes prescrites par la loi aient été observées⁵³⁸.

Vigié (1843-1928) : Dans le langage philosophique, le mot *Cause* est pris dans plusieurs acceptions : dans une première, il indique la relation de deux choses vis-à-vis de l'autre : ainsi, dire qu'une chose a pour cause une autre chose, c'est indiquer que cette chose est la conséquence de l'autre. Pour distinguer cette acception du mot cause, on ajoute souvent à l'expression le qualificatif *efficiente*.

Le mot cause fait allusion au but principal que les parties se proposent d'atteindre ; l'homme raisonnable, se propose, dans les actes qu'il réalise, les

⁵³⁷ Joseph DE BERNARDI, *Cours de droit civil français*, tome 3, Paris, Garnery, 1804, p. 251-252.

⁵³⁸ Alexandre DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome 10, Paris, Alex-Gobelet, 1830, p. 341-343.

conventions qu'il conclut, un but à atteindre ; ce but est la cause de ses actes ; on dit dans ce sens que la convention présente une *cause finale*.

Enfin ce sont des motifs de diverses natures qui font agir l'homme, qui le déterminent dans ses actions, dans ses actes : ainsi dans l'achat d'une maison, tel est déterminé par le désir d'augmenter les locaux affectés à son industrie, à son commerce ; tel veut acquérir une maison à habiter ; tel autre écarter un voisin trop rapproché, etc. ; ces motifs divers, qui déterminent l'homme à une convention, constituent pour lui *la cause déterminante*.

Dans la législation, la cause doit être envisagée sous ce triple aspect⁵³⁹.

Aubry (1803-1883) et **Rau** (1803-1877) : Dans les contrats de bienfaisance, l'intention d'exercer un acte de libéralité ou de rendre un service, constitue une cause suffisante d'engagement.

Dans les contrats intéressés, la cause, pour chacune des parties, se trouve dans l'avantage qu'elle entend se procurer : eu égard à la nature de la convention, et par l'effet direct qu'elle doit produire. Cet avantage peut consister, soit dans une prestation certaine ou éventuelle à fournir par l'autre partie, soit dans la libération d'une obligation préexistante.

Sous ce dernier rapport, les obligations naturelles peuvent, tout aussi bien que les obligations civiles, servir de cause à un nouvel engagement.

On doit même reconnaître que le simple désir de satisfaire à un sentiment d'équité, de conscience, de délicatesse, ou d'honneur, constitue, dans les cas prévus au § 297, une cause suffisante d'engagement rentrant, pour le fond comme pour la forme, dans la classe des actes à titre onéreux⁵⁴⁰.

Nous le constatons aisément dans ces quelques exemples⁵⁴¹, étalés au cours du XIX^e siècle, la définition de la cause est assez instable et indéniablement vaporeuse. Nous avons pris le parti de déborder des limites temporelles de ce premier titre, en observant des auteurs qui ont écrit après 1810. En effet, nos différents exemples s'étalent entre 1804 et 1871 ; nous cherchons ici, de manière synthétique, à démontrer comment les propos de la doctrine civiliste demeurent stables dans leur incertitude tout au long du XIX^e siècle, d'après l'échantillon représentatif que nous avons choisi d'analyser.

⁵³⁹ Albert VIGIÉ, *Cours élémentaire de droit civil français*, 2^e éd, tome 2, Paris, Rousseau, 1895, p. 515.

⁵⁴⁰ Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zacharie*, 4^e éd., tome 4, Paris, Marchal, 1871, p. 321-322.

⁵⁴¹ Nous renvoyons également vers : Claude Étienne DELVINCOURT, *Cours de code Napoléon*, tome 2, Paris, Gueffier, 1813, p. 12 et s. ; Antoine Marie DEMANTE, *Programme du cours de droit civil français*, tome 2, Paris, Alex-Gobelet, 1831, p. 267 et s. ; Victor MARCADÉ, *Cours élémentaire de droit civil*, 4^e éd., tome 4, Paris, Cotillon, 1850, p. 379 et s.

Le parallèle d'appréciation entre ces deux éléments peut encore trouver ses sources dans le fait que, jusqu'à la toute fin du XIX^e siècle, les professeurs de droit civil sont également les professeurs de droit pénal ou criminel⁵⁴².

De manière encore plus directe, Jean Pinatel compare frontalement l'intention et la cause contractuelle⁵⁴³. Il nous explique, en mobilisant Donnedieu de Vabres (1880-1952), que la cause civile est synonyme de but, mais qu'elle se distingue du mobile déterminant qui pousse à l'engagement qui, lui, demeure indifférent au contrat ; si l'accord des volontés est regardé, la motivation interne reste inconnue dans la grande majorité des cas, demeurant présumée⁵⁴⁴.

Or, nous dit-il, le motif psychologique déterminant ne fait donc pas partie de l'accord des volontés : le créancier connaît la cause parce qu'elle résulte généralement de la nature du contrat. Pour autant, il reste indifférent au motif de la conclusion du contrat, et le débiteur y a tout intérêt : cela pourrait faire varier le contenu du contrat en sa défaveur. Aussi, le motif peut-il être illicite, immoral, le contrat demeure intact. La seule hypothèse qui permettrait de venir troubler cette convention serait la démonstration d'une cause néfaste, illégale, ce qui découlera vraisemblablement des faits⁵⁴⁵.

Comme au pénal, il semblerait qu'il existe des failles dans la législation civile, lesquelles nous offrent l'opportunité de construire des liens entre ces notions indéterminées, vagues⁵⁴⁶, plus ou moins volontairement plongées dans le flou malgré les quelques tentatives de la Cour de cassation ou des professeurs de droit d'y mettre de l'ordre. Il nous semble donc que la cause contractuelle mérite ce statut que nous lui accordons de « boîte noire intentionnelle », sorte de zone d'ombre laissée par la législation à la discrétion des cocontractants, jusqu'à ce que des conventions illicites soient révélées au grand jour. Alors, le contrat tombera-t-il en disgrâce, frappé de nullité pour faute de cause, ou *mauvaise* cause.

⁵⁴² À l'image d'Alexandre Duranton, d'abord professeur de législation criminelle puis de droit civil.

⁵⁴³ Jean PINATEL, « La théorie pénale de l'intention devant les sciences de l'Homme », art. cit., p. 190-191.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 190.

⁵⁴⁵ *Ibid.* ; voir également les références et les citations précédentes des auteurs de droit civil du XIX^e siècle.

⁵⁴⁶ Caroline BOUX, « Les notions indéterminées, entre adaptation et sécurité », dans Marc Nicod (dir.), *Les rythmes de production du droit*, Toulouse, LGDJ, 2016 p. 206-221.

Conclusion du chapitre

En définitive, l'intention n'aura jamais véritablement quitté notre droit. Elle a été mise en crise, certes, mais ne s'est pas avouée vaincue. Cette affirmation est particulièrement prégnante au regard des travaux codificateurs.

Alors qu'une opposition semblait se dessiner sur la responsabilité objective ou subjective, un point de consensus a vraisemblablement été trouvé en ne la précisant pas. Cela peut sembler étrange compte tenu de la volonté legaliste de la période considérée, mais une forme de logique a pu guider les rédacteurs : les aspirants au réalisme matérialiste ne voyaient pas la nécessité d'affirmer l'intention puisqu'elle était accessoire, voire inutile dans leur matrice intellectuelle ; les convaincus par l'idéalisme, eux, savaient qu'elle existait comme élément *naturel* de l'incrimination et étaient confortés ici par la jurisprudence du Tribunal de cassation.

Ce même tribunal, sous couvert d'asseoir son positionnement dans la hiérarchie judiciaire, et certainement éteindre le feu de critiques à son encontre, se montra particulièrement virulent sur la défense de la question intentionnelle devant les jurés. Récupérant cette obligation en relisant une législation éparse, ils ont donc, en renforçant leur place, contribué à nourrir l'intention.

Enfin, d'un point de vue contextuel, les autres Codes qui sont adoptés font montre de la même ambivalence que le *Code pénal* de 1810, avec une forme d'objectivité assumée et de subjectivité plus timorée – cette remarque est peut-être un peu moins valable pour le *Code civil* de 1804. L'étude du *Code d'instruction criminelle* et du *Code civil* nous a démontré toute l'emprise qu'avait l'intention dans les autres branches du droit, ce qui explique sa rémanence dans la législation de 1810.

De fait, bien que présente en demi-teinte, n'étant pas affirmée de manière assurée, l'intention a su se préserver une place en droit civil, mais également en droit pénal, que nous regardions les infractions comme la procédure.

Ce mouvement sera conforté par le retour toujours plus affirmé d'une jurisprudence portée par des magistrats qui savent redorer leur blason – et sont alors légitimes pour poser des créations *praeter legem* voire, *contra legem*.

Titre II. L'affirmation de l'intention (1810-1870)

L'intention arrive timidement dans la législation napoléonienne. C'est principalement sous l'impulsion de la jurisprudence que l'élément moral sera imposé pour les crimes, devant les jurés. L'appréhension de l'intention dans le cadre des délits reste plus obscure pour le moment, puisque la Cour de cassation ne pouvait pas retoquer les jugements au motif d'une absence de question intentionnelle : cette procédure n'est valable que lorsqu'interviennent les jurés.

Néanmoins, les textes n'en demeurent pas moins lacunaires, et nous avons émis l'hypothèse que cela pouvait être la résultante d'un compromis tacite chez les rédacteurs et dans l'assemblée : la question de la responsabilité a été éludée pour éviter l'opposition. Le problème est donc déporté sur les magistrats, à qui il appartiendra d'apprécier les éléments constitutifs de l'infraction selon les exactions qui seront portées devant eux.

Ce mouvement n'est possible qu'au prix d'un certain regain de confiance dans le corps de la magistrature. De telles largesses auraient été inconsidérables pendant la période révolutionnaire durant laquelle les juristes – et donc la magistrature – étaient la cible de toutes les critiques et limitations. Désormais, il semblerait qu'une forme d'accord soit trouvée, permettant aux juges d'être un peu plus libres dans leur office. Cette liberté retrouvée sera le gage d'une meilleure prise en considération de l'intention, dans un mouvement que nous connaissons, désormais, et selon lequel les possibilités d'interprétation et de jugement entraînent généralement une hausse mécanique et mécaniste de l'intentionnalité (**Chapitre 3**).

Ce mouvement est également accompagné de modifications de la législation qui contribuent à propulser notre système de responsabilité vers toujours plus de subjectivité. Selon nous, cette dynamique repose en creux sur les éléments flous de la législation napoléonienne, qui permettent une relecture facilitée des incriminations dans un sens éminemment subjectif. En outre, les jurés suscitent des inquiétudes autour de leurs acquittements. Pour juguler cette fuite en avant, les textes sont

modifiés dans un sens moins rigoureux pour éviter les acquittements par crainte de la peine prononcée par les magistrats professionnels à la suite du travail du jury. C'est dans ce mouvement que sont adoptées plusieurs lois à propos des circonstances atténuantes, qui font finalement leur apparition dans notre droit, près de vingt ans après la consécration des circonstances aggravantes – preuve de la sévérité initiale du *Code pénal* de 1810. Or, les circonstances atténuantes permettent de prendre en compte l'intention de manière détournée dans l'action criminelle réalisée (**Chapitre 4**).

Cette somme d'éléments, regain de confiance dans la magistrature et évolutions de la législation, sont autant de nouveautés qui permettent à la graine intentionnelle de germer, sur un terrain qui semble lui avoir été préparé avec soin, quoique de manière paradoxalement accidentelle.

Chapitre 3. La réhabilitation des magistrats, facteur favorable à l'intention

L'intention n'est pas présente de manière flagrante dans les textes. Son essor ne peut donc être réalisé qu'à l'aide de tiers qui influenceront la manière que l'on a de concevoir les infractions et de les définir. Ce rôle appartient en grande partie aux magistrats, à défaut de textes absolument certains sur la question.

Alors que la Cour de cassation n'avait de cesse que de casser les jugements criminels dans lesquels les jurés n'auraient pas traité de l'intention, les magistrats des tribunaux correctionnels se retrouvent face à eux-mêmes sur le sujet. En effet, ce type de censure par la Cour de cassation ne pouvait exister qu'à l'égard des jurés, qui suivent une procédure stricte, et dans laquelle cette institution menée par les hauts magistrats pouvait s'immiscer. Il fallait donc attendre une forme de regain de confiance dans la magistrature pour que l'intention puisse s'épanouir, tant pour les crimes, que pour les délits.

Ce retour en avant de la magistrature a tendance à se faire sur le dos des jurés que l'on accuse, à tort ou raison, de tous les maux. Leur particulier laxisme est pointé du doigt dès leur apparition, et les réformes essayent de faire barrage à leur excès de zèle en termes d'acquittements. Cela entraîne deux phénomènes distincts. Le premier tient en ce que les jurés sont vertement critiqués ; le second provoque, par un effet translatif, une vision méliorative sur la magistrature, puisque le système par jurés n'est finalement pas si parfait, contrairement à ce qui pouvait transparaître des débats de la période révolutionnaire. Nous opèrerons donc un léger retour avant 1810, pour comprendre l'ampleur de cette évolution dont les conséquences se font ressentir, elles, à partir de 1810 (**Section I**).

Puisque restaurés dans leur rôle d'application et d'interprétation de la loi pénale, les juges auront donc toute liberté pour appréhender les délits avec largesse : faut-il ou non reconnaître et requérir un élément moral ? Le devenir de l'intention semble laissé au bon vouloir de la magistrature (**Section II**).

Nous ne sommes pas étonnés par cette délégation de définition de l'infraction aux juges. Au gré des nominations, des épurations et des conditions posées pour devenir magistrat, le public cible a été réduit et se concentre sur une partie déterminée du corps social. De fait, le législateur ne confie pas cette tâche à n'importe qui ; il la confie à un corps sociologiquement marqué, assez homogène et proche du sien (**Section III**).

L'ensemble de ces éléments auront, de manière plus ou moins directe, une influence sur l'intention. Elle sera directe lorsque les réformes font reposer sur l'intention la charge d'adoucir la pénalité par exemple ; elle est indirecte lorsque par un glissement lent mais continu, l'intention se déploie pleinement dans les délits après avoir été imposée par une construction *extra legem* pour les crimes. Le principe de la légalité criminelle semble alors formellement violé, une nouvelle fois.

Section I. La critique constante contre les jurés

Depuis leur apparition, les jurés suscitent la critique ; initialement voulue au pénal comme au civil⁵⁴⁷, cette institution ne se développera finalement que dans la branche répressive du droit, avec deux organes : le jury de mise en accusation et le jury de jugement. Vite abandonné, le jury d'accusation s'efface⁵⁴⁸ pour ne plus laisser qu'une formation de jugement des crimes, par des citoyens tirés aux sorts sur des listes de plus en plus restrictives⁵⁴⁹.

Malgré ces précautions, le nombre d'acquittements demeure trop élevé au goût des politiques qui souhaitent réformer les textes pour les adapter dans un sens permettant aux jurés de pouvoir affiner leurs décisions, sans verser dans les acquittements abusifs. Les failles sont connues : le *Code pénal* de 1810 et son panel de peines, automatiquement prononcées par les juges entre un minimum et un maximum, sont trop rigoureux (§ 1).

Le problème tient en ce que, une fois les faits avérés, la peine n'est pas susceptible de modulation, ou à la marge. Les circonstances éventuellement atténuantes ne pouvaient être prises en compte⁵⁵⁰. Pour éviter une peine trop sévère, les jurés avaient alors tendance à acquitter (§ 2).

L'intention est là encore présente dans son absence puisque nous posons l'hypothèse que la variable, qui pousse les jurés à moduler les faits pour acquitter, repose finalement sur elle. C'est parce que le coupable n'a pas une intention aussi mauvaise qu'elle lui fasse mériter telle ou telle autre peine qu'ils ne renvoient pas vers une condamnation. Les faits, eux, sont les mêmes : un vol, un homicide, etc. Ce qui change, en effet, est la dose d'intention mise dans l'action, faisant varier la représentation de la culpabilité.

⁵⁴⁷ Adrien Jean DUPORT, « Principes et plan sur l'établissement de l'ordre judiciaire par M. Duport, en annexe de la séance du 29 mars 1790 », art. cit., p. 428.

⁵⁴⁸ Pour des précisions sur le rôle, la vie, et la mort du jury d'accusation, voir notamment Emmanuel BERGER, *La justice pénale sous la Révolution. Les enjeux d'un modèle judiciaire libéral*, op. cit., p. 180 et s. Sur les débats qui entourent la question de la conservation des différents jurys, voir Jean-Louis HALPÉRIN, « Continuité et rupture dans l'évolution de la procédure pénale en France de 1795 à 1810 », art. cit., spéc. p. 125-129.

⁵⁴⁹ Les listes sont, en effet, calquées sur le modèle des listes électorales. Voir Bernard SCHNAPPER, « De l'origine sociale des jurés entre 1840 et 1860 », dans Renée Martinage et Jean-Pierre Royer (dir.), *Les destinées du jury criminel*, Lille, L'Espace juridique, 1990, p. 115 et s.

⁵⁵⁰ Elles sont le résultat de la *Loi du 25 juin 1824*, notamment en son article 4.

§ 1. Une législation trop rigoureuse

Le *Code pénal* de 1810 est adopté au sortir d'une période très troublée, celle de la période révolutionnaire, et s'inscrit donc dans une démarche plutôt sévère et exemplaire de la pénalité, pour impressionner les délinquants en devenir et démontrer l'aspect rigoureux et rigoriste du système napoléonien⁵⁵¹. La délinquance continue de gangréner la société et l'utilitarisme est assez répandu pour trouver une place dans la tête de Target, principal rédacteur de ce Code⁵⁵².

Nous y retrouvons alors deux caractères marquants. Le premier tient dans la pénalité absolument rigide et sévère du Code. Elle est sévère en ce qu'elle rétablit des peines qui n'étaient plus rencontrées sur notre territoire depuis la fin de l'Ancien Régime. Elle est rigide et plus objective, en ce que les circonstances atténuantes ne sont pas prises en compte, même pour les délits, mais que sont considérées les circonstances aggravantes. De fait, il semblerait que nous soyons dans un système où, en utilisant son intime conviction pour statuer, le jury pourra donner une place plus ou moins grande à l'intention pour tenter de moduler cette pénalité assez rigide et rigidifiée (A).

Le second caractère marquant tient dans une forme d'irrépérabilité des délinquants. Dans la continuité des études de physiognomonie qui sont lancées avant même le début du XIX^e siècle, nous apercevons dans la législation de 1810 les premiers stigmates d'une forme de responsabilité objectivée pour ce qui concerne la période postérieure à la peine. En d'autres termes, il nous semble déceler ce que nous appellerions, aujourd'hui, des mesures de sûreté. Ce point intéresse l'intention puisque, caractérisé par son objectivation, il nie absolument la faculté intentionnelle de l'agent visé qui est appréhendé comme condamné à récidiver (B).

A. La variation d'une pénalité objective

Sous l'influence de la pensée des Lumières, et particulièrement du petit opuscule de Cesare Beccaria⁵⁵³, la législation révolutionnaire abandonnait des peines et des pratiques judiciaires qui étaient jugées terribles. La peine, par exemple, ne devait

⁵⁵¹ Jean-Marie CARBASSE, « Rapport introductif », art. cit., p. 27.

⁵⁵² Didier VEILLON, « La rédaction du Code pénal de 1810 », *Slovenian Law Review*, 1 (2009), p. 146.

⁵⁵³ Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livourne, Coltellini, 1764.

plus être un spectacle aléatoire mais atroce, sinon une certitude pour la personne qui se permettait de s'affranchir des règles de la communauté⁵⁵⁴. Cette mise en scène était terrifiante en ce qu'elle montrait le condamné, qui exécutait sa peine en public, avec un effet que l'on voulait réfléchissant sur la population⁵⁵⁵ ; néanmoins, la sévérité était telle que des aménagements d'exécution étaient déployés et que la peine n'était finalement pas automatiquement appliquée, avec des possibilités d'y échapper ou d'en subir une moindre.

La procédure, elle, était secrète et reposait sur des éléments devenus contestés sous la houlette des penseurs des Lumières ; nous pensons immédiatement à la *quæstio* qui servait à faire avouer les criminels, l'aveu étant considéré comme roi de toutes les preuves⁵⁵⁶. Or, le procédé est remis en question et la qualité de l'information récupérée à l'issue de cette procédure était sujette à interrogations sur sa fiabilité⁵⁵⁷.

Beccaria, notamment, s'opposera à ces pratiques et nourrira l'idée d'un système pénal plus juste, dans lequel les peines seront, certes, moins terribles pour l'imaginaire collectif, mais certaines : personne ne peut y réchapper, pas même par une quelconque lettre de grâce. À défaut, la peine perdrait en utilité comme nous le décrit Beccaria :

Un des plus grands freins au crime n'est pas la cruauté des châtiments, mais leur infailibilité, et par conséquent la vigilance des magistrats, et la sévérité d'un juge impassible, qui, pour devenir une vertu utile, doit être accompagnée d'une législation plus douce. La certitude d'un châtiment, même modéré, fera toujours plus grande impression que la crainte d'un châtiment plus terrible, accompagné d'un espoir d'impunité ; car les plus petits maux, quand ils sont certains, effraient toujours l'âme humaine ; et l'espoir, don céleste, qui nous préserve souvent de tout, chasse toujours l'idée du plus grand bien, surtout quand l'impunité, que l'avarice et la faiblesse accordent souvent, en augmente la force.

[...]

Au fur et à mesure que les peines s'adoucissent, la clémence et le pardon deviennent moins nécessaires⁵⁵⁸ [notre traduction, version originale en note de bas de page].

⁵⁵⁴ Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 2^e éd., Paris, De Boiste, 1766, p. 59.

⁵⁵⁵ Catherine GOBLOT-CAHEN, « Qu'est-ce que punir ? », *Hypothèses*, 1 (2003), notamment p. 97.

⁵⁵⁶ Lucien FAGGION, « L'aveu en justice à l'époque moderne », dans Lucien Faggion et Laure Verdon (dir.), *Quête de soi, quête de vérité : Du Moyen Âge à l'époque moderne*, Aix-en-Provence, PUP, 2007, p. 87-93.

⁵⁵⁷ Faustine HARANG, *La torture au Moyen Âge*, Paris, PUF, 2017, p. 169 et s.

⁵⁵⁸ Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 2^e éd., Paris, De Boiste, 1766, p. 83-84 : « Uno dei più grandi freni del delitti non è la crudeltà delle pene, ma la infallibilità di esse, e per conseguenza la vigilanza dei

D'un autre côté, la procédure ne devait plus être celle d'une verticalité obscure fondée sur l'inquisitoire, mais fondée sur l'oralité, les droits de la défense et la participation du peuple à la condamnation : nous basculions vers plus d'accusatoire, sous la double influence de Beccaria et de l'Angleterre.

Ce sont ces éléments qui seront repris par la législation révolutionnaire et qui mettront un terme aux peines spectaculaires au profit de peines plus automatiques et mesurées selon l'offense commise. La torture dans la procédure s'efface, en même temps que décline l'inquisitoire et que pénètre dans notre droit l'accusatoire, avec l'institution des jurés.

C'est cette organisation qui est chamboulée par le *Code pénal* de 1810, mais aussi par le *Code d'instruction criminelle* de 1808. Sans opérer un retour procédural total avec l'Ancien Régime, la législation napoléonienne fait une synthèse entre le droit de la fin de l'Ancien Régime, et les acquis de la période révolutionnaire⁵⁵⁹.

Les peines terribles refont surface : alors que les mutilations n'existaient plus sous l'empire des Codes de 1791 et 1795, elles reviennent en force avec le *Code pénal* de 1810. Les explications sont multiples : volonté de lutter contre les récidivistes qui peuvent être repérés grâce à la flétrissure⁵⁶⁰, ou encore nécessité d'adopter une législation rigoureuse pour mettre fin à la période troublée au sortir de la Révolution de 1789. Le résultat demeure identique : la pénalité est resserrée autour d'un objectif de répression accrue.

La procédure, elle, sans revenir à la torture, se pare de nouveau d'une teinte bien plus inquisitoire, avec la création des juges d'instruction qui se substituent aux

magistrati, e quella severità di un giudice inesorabile, che per essere un utile virtù, deve essere accompagnata da una dolce legislazione. La certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione, che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza della impunità ; perché i mali, anche minimi, quando son certi, spaventano sempre gli animi umani ; e la speranza, dono celeste, che sovente ci tien luogo di tutto, ne allontana sempre l'idea dei maggiori, massimamente quando l'impunità, che l'avarizia e la debolezza spesso accordano, ne aumenti la forza. [...] A misura che le pene divengono più dolci, la clemenza ed il perdono diventano meno necessari ».

⁵⁵⁹ Georges LEVASSEUR, « Napoléon et l'élaboration des codes répressifs », art. cit., p. 371-384 ; Christine MANGÈS-LE PAPE, « De quelques regards posés sur la magistrature ancienne au début du XIX^e siècle », dans Jacques Krynen et Jean-Christophe Gaven (dir.), *Les désunions de la magistrature (XIX^e-XX^e siècle)*, Toulouse, PUT, 2012, p. 13.

⁵⁶⁰ *Loi du 23 floréal an X*, qui rétablit la marque pour les récidivistes.

jurys d'accusation⁵⁶¹, suspectés de ne pas remplir pleinement leur rôle⁵⁶². De fait, les jurés de jugement deviennent la seule institution représentative du peuple dans la procédure, ce qui signifie également qu'ils sont désormais les seuls à ne pas être formés au droit.

Ce faisant, plusieurs filtres qui faisaient obstacle à ce que les jurés soient mis face à des cas qu'ils acquitteraient presque automatiquement ont été supprimés. Le jury d'accusation en était un, puisqu'il permettait au peuple de s'exprimer et de ne pas envoyer au jugement une affaire pour laquelle il n'avait pas de certitude sur la culpabilité – ce qui n'était pas leur rôle premier ni officiel. La perspective d'une peine automatique, mais justifiée, en était une autre.

Désormais c'est un juge d'instruction qui met en accusation l'affaire, soustrayant cette faculté au peuple. Les affaires qui tombent dans les mains des jurés de jugement sont donc triées uniquement par des magistrats professionnels qui estiment que les actes peuvent donner lieu à une condamnation⁵⁶³ : les faits matériels sont suffisamment robustes pour emmener l'affaire au jugement et mettre en branle la machine judiciaire.

Dès lors, si le peuple décide qu'il n'y a pas lieu de punir, malgré les faits relevés, il peut le faire selon deux schémas : premièrement, modifier les faits matériels et/ou l'intention pour dire qu'il n'y a pas d'infraction⁵⁶⁴ ; secondement, modifier l'intention retenue pour faire glisser l'incrimination d'un extrême à un autre. Ce dernier élément peut être illustré par des jurés qui décident de ne pas retenir un meurtre mais des coups et blessures volontaires entraînant la mort sans intention de la donner⁵⁶⁵. Cela

⁵⁶¹ Renaud VAN RUYMBEKE, *Le juge d'instruction*, Paris, PUF, 2020, p. 5-11.

⁵⁶² Jean PRADEL, « Le jury en France. Une histoire jamais terminée », *Revue internationale de droit pénal*, 1 (2001), p. 175-176.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 176.

⁵⁶⁴ De fait, nous sommes dans un système où, en utilisant son intime conviction pour statuer, le jury pourra donner une place plus ou moins grande à l'intention, pour tenter de moduler cette pénalité assez rigide et rigidifiée

⁵⁶⁵ C'est notamment une tendance que nous observons dans nos dossiers de procédure criminelle, dépouillés à partir de 1875. Par exemple, un homicide volontaire sera requalifié de coups et blessures ayant entraîné la mort sans intention de la donner. Sur la seule année de 1875, sur 5 affaires qui visent des homicides tentés ou réalisés, 4 font l'objet d'une requalification en jouant sur l'intentionnalité. Dans le détail, sur ces dossiers des Archives de Paris, l'affaire sous la cote D 2U 8 34 (1875) requalifie un meurtre en coups et blessures ayant entraîné la mort sans intention de la donner. Les affaires des cotes D 2U 8 36 (1875) et D 2U 8 41 (1875) retirent la préméditation de l'accusation. Enfin, dans le dossier de la cote D 2U 8 42 (1875), une tentative d'homicide volontaire bénéficie finalement d'un acquittement. La tendance est similaire sur les années suivantes, ce qui nous fonde à supposer que l'intention soit effectivement une variable d'ajustement intéressante pour les jurés.

offre la possibilité, en déqualifiant l'infraction, d'aller sur d'autres peines que celles prévues initialement pour l'infraction visée par l'instruction, et donnée par le réquisitoire définitif.

Ainsi, nous voyons comment l'intention peut être mobilisée par les jurés afin de moduler la réponse pénale d'une criminalité objectivement posée, avec des peines projetées qui sont sévères et rigoureuses. Le jury est prêt à ce jeu, renforcé par une instruction mise entre les doigts experts des juges d'instruction, pour esquiver une pénalité dont la dureté n'a fait qu'augmenter avec le Code de 1810. Un autre marqueur du durcissement de la législation en 1810 tient dans l'objectivation de la responsabilité qui y transparait.

B. La sévérité objective du Code de 1810

En contrepoint d'une mobilisation peut-être excessive de l'intention par des jurés qui cherchent à éviter la sévérité des peines, nous trouvons le *Code pénal* de 1810. En effet, ce Code met parfois en place une responsabilité qui semble bien plus objective que subjective, ne laissant pas de place à l'intention dans son traitement.

Cela est notamment valable concernant le retour des marques au fer rouge, prévues par les articles 7 et 20 du Code⁵⁶⁶. En effet, dans son dernier alinéa l'article 7 prévoit que « La marque et la confiscation générale peuvent être prononcées concurremment avec une peine afflictive, dans les cas déterminés par la loi ». L'article 20 entre plus dans les détails en précisant que :

Quiconque aura été condamné à la peine des travaux forcés à perpétuité, sera flétri, sur la place publique, par l'application d'une empreinte avec un fer brûlant sur l'épaule droite.

Les condamnés à d'autres peines ne subiront la flétrissure que dans les cas où la loi l'aurait attachée à la peine qui leur est infligée.

Cette empreinte sera des lettres T P pour les coupables condamnés aux travaux forcés à perpétuité ; de la lettre T pour les coupables condamnés aux travaux forcés à temps, lorsqu'ils devront être flétris.

La lettre F sera ajoutée dans l'empreinte, si le coupable est un faussaire⁵⁶⁷.

⁵⁶⁶ *Code pénal* de 1810, art. 7 et art. 20.

⁵⁶⁷ *Code pénal* de 1810, art. 20.

La place de l'intention n'est pas saillante ici ; pourtant, c'est encore une grille de lecture intéressante, qui vient compléter les études déjà étoffées sur la question des marques faites sur les criminels⁵⁶⁸. En effet, l'anthroposceptisme semble entrer ici en ligne de compte : on ne pense plus possible que le délinquant puisse s'amender. Treilhard (1742-1810) l'affirme d'ailleurs sans ambages :

Les intentions philanthropiques de l'Assemblée Constituante, quand elle rejeta la confiscation et la marque, étaient certainement louables ; mais, ne craignons pas de le dire, cette Assemblée a trop souvent considéré les hommes, non tels qu'ils sont, mais tels qu'il serait à désirer qu'ils fussent ; elle était mue par un espoir de perfectibilité, qui malheureusement ne se réalise pas ; et si, dans le mouvement rapide qui l'entraînait, cette erreur fut excusable, nous ne le serions pas, nous qui, éclairés par l'expérience, méditons dans le calme des passions ; nous ne serions, dis-je, pas excusables de persister à méconnaître l'efficacité incontestable de quelques moyens de répression qui ne furent pas bien appréciés en 1791⁵⁶⁹.

La marque faite sur les condamnés démontre cette forme de scepticisme dans l'amélioration de l'état criminel. Elle ne sert pas uniquement à affliger la personne qui la porte, mais également, et c'est ce qui nous intéresse le plus en matière intentionnelle, à garder une preuve de l'exaction commise dans la perspective d'une future condamnation. En somme, marquer au fer brûlant sert à repérer les récidivistes, comme si la récidive était une forme de fatalité. Bien entendu, ce raisonnement ne s'applique pas pour celles et ceux qui sont condamnés à des peines à perpétuité – énième démonstration du caractère irrécupérable de certaines personnes.

Plus que l'anthroposceptisme, nous pouvons également marquer un lien avec les études de physiognomonie qui débutent avant le XIX^e siècle⁵⁷⁰. Là, les sciences essayaient déjà de détecter des caractères typiques aux criminels, de sorte que l'on puisse anticiper leurs actes et ainsi les condamner au bon moment, de la bonne manière. L'extérieur du criminel devait alors nous renseigner sur sa pensée, sur son

⁵⁶⁸ Voir notamment François MAUHOURAT, « La marque judiciaire jusqu'en 1832 : entre rupture et continuité », dans Jean-Pierre Alline et Mathieu Soula (dir.), *Les récidivistes : Représentations et traitements de la récidive, XIX^e-XX^e siècle*, Rennes, PUR, 2011, p. 131-140 ; Michel PORRET, « La cicatrice pénale », *Sens-Dessous*, 1 (2012), p. 47-63 ; Ketty DEGRACE, *La flétrissure dans la pratique des juridictions pénales des Bouches-du-Rhône au début du XIX^e siècle*, Poitiers, Presses universitaires juridiques, 2021.

⁵⁶⁹ Jean-Guillaume LOCRIÉ DE ROISSY (dir.), *La législation civile, commerciale et criminelle de France*, tome 29, *op. cit.*, p. 199.

⁵⁷⁰ Avec une possibilité de remonter ces études à l'antiquité grecque : Marie-France AGNOLETTI, *La perception des personnes*, Paris, Dunod, 2017, p. 5-20.

comportement⁵⁷¹. Cette doctrine découle directement des enseignements de Gaspar Lavater (1741-1801), lequel affirme notamment que :

Ce mot de physiognomonie reviendra si souvent dans le cours de l'ouvrage, que je dois avant tout déterminer le sens que j'y attache. J'appelle physiognomonie le talent de connaître l'intérieur de l'homme par son extérieur, d'apercevoir par certains indices naturels ce qui ne frappe pas immédiatement les sens. Quand je parle de la physiognomonie comme science, je comprends sous le terme de physiognomonie tous les signes extérieurs qui se font remarquer immédiatement dans l'homme. Chaque trait, chaque contour, chaque modification active ou passive ; chaque attitude ou position du corps humain ; en un mot, tout ce qui peut servir à faire connaître immédiatement l'homme, soit actif, soit passif, et à le montrer tel qu'il est⁵⁷².

Cette forme d'objectivation du criminel est elle encore négatrice de l'intention, puisque ce sont des caractéristiques physiques qui prédominent l'explication du geste. Il n'est pas anodin que la physiognomonie se réveille particulièrement dans la première moitié du XIX^e siècle, et que notre Code vienne également atteindre les corps des délinquants. Le corps est donc un sujet de questionnements et un objet de pouvoir. L'aboutissement se trouvera chez Gall (1758-1828) avec la phrénologie⁵⁷³.

Outre cette appropriation du corps qui vient dénier des facultés d'intention libre chez les personnes qui sont frappées au fer, nous trouvons également les prodromes des mesures de sûreté, qui n'apparaissent pas à la fin du XIX^e siècle comme cela est souvent présenté, mais avec notre *Code pénal* de 1810.

Nous visons ici, particulièrement, la mesure de surveillance par la haute police, mesure qui s'applique en décalage de la peine, comme le sont les mesures de sûreté aujourd'hui. La surveillance est donc distincte de la peine en tant que telle ; néanmoins, nous postulons que cette distinction est fictive en ce qu'elle est un accessoire de la peine, prononcée en même temps que cette dernière, et vient contraindre et restreindre la liberté de la personne qui s'en trouve frappée.

⁵⁷¹ Marie-France AGNOLETTI, *La perception des personnes*, op. cit., p. 9.

⁵⁷² Gaspar LAVATER, *L'art de connaître les hommes par la physiognomonie*, Paris, Depélafof, 1820, p. 223.

⁵⁷³ Marc RENNEVILLE, « Le criminel-né : imposture ou réalité ? » [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 1^{er} janvier 2005 [consulté le 20 septembre 2018],
URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/127>.

L'article 44 du Code de 1810 nous en expose le principe en ces mots :

L'effet du renvoi sous la surveillance de la haute police de l'état, sera de donner au gouvernement, ainsi qu'à la partie intéressée, le droit d'exiger, soit de l'individu placé dans cet état, **après qu'il aura subi sa peine**, soit de ses père et mère, tuteur ou curateur, s'il est en âge de minorité, une caution solvable de bonne conduite, jusqu'à la somme qui sera fixée par l'arrêt ou le jugement : toute personne pourra être admise à fournir cette caution⁵⁷⁴ [nous soulignons].

L'article 47 va encore plus loin, en prévoyant que :

Les coupables condamnés aux travaux forcés à temps et à la réclusion, seront de plein droit, **après qu'ils auront subi leur peine, et pendant toute la vie**, sous la surveillance de la haute police de l'État⁵⁷⁵ [nous soulignons].

Passée au tamis intentionnel, nous constatons que cette législation organise une forme de responsabilité objective du délinquant, en doutant toujours sur ses capacités de réinsertion, et donc de lutte avec son démon intérieur qui le pousserait sans cesse à mal agir. De fait, avec cette objectivité posée par les textes, l'intention semble niée, le criminel étant en quelque sorte, dans la tête des décisionnaires, condamné à devoir recommencer. Cette affirmation prend encore plus de poids à l'examen de l'article 47 du Code, qui déclare que les condamnés aux travaux forcés seront soumis toute leur vie à cette surveillance de haute police, comme si un doute sur leur capacité à ne pas récidiver flottait au-dessus d'eux. L'intention est donc réduite à sa part congrue, renforçant la sévérité du système pénal en 1810.

En conséquence, il nous semble probant que le Code de 1810 fasse apparaître des figures délinquantes irrécupérables, pour lesquelles l'examen de l'intention ne sera qu'une forme d'option ou, sinon, un point de passage – obligatoire ? – mais sans importance. Le fait de prévoir leur récidive démontre déjà une certaine forme de résignation face à ces personnalités chez qui nous dénotons une anomalie dans l'intégration des interdits juridiques. En parallèle de ces situations qui organisent finalement une véritable responsabilité objective, nous trouvons des jurés qui se démarquent par une excessive clémence.

⁵⁷⁴ Code pénal de 1810, art 44.

⁵⁷⁵ Code pénal de 1810, art. 47.

§ 2. Des jurés excessivement cléments

En réponse à cette pénalité utilitariste et impressionnante par son retentissement sur les condamnés, les jurés décident de ne pas suivre exactement la procédure telle qu'elle était initialement prévue. Le jury d'accusation avait été supprimé parce qu'il confondait ses attributions avec le jury de jugement, étant entendu qu'il est assez complexe pour des néophytes de faire le distinguo entre les éléments suffisants pour poursuivre et l'examen effectif de la culpabilité. Le jury de jugement, quant à lui, déborde aussi de ses compétences dans une fuite en avant qui le pousse à anticiper le rôle du magistrat : pour éviter une peine qu'ils savent sévère, parce qu'automatique, ils préfèrent alors altérer les faits pour en arriver à un acquittement (A).

Ces déformations des faits sont déjà intéressantes pour nous. Elles démontrent que l'intention n'est pas la seule marge de manœuvre pour pousser le curseur de la responsabilité vers plus ou moins de rigueur. Ce qui demeure remarquable, c'est que cette modification est remarquée et critiquée. Si seule l'intention avait été en cause, nous posons l'hypothèse que cela aurait été moins visible. Toujours est-il qu'en jouant sur les faits, les jurés s'exposent au regard critique des tiers ; en l'occurrence des juristes. Ces derniers dénoncent les excès du jury qui, bien que sauvé par le texte de 1808, nous semble toujours vacillant (B).

A. Des jurés endossant le rôle de magistrats

Pour bien saisir ce phénomène, il est intéressant de comparer les périodes en opérant un retour à la situation qui précède la législation napoléonienne. Le *Code des délits et des peines* de 1795 était assez clair sur les fonctions que devaient remplir le jury d'accusation et le jury de jugement. Nous avons déjà pu analyser le jury de jugement et allons donc développer un peu plus le jury d'accusation qui s'éteint avec le *Code d'instruction criminelle* de 1808.

De manière assez générale, l'article 206 du *Code des délits et des peines* dispose que :

Les jurés sont des citoyens appelés à l'occasion d'un délit pour examiner le fait allégué contre le prévenu ou l'accusé, et déclarer, d'après les preuves qui leur sont fournies et leur conviction personnelle, si le délit existe, et quel est le coupable⁵⁷⁶.

L'article 208 commence la distinction entre l'accusation et le jugement, en affirmant que :

Les jurés sont appelés, soit pour décider si une accusation doit être admise, soit pour juger si l'accusation est fondée.

La loi les désigne, au premier cas, sous le nom de *jurés d'accusation* ; au second, sous celui de *jurés de jugement*⁵⁷⁷.

Les fonctions sont encore vagues, et il convient de s'en référer aux articles 236 et 237 qui sont les pendants des articles 343 et 372 à propos du jury de jugement. Ces deux articles reviennent dans le détail sur le rôle que doivent endosser les jurés d'accusation, en exposant ce qu'ils doivent faire et ce qu'ils doivent se garder de faire. Il leur faut, par exemple, « ne suivre ni les mouvements de la haine ou de la méchanceté, ni ceux de la crainte ou de l'affection »⁵⁷⁸ ; et « Les jurés d'accusation n'ont pas à juger si le prévenu est coupable ou non, mais seulement s'il y a déjà des preuves suffisantes à l'appui de l'accusation »⁵⁷⁹, accusation dressée par le directeur du jury⁵⁸⁰.

Cette exclusion du champ de compétence du jury d'accusation, auquel on rappelle qu'il ne doit pas juger la culpabilité, n'est pas sans rappeler une autre fuite en avant : celle du jury de jugement qui aurait tendance à s'occuper de la pénalité. Il est donc intéressant de constater que chaque juré, à la lecture des textes, semble se préoccuper de la phase suivante pour décider, à tel point que la législation se sent contrainte de leur rappeler que là n'est pas leur rôle.

Néanmoins, si la violation de ces dispositions par le jury d'accusation entraîne un empiètement de pouvoirs sur un autre jury, lorsque le jury de jugement déborde

⁵⁷⁶ *Code des délits et des peines* de 1795, art. 206.

⁵⁷⁷ *Code des délits et des peines* de 1795, art. 208.

⁵⁷⁸ *Code des délits et des peines* de 1795, art. 236.

⁵⁷⁹ *Code des délits et des peines* de 1795, art. 237.

⁵⁸⁰ *Code des délits et des peines* de 1795, art. 220 et 223.

de ses compétences en s'inquiétant de la peine qui sera prononcée, il empiète cette fois sur les compétences de magistrats professionnels. Cette dernière atteinte est encore moins tolérée et, surtout, sera persistante : alors que le jury d'accusation meurt en 1808, le jury de jugement est toujours présent dans notre droit.

Dès 1795, pourtant, on tente de prendre des précautions sur ce point, en exposant que :

Ce qu'il est bien essentiel de ne pas perdre de vue, c'est que toute la délibération du jury de jugement porte sur l'acte d'accusation : c'est à cet acte qu'ils doivent uniquement s'attacher ; **et ils manquent à leur premier devoir, lorsque, pensant aux dispositions des lois pénales, ils considèrent les suites que pourra avoir, par rapport à l'accusé, la déclaration qu'ils ont à faire.** Leur mission n'a pas pour objet la poursuite ni la punition des délits : ils ne sont appelés que pour décider si le fait est constant, et si l'accusé est, ou non, coupable du crime qu'on lui impute⁵⁸¹ [nous soulignons].

Le même avertissement apparaît, presque mot pour mot, dans le *Code d'instruction criminelle* de 1808, à l'article 342⁵⁸².

Ce point est particulièrement intéressant pour nous en ce qu'il atteste d'une certaine tendance chez les jurés à confondre leur rôle. Ce faisant, ils anticiperaient sur les conséquences de leur déclaration et auraient donc certainement tendance à moduler leurs réponses par prénotion des suites à venir : ils savent pertinemment, par exemple, que se prononcer en faveur d'une accusation d'homicide volontaire prémédité entraînera la peine de mort⁵⁸³, alors même qu'il y aurait peut-être des circonstances atténuantes en jeu. Puisque ces circonstances ne seront pas reconnues

⁵⁸¹ *Code des délits et des peines* de 1795, art. 372.

⁵⁸² Il y a quelques divergences, mineures (en rouge, les divergences) :

Art. 372 du Code de 1795 : « Ce qu'il est bien essentiel de ne pas perdre de vue, c'est que toute la délibération du jury de jugement porte sur l'acte d'accusation : **c'est à cet acte qu'ils doivent uniquement s'attacher** ; et ils manquent à leur premier devoir, lorsque, pensant aux dispositions des lois pénales, ils considèrent les suites que pourra avoir, par rapport à l'accusé, la déclaration qu'ils ont à faire. Leur mission n'a pas pour objet la poursuite ni la punition des délits : **ils ne sont appelés que pour décider si le fait est constant, et si l'accusé est, ou non, coupable du crime qu'on lui impute** ».

Article 342 du Code de 1808 : « Ce qu'il est bien essentiel de ne pas perdre de vue, c'est que toute la délibération du jury porte sur l'acte d'accusation ; **c'est aux faits qui le constituent et qui en dépendent, qu'ils doivent uniquement s'attacher** ; et ils manquent à leur premier devoir, lorsque, pensant aux dispositions des lois pénales, ils considèrent les suites que pourra avoir, par rapport à l'accusé, la déclaration qu'ils ont à faire. Leur mission n'a pas pour objet la poursuite ni la punition des délits ; **ils ne sont appelés que pour décider si l'accusé est ou non coupable du crime qu'on lui impute** ».

⁵⁸³ *Code pénal* de 1810, art. 302 : « Tout coupable d'assassinat, de parricide, d'infanticide et d'empoisonnement, sera puni de mort, sans préjudice de la disposition particulière contenue en l'article 13, relativement au parricide ».

par notre droit avant 1824⁵⁸⁴, ni mises entre les mains des jurés avant 1832⁵⁸⁵, il est possible de considérer qu'ils modifieront les faits et/ou l'intention pour esquiver la conséquence qu'ils connaissent par avance.

Cette hypothèse est fondée également sur l'analyse de 76 dossiers de procédure criminelle aux Archives de Paris, entre 1875 et 1980⁵⁸⁶. Nous aurions souhaité pouvoir mener cette étude sur les archives pour la période précise qui concerne notre propos. Néanmoins, les documents étant inaccessibles, nous ne pouvons faire débiter notre analyse qu'en 1875, date à laquelle les sources commencent à être disponibles. S'il peut demeurer un problème relatif de contexte avec ce décalage d'une trentaine d'années, il reste qu'en 1875, les circonstances atténuantes – qui forment le cœur de notre propos – existent ; nous constatons qu'elles sont retenues assez largement, ce qui tend à démontrer l'appétence des jurés pour cette option.

Sur le graphique suivant qui mobilise nos 76 dossiers de procédure⁵⁸⁷, nous voyons qu'elles sont généralement retenues dans plus de la moitié des affaires étudiées, pour atteindre un maximum de 100 % sur l'année 1980. C'est donc un outil très utile aux jurés.

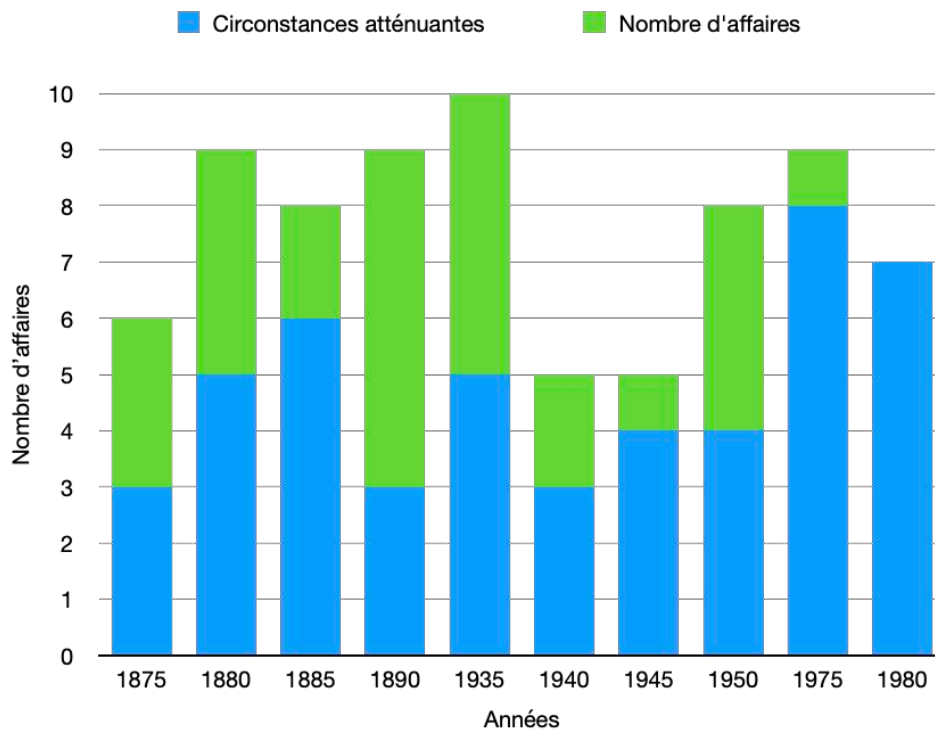
⁵⁸⁴ *Loi du 25 juin 1824* dite « Contenant diverses modifications au Code pénal ».

⁵⁸⁵ *Loi du 28 avril 1832* dite « Contenant des modifications au Code pénal et au Code d'instruction criminelle ».

⁵⁸⁶ Sur le problème d'accès aux sources et la méthodologie déployée aux archives, nous renvoyons à nos propos introductifs.

⁵⁸⁷ AP, D 2U 8 34 (1875) ; D 2U 8 36 (1875) ; D 2U 8 41 (1875) ; D 2U 8 42 (1875) ; D 2U 8 93 (1880) ; D 2U 8 94 (1880) ; D 2U 8 96 (1880) ; D 2U 8 97 (1880) ; D 2U 8 98 (1880) ; D 2U 8 99 (1880) ; D 2U 8 99 (1880) ; D 2U 8 101 (1880) ; D 2U 8 104 (1880) ; D 2U 8 107 (1880) ; D 2U 8 108 (1880) ; D 2U 8 109 (1880) ; D 2U 8 174 (1885) ; D 2U 8 175 (1885) ; D 2U 8 177 (1885) ; D 2U 8 178 (1885) ; D 2U 8 179 (1885) ; D 2U 8 180 (1885) ; D 2U 8 181 (1885) ; D 2U 8 182 (1885) ; D 2U 8 185 (1885) ; D 2U 8 188 (1885) ; D 2U 8 188 (1885) ; D 2U 8 193 (1885) ; D 2U 8 193 (1885) ; D 2U 8 194 (1885) ; D 2U 8 195 (1885) ; D 2U 8 257 (1890) ; D 2U 8 258 (1890) ; D 2U 8 259 (1890) ; D 2U 8 260 (1890) ; D 2U 8 262 (1890) ; D 2U 8 263 (1890) ; D 2U 8 264 (1890) ; D 2U 8 266 (1890) ; D 2U 8 390 (1935) ; D 2U 8 391 (1935) ; D 2U 8 396 (1935) ; D 2U 8 397 (1935) ; D 2U 8 399 (1935) ; D 2U 8 400 (1935) ; D 2U 8 403 (1935) ; D 2U 8 405 (1935) ; D 2U 8 406 (1935) ; D 2U 8 407 (1935) ; D 2U 8 409 (1935) ; D 2U 8 605 (1940) ; D 2U 8 606 (1940) ; D 2U 8 607 (1940) ; D 2U 8 610 (1940) ; D 2U 8 614 (1940) ; 107 W 5 (1940) ; 107 W 10 (1940) ; 107 W 30 (1945) ; 107 W 31 (1945) ; 107 W 32 (1945) ; 122 W 33 (1945) ; 122 W 34 (1945) ; 122 W 37 (1945) ; 122 W 40 (1945) ; 122 W 41 (1945) ; 1019 W 1 (1950) ; 1019 W 5 (1950) ; 1019 W 8 (1950) ; 1019 W 9 (1950) ; 1019 W 10 (1950) ; 1019 W 18 (1950) ; 1019 W 27 (1950) ; 1019 W 29 (1950) ; 1019 W 30 (1950) ; 1019 W 31 (1950) ; 1019 W 34 (1950) ; 1019 W 36 (1950) ; 2809 W 134 (1975) ; 2809 W 135 (1975) ; 2809 W 136 (1975) ; 2809 W 148 (1975) ; 2809 W 149 (1975) ; 2809 W 151 (1975) ; 2809 W 153 (1975) ; 2809 W 156 (1975) ; 2809 W 164 (1975) ; 2809 W 177 (1975) ; 2809 W 183 (1975) ; 2809 W 185 (1975) ; 2809 W 186 (1975) ; 2809 W 190 (1975) ; 2809 W 199 (1975) ; 3673 W 1 (1980) ; 3673 W 2 (1980) ; 3673 W 6 (1980) ; 3673 W 10 (1980) ; 3673 W 11 (1980) ; 3673 W 12 (1980) ; 3673 W 15 (1980) ; 3673 W 19 (1980) ; 3673 W 20 (1980) ; 3673 W 22 (1980) ; 3673 W 29 (1980) ; 3673 W 30 (1980) ; 3673 W 53 (1980) ; 3673 W 54 (1980) ; 3673 W 55 (1980).

Analyse des circonstances atténuantes dans les dossiers de procédure criminelle des archives de Paris



De surcroît, il faut relever que le jury est souvent en désaccord avec l'acte d'accusation, et a tendance à déqualifier les infractions : dans 61,8 % des cas, ils sont moins sévères que l'incrimination initialement prévue⁵⁸⁸. Le jeu se fera, une nouvelle fois, non pas sur les éléments matériels qui sont implacables, mais sur l'intention portée dans l'action : il n'avait pas l'intention de tuer, mais seulement de frapper ; il n'avait pas prémédité son acte, c'est seulement un concours de circonstances défavorables qui prend place ; etc. C'est du moins ce que nous supposons à la lecture de nos dossiers, puisque nous n'avons pas accès aux délibérations qui sont, par principe, secrètes.

Nous postulons donc que, en anticipant sur la pénalité qui sera prononcée par les magistrats, mais également en réécrivant l'histoire du crime pour l'amoindrir, les jurés ont donc cette tendance particulière à se placer dans le rôle de magistrats. Leur point d'appui dans cet ouvrage n'est autre que l'intention qu'ils se projettent, s'imaginent, et changent dans l'accusation. De surcroît, ils outrepassent leurs compétences pour que puisse s'exprimer une certaine clémence, qui fait l'objet de nombreuses critiques.

⁵⁸⁸ Soit une sévérité amoindrie dans 47 affaires sur les 76 dépouillées.

B. Une clémence excessive ?

Parce qu'il dépassait ses attributions, et parce qu'il avait tendance à ne pas reconnaître d'éléments suffisants pour l'accusation, le jury d'accusation est laissé sur le bord de la route de l'entreprise législative de Napoléon⁵⁸⁹. Après avoir essuyé de nombreuses critiques, ce jury ne pouvait donc plus continuer d'exister.

Le débat s'est même porté sur tous les jurys, qu'ils soient d'accusation et de jugement ; le jury de jugement aura néanmoins été sauvé *in extremis*⁵⁹⁰. Malgré les griefs à son égard, revenir sur cette institution aurait été synonyme d'un phénoménal retour en arrière dans le modèle de jugement, basculant d'une forme d'accusatoire à beaucoup plus d'inquisitoire, centralisant l'audience criminelle entre les mains des magistrats professionnels.

Or, la législation du XIX^e siècle n'est pas une législation de rupture totale d'avec les avancées révolutionnaires, mais une législation de synthèse entre les pratiques de la fin de l'Ancien Régime et la période de la Révolution française.

Il reste, cependant, que les jurés de jugement demeurent fortement critiqués, même après 1808 et le souhait renouvelé de les conserver. En cause : leur excessive clémence, qui les pousse à acquitter de manière supposément abusive. Pour ce qui nous concerne, nous n'avons malheureusement pas pu consulter de dossiers de procédure sur la période s'étalant du début du XIX^e siècle jusqu'avant 1875 : les dossiers ont été perdus, détruits, ne sont pas classés, etc. Néanmoins, à partir de 1870, nous avons pu accéder à quelques documents de la sous-série D 2U 8 des Archives de Paris. En nous arrêtant en 1890⁵⁹¹ – les documents sont de nouveau inaccessibles entre

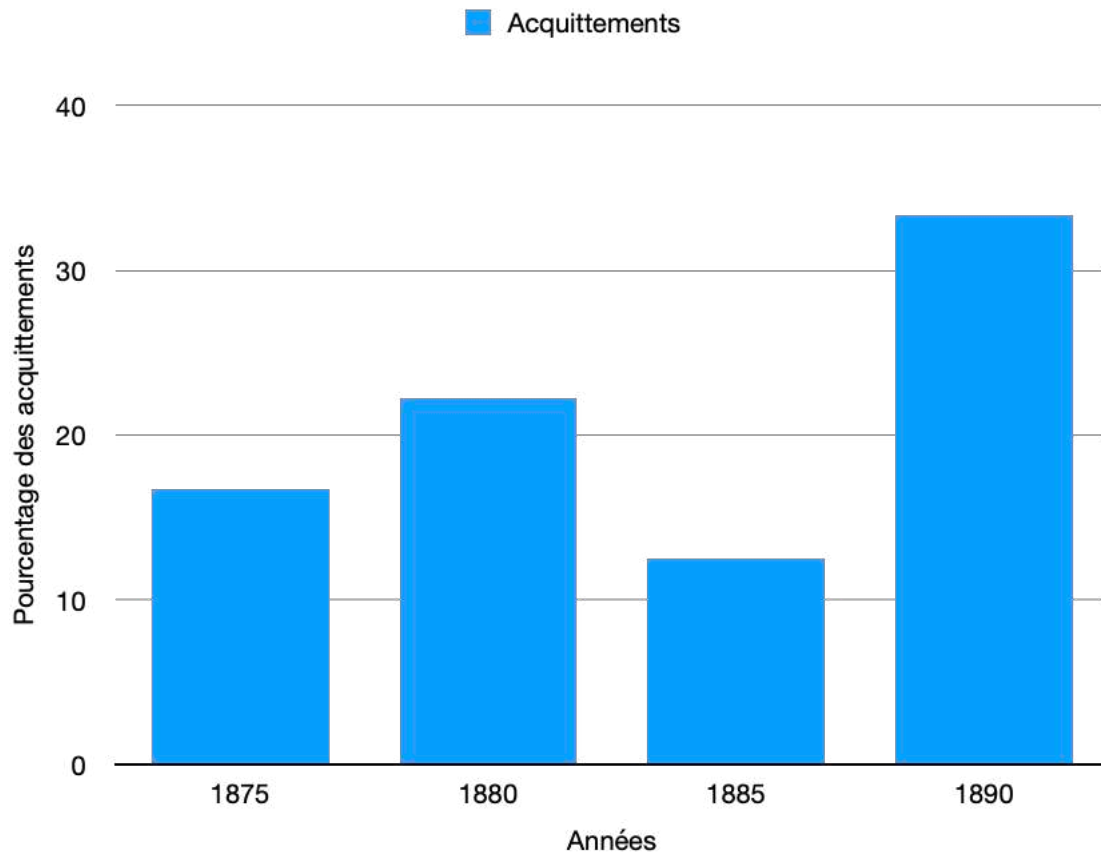
⁵⁸⁹ Il est abandonné par le *Code d'instruction criminelle* de 1808, au profit du juge d'instruction et de la Chambre des mises en accusation.

⁵⁹⁰ Napoléon était indécis sur le point de savoir s'il fallait maintenir le jury de jugement ou non ; ce flottement a certainement joué en faveur d'un maintien comme le souligne Jean-Louis HALPÉRIN, « Continuité et rupture dans l'évolution de la procédure pénale en France de 1795 à 1810 », art. cit., spéc. p. 126.

⁵⁹¹ AP, D 2U 8 34 (1875) ; D 2U 8 36 (1875) ; D 2U 8 41 (1875) ; D 2U 8 42 (1875) ; D 2U 8 93 (1880) ; D 2U 8 94 (1880) ; D 2U 8 96 (1880) ; D 2U 8 97 (1880) ; D 2U 8 98 (1880) ; D 2U 8 99 (1880) ; D 2U 8 99 (1880) ; D 2U 8 101 (1880) ; D 2U 8 104 (1880) ; D 2U 8 107 (1880) ; D 2U 8 108 (1880) ; D 2U 8 109 (1880) ; D 2U 8 174 (1885) ; D 2U 8 175 (1885) ; D 2U 8 177 (1885) ; D 2U 8 178 (1885) ; D 2U 8 179 (1885) ; D 2U 8 180 (1885) ; D 2U 8 181 (1885) ; D 2U 8 182 (1885) ; D 2U 8 185 (1885) ; D 2U 8 188 (1885) ; D 2U 8 188 (1885) ; D 2U 8 193 (1885) ; D 2U 8 194 (1885) ; D 2U 8 195 (1885) ; D 2U 8 257 (1890) ; D 2U 8 258 (1890) ; D 2U 8 259 (1890) ; D 2U 8 260 (1890) ; D 2U 8 262 (1890) ; D 2U 8 263 (1890) ; D 2U 8 264 (1890) ; D 2U 8 266 (1890).

1890 et 1935 – les statistiques ne semblent pas si alarmantes comme l’atteste le graphique suivant :

Analyse des acquittements prononcés par les jurés sur 32 dossiers de procédure criminelle



Outre l’année 1890 qui dépasse les 30 % d’acquittements, les autres années sondées ne font pas montre d’un taux d’acquittements fort élevé. Il y a donc peut-être un décalage entre la perception de la fréquence des acquittements chez les juristes – en doctrine ou chez les magistrats –, et les acquittements réellement prononcés.

De manière plus centrale pour notre étude, nous posons l’hypothèse que ces acquittements se fondent, pour beaucoup, sur l’intention projetée dans l’action, au même titre que l’intention joue un rôle supposément déterminant dans les circonstances atténuantes.

En effet, en 1875 une première affaire est présentée comme un homicide volontaire. L’instruction établit que « les antécédents judiciaires de [X] sont de nature à renseigner sur la violence de son caractère », ou encore qu’« il s’est précipité sur son

fils et l'a frappé au cœur d'un coup de couteau qui a immédiatement déterminé la mort », ce qui est qualifié comme un « acte de sauvagerie ». L'acte d'accusation va dans le même sens, en posant notamment que « les antécédents de l'accusé attestent qu'il est d'un caractère violent ». Pourtant, malgré ce tableau, à la question de savoir si l'accusé est coupable d'avoir volontairement commis un homicide, les jurés répondent par la négative. Ils retiennent finalement des coups et blessures volontaires entraînant la mort sans intention de la donner⁵⁹² ; l'état des pièces de la procédure ne nous explique pas ce qui a motivé les jurés en ce sens.

Une seconde affaire est présentée comme un homicide volontaire prémédité⁵⁹³ : l'acte d'accusation nous apprend qu'il s'agit d'une bagarre à propos d'un jeu de cartes et « comprenant alors qu'il n'était pas le plus fort, [X] excité par le vin et la colère, monta dans sa chambre, s'arma d'un couteau de cuisine en proférant de terribles menaces ». On ajoute que « l'arme avait pénétré à une profondeur d'au moins dix centimètres et fait une terrible blessure », mais X « soutient qu'en frappant [Y], il n'avait pas l'intention de lui donner la mort ; la nature de l'arme dont il s'est servi, la direction du coup porté et sa violence ne permettent pas d'admettre un semblable système de défense », ce qui justifie la qualification d'homicide volontaire prémédité. Néanmoins, une nouvelle fois, les jurés ne suivent pas cette présentation factuelle. S'ils répondent oui à la question établissant l'homicide volontaire, ils répondent par la négative sur la préméditation, sans que nous ne puissions connaître leurs motivations. Néanmoins, nous le constatons, le jeu de la définition infractionnelle se fait autour de l'intention. Une autre fois, un assassinat est retenu par l'acte d'accusation : les jurés, ici, acquittent⁵⁹⁴.

En 1880, dans une première affaire, l'acte d'accusation retient une tentative d'homicide volontaire ; les jurés condamnent pour des violences volontaires sans préméditation⁵⁹⁵. Une deuxième affaire évoque un homicide prémédité ; les jurés n'y voient pas la préméditation et y accolent des circonstances atténuantes⁵⁹⁶. Une troisième affaire met en scène un homicide volontaire prémédité ; les jurés retiennent des coups et blessures volontaires entraînant la mort sans intention de la donner, avec

⁵⁹² AP, D 2U 8 34 (1875).

⁵⁹³ AP, D 2U 8 41 (1875).

⁵⁹⁴ AP, D 2U 8 42 (1875).

⁵⁹⁵ AP, D 2U 8 94 (1880).

⁵⁹⁶ AP, D 2U 8 96 (1880).

circonstances atténuantes⁵⁹⁷. Une quatrième affaire soulève une tentative d'homicide volontaire prémédité : les jurés acquittent⁵⁹⁸. Etc.

Ces illustrations, centrées sur des hypothèses d'atteinte à l'intégrité physique, voire, à la vie, sont pour nous démonstratrices d'une intention qui joue comme variable d'ajustement pour les jurés. Cependant, nous ne pouvons pas dépasser le stade de la simple hypothèse, puisque les jurés statuent selon leur intime conviction, et que leurs délibérations demeurent secrètes. Néanmoins, il nous semble plausible de considérer que c'est l'intention qui joue à plein régime pour requalifier et déqualifier les infractions, si ce n'est tout bonnement d'acquitter.

Cette affirmation, en forme d'hypothèse, nous semble particulièrement palpable ici, puisque dans un homicide qui sera requalifié de coups et blessures volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner, les faits ne bougent pas : des coups ont été portés, une personne est décédée. La seule variable se décompose sous les traits de l'intention qui était visiblement absente sous son versant homicide pour les jurés. De fait, sans intention homicide, nous pouvons basculer de l'homicide volontaire ou prémédité à de simples coups et blessures entraînant la mort sans intention de la donner.

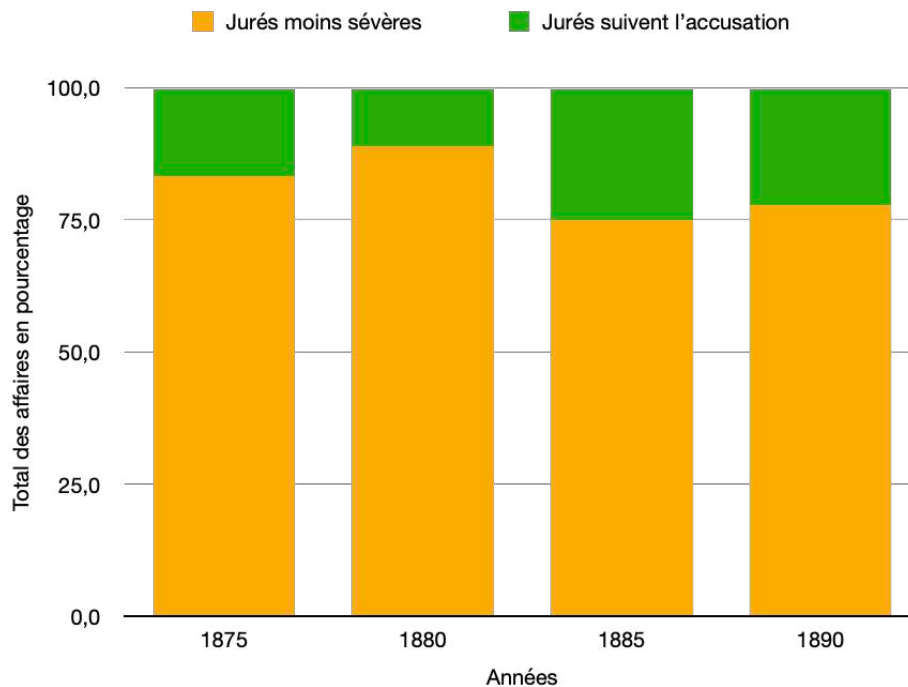
Plus que les acquittements, nous pouvons alors supposer que ce sont toutes ces hypothèses qui sont vectrices d'une certaine idée de clémence à l'égard des accusés. Ils ne semblent pas acquitter à outrance dans les sources que nous avons pu consulter. En revanche, ils déqualifient largement les infractions⁵⁹⁹ :

⁵⁹⁷ AP, D 2U 8 97 (1880).

⁵⁹⁸ AP, D 2U 8 101 (1880).

⁵⁹⁹ Les mêmes limites méthodologiques que celles relevées pour le graphique précédant, quant à l'accès aux sources, s'appliquent encore ici.

Analyse du processus de déqualification des infractions sur 32 dossiers de procédure criminelle⁶⁰⁰



Sur le graphique qui précède, nous constatons qu'assez largement, dans plus de 75 % des cas entre 1875 et 1890, les jurés sont moins sévères que l'incrimination prévue par l'acte d'accusation.

En conséquence, pour nous, les jurés ne doivent pas tant être attaqués – s'ils doivent être mis en cause – sur le flan des acquittements, que sur celui de leurs déqualifications des infractions, qui sont beaucoup plus nombreuses que les cas d'acquittements – du moins, sur les dossiers qui nous sont accessibles. Ce premier point est suivi de l'idée selon laquelle, l'instrument qui leur permet de mettre en œuvre cette politique de clémence n'est autre que notre intention. En jouant sur l'intention qu'ils se figurent avoir dominé pendant l'action criminelle, ils peuvent influencer sur l'infraction finalement retenue et pour laquelle la personne sera condamnée.

⁶⁰⁰ Il s'agit du même échantillon de dossiers que celui mobilisé pour le graphique précédent. Pour fluidifier la lecture, nous ne reproduisons pas les références des archives et renvoyons à la note n° 591.

Section II. L'intention laissée à la libre appréciation des magistrats

Non seulement les magistrats bénéficient d'une comparaison à leur avantage avec les jurés, mais encore ils savent démontrer leur attachement au maintien de l'ordre social en place. Aussi, nous pouvons considérer que le législateur les laisse s'exprimer plutôt librement sur l'intention, puisqu'une forme de confiance est retrouvée dans la magistrature⁶⁰¹, avec l'assurance que les décisions⁶⁰¹ iront dans le sens d'un certain conservatisme dans les valeurs protégées ; en somme, d'un maintien conscient ou inconscient de l'ordre social en place.

Pour mener cette politique criminelle plus resserrée, encore faut-il que l'instance échappe aux jurés ; c'est chose faite par la pratique de la correctionnalisation de nombreux parquets, sous le regard bienveillant de la Chancellerie. Les transformations législatives en ce sens n'en seront que des démonstrations plus saillantes. Or, correctionnaliser, c'est faire basculer des infractions criminelles dans le domaine du délit, là où les magistrats prennent la main sur l'ensemble de la procédure, de l'instruction jusqu'au jugement, sans intervention du jury citoyen. Il s'agit donc d'une hypothèse parfaite de reconstruction de l'intention dans l'ombre de décisions motivées, certes, mais sans grands détails sur ce qui caractérise ou non l'intention de mal agir (§ 1).

Les magistrats profitent d'un cadre législatif relativement souple sur la question intentionnelle, notamment dans le cas des délits, puisque le Code pénal de 1810 n'est pas clair sur ce point. L'intention peut donc s'épanouir dans le creux de ces non-dits. Une étude de la jurisprudence serait intéressante mais est rendue difficile par de nombreux obstacles qui font barrage à une approche pratique (§ 2).

Cela est d'autant plus vraisemblable lorsque l'on regarde l'exigence de la motivation. Les jurés étaient exemptés de motiver leur intime conviction jusqu'à très récemment – une réforme de 2011 ; néanmoins, sous l'influence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, le *Code de procédure pénale* est modifié et désormais les jurés doivent motiver leur intime conviction. Cette possibilité apporte la démonstration qu'il est possible d'objectiver le subjectif : par nature subjective, l'intime conviction

⁶⁰¹ Tout en rappelant que les magistrats sont alors fortement contrôlés désormais. Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 147-148.

réussira pourtant à entrer dans des cases balisées, celles de la motivation. Dès lors, il nous semble légitime de nous interroger sur la possibilité, pour les magistrats, de motiver leurs convictions, qu'elles soient appelées intimes ou non (§ 3).

§ 1. Une confiance retrouvée dans la magistrature : la correctionnalisation

La correctionnalisation est une pratique qui consiste à faire descendre une action répréhensible dans l'échelle des peines : un crime devient un délit. Il pourrait sembler étrange et particulièrement généreux de recourir à ce mécanisme, qui permettrait aux coupables une peine amoindrie. C'est en fait tout l'inverse et, une nouvelle fois, nous en trouvons de principaux fondements dans l'existence des jurés.

Comme nous l'avons vu, les jurés ont tendance à être assez souples sur l'appréciation des faits, afin de faire varier la culpabilité puisqu'ils n'ont pas de prises sur la pénalité qui sera prononcée par les magistrats professionnels. De fait, le ministère public, plutôt que de risquer un acquittement pour un crime, préfère une peine pour un délit, certes moindre que celle qui peut être prononcée au criminel. Nous y voyons une énième marque de défiance à l'égard des jurés (A).

Cette pratique, loin de s'être éteinte au fur et à mesure de l'encadrement toujours plus rigoureux des jurés jusqu'à l'échevinage, se maintient et se renforce de manière contemporaine pour certaines offenses. La correctionnalisation, qui fait donc son apparition sur notre période d'étude, est un processus qui se nourrit de la crainte à l'encontre des décisions des jurés (B).

Nous postulons que les faits ne seront que difficilement modifiables par les magistrats professionnels – ce que peuvent plus certainement se permettre des néophytes du droit –, et que le champ d'action des procureurs se trouvera sur le terrain intentionnel : par exemple, le meurtre jugé aux assises pourra se muer en accident, puisque l'intention d'occire n'aura pas été retenue lors de la phase d'instruction.

A. Une défiance face aux jurés

Un Tiens vaut, ce dit-on, mieux que deux Tu l'auras :
L'un est sûr, l'autre ne l'est pas⁶⁰².

Le *Code pénal* de 1810 est clair sur la question : les peines afflictives et infamantes sont des peines criminelles⁶⁰³. Le *Code d'instruction criminelle* de 1808 est, lui aussi, limpide : les crimes sont jugés par un jury⁶⁰⁴. Par conséquent, toutes les infractions qui posent des peines criminelles sont jugées par un jury. Ainsi, plus l'atteinte au corps de l'accusé est grande, plus elle est garantie par le recours à une condamnation sur la culpabilité prononcée par ses pairs.

De fait, si la poursuite estime qu'une peine criminelle doit s'appliquer aux exactions, il faut par principe passer par le jury de jugement qui décidera de la culpabilité ; ensuite, les juges pourront prononcer la peine qui correspond aux actes retenus. Seulement, dans les faits, nous avons pu voir que les jurés avaient tendance à acquitter mais, plus encore, à amoindrir les faits retenus par l'acte d'accusation dressé par le juge d'instruction, et à ne pas suivre le réquisitoire définitif du procureur de la République.

Ainsi, une forme de défiance face aux jurés semble se mettre en place par le recours à la correctionnalisation. La correctionnalisation c'est le « fait de réduire un crime en un délit correctionnel »⁶⁰⁵ ; c'est donc une « technique procédurale par laquelle le ministère public et le juge de jugement négligent volontairement un élément constitutif ou une circonstance aggravante d'un crime »⁶⁰⁶, pour n'en faire qu'un délit.

Or, l'article 193 du *Code d'instruction criminelle* de 1808 expose nettement que :

Si le fait est de nature à mériter une peine afflictive ou infamante, le tribunal [correctionnel] pourra décerner de suite le mandat de dépôt ou le mandat d'arrêt ; et il renverra le prévenu devant le juge d'instruction compétent⁶⁰⁷.

⁶⁰² Jean DE LA FONTAINE, « Le petit Poisson et le Pêcheur », *Choix de fables*, 22^e éd., Paris, Delalain Frères, 1878, p. 36.

⁶⁰³ *Code pénal* de 1810, art. 6, 7 et 8.

⁶⁰⁴ *Code d'instruction criminelle* de 1808, art. 231.

⁶⁰⁵ V^o « Correctionnalisation », dans Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., *op. cit.*, p. 273.

⁶⁰⁶ *Ibid.*

⁶⁰⁷ *Code d'instruction criminelle* de 1808, art. 193.

Il apparaît donc que, si le Tribunal correctionnel est mis face à un crime, il doit se dédire et transférer le cas à l'instruction pour un jugement devant la Cour d'assises, en soulevant son incompétence. De fait, la correctionnalisation démontre la connivence entre le parquet, l'instruction, et les magistrats des tribunaux correctionnels : l'instruction reste silencieuse, le parquet amoindrit les faits, et les tribunaux correctionnels ne soulèvent pas leur incompétence.

En d'autres termes :

La correctionnalisation ne peut réussir que dans la mesure où tout le monde respecte la conspiration du silence et entérine la pratique sur laquelle elle repose. Nous voulons dire par là que, si une partie au procès rompt ce silence et soulève l'exception d'incompétence, c'en est fini, et le tribunal devra respecter la loi et admettre l'exception⁶⁰⁸.

De fait, c'est bien une violation de la loi qui est organisée, venant rompre le principe de la légalité du droit criminel : l'infraction n'est pas jugée devant les bonnes personnes, pour les bons faits. Loin d'être sanctionnée par la Chancellerie, ou de rester obscure, la pratique est bien connue voire, saluée :

Ainsi que j'avais l'honneur de l'exposer à Votre Majesté dans le rapport de 1858, il y a lieu d'attribuer, en partie du moins, la diminution progressive du nombre des vols qualifiés à la sévérité qu'apportent, depuis quelques années, les juges d'instruction de concert avec le ministère public, dans l'admission des circonstances aggravantes relevées dans les procès-verbaux. Convaincus que ces circonstances ne seraient pas admises par le jury, ils les écartent et renvoient les prévenus en police correctionnelle. **Sans désapprouver ce mode de procéder, inspiré par une sage prévoyance, et qui concilie les intérêts des prévenus et ceux de la société**, je ne cesse de recommander aux magistrats d'en user avec une grande réserve⁶⁰⁹ [nous soulignons].

Dans ce rapport, nous pouvons effectivement relever que la pratique de la correctionnalisation est bien connue par les magistrats, jusqu'à la Chancellerie et même l'empereur en 1859. Cet extrait met également en avant la défiance certaine des

⁶⁰⁸ Lucien REMPLON, *Pratique du ministère public : rôle et attributions du magistrat du parquet*, tome 1, Paris, Éditions administratives centrales, 1981, Chap. 2, Section 4 « La correctionnalisation, ses limites, ses dangers », tel que cité par Xavier MOROZ, « Les initiatives procédurales des parquets au XIX^e siècle », art. cit., p. 93.

⁶⁰⁹ *Compte général de l'administration de la justice criminelle en France pendant l'année 1859, présenté à sa majesté l'Empereur par le garde des Sceaux, ministre de la Justice*, Paris, Imprimerie impériale, 1860, p. VII.

magistrats à l'égard des jurés. De fait, si l'on veut condamner avec rigueur, mieux vaut se contenter d'une peine correctionnelle certaine, puisque prononcée par des magistrats, qu'une peine criminelle, certes plus sévère, mais aléatoire. Un tien vaut mieux que deux, donc.

C'est ainsi que la pratique de la correctionnalisation, qui se développe au XIX^e siècle, perdure encore aujourd'hui, ce qui est particulièrement vrai pour les viols qui sont requalifiés d'agressions sexuelles⁶¹⁰. Elle n'aura pas disparu, continuant de s'épanouir au prix d'une torsion des textes, comme le décrit Henri Verdun (18??-1944), dans sa fameuse étude sur la correctionnalisation :

Peu à peu avec l'assentiment de la Chancellerie et le consentement de la Cour de cassation, cette habitude s'est généralisée : la loi est plus ou moins ouvertement tournée ; les éléments du crime sont négligés, ceux du délit sont seuls retenus, une peine correctionnelle est prononcée⁶¹¹.

Par conséquent, il nous semble effectivement que la correctionnalisation, qui apparaît au XIX^e siècle, se fait en réponse aux méfiances qui existent à l'encontre des jurés. Cette forme de défiance de la magistrature pour ces juges provisoires et non formés au droit s'explique par la trop forte clémence du jury, ce qui est rappelé par la Chancellerie. Aussi, les magistrats préfèrent entretenir une forme d'entre-soi, où chacun se garde de relever la violation de la loi, pour permettre une condamnation correctionnelle certaine en lieu et place d'une sanction criminelle incertaine. Il nous faut désormais étudier sur quels fondements les magistrats se reposent pour correctionnaliser.

B. Une relecture des faits par le truchement de l'intention

Il découle du phénomène même de correctionnalisation que des pans de l'action criminelle ne sont pas pris en compte pour correctionnaliser le crime et le transformer en délit. Nous posons l'hypothèse qu'un des aspects qui jouera le plus sera l'intention.

⁶¹⁰ Catherine LE MAGUERESSE et Anne-Laure MADURAUD, « Ces viols qu'on occulte : critique de la "correctionnalisation" », art. cit., p. 32-35.

⁶¹¹ Henri VERDUN, *Des pratiques judiciaires de correctionnalisation*, Aix-en-Provence, Roubaud, 1922, p. 8.

Cette hypothèse peut être soutenue par notre analyse des archives, et plus spécifiquement des dossiers de procédure. Cette ressource nous démontre comment, avec un seul fait, plusieurs histoires peuvent être écrites. Prenons l'exemple d'une rixe qui dégénère et cause la mort d'un individu⁶¹² – c'est là l'une des hypothèses les plus courantes, outre les cas de ce que nous appellerions désormais des féminicides.

Les faits sont identiques, mais l'histoire racontée dans le for intérieur des personnes qui interviennent au cours de l'enquête sera différente. Le cas topique est celui d'une rixe qui dégénère et est appréhendée en tant que tel par les officiers de police. Ils noteront alors dans le procès-verbal initial « Coups et blessures volontaires ». L'intention retenue est uniquement celle de donner des coups au cours de la bagarre, c'est notre histoire processuelle initiale. Finalement, la victime succombera à ses blessures quelques jours plus tard. L'incrimination devient donc « coups et blessures volontaires entraînant la mort sans intention de la donner ». L'histoire est donc écrite une nouvelle fois, les faits sont réimaginés au prisme de ce nouveau résultat : cette fois, la personne avait une certaine idée que ses coups pouvaient entraîner la mort ; on lui reproche donc, sur le fond, son imprudence. Puis, au cours de l'instruction, on apprend que l'accusé avait déjà eu des altercations avec la victime, et qu'il aurait proféré, sous le coup de la colère, « la prochaine fois je ne vais pas te rater ! ». Nous passons des coups et blessures volontaires à l'homicide volontaire⁶¹³ voire, l'homicide volontaire prémédité. L'histoire est alors ici réécrite avec un aspect intentionnel quant à l'homicide, ce qui était parfaitement absent lors des premières constatations, puisque la victime était encore en vie.

Nous relevons alors que la variable d'ajustement, outre le décès de la victime qui intervient en cours d'enquête, tient dans l'intention qui est projetée sur l'action. Plus elle est forte, plus elle nous emmène sur le chemin du crime. À défaut, nous tomberions sous le coup de l'article 311 du *Code pénal* de 1810, par exemple, qui propose une peine d'emprisonnement⁶¹⁴. Nous irions donc sur le terrain d'une responsabilité délictuelle et non pas criminelle : il est tout à fait envisageable qu'une blessure ne cause pas plus de 20 jours d'incapacité de travail, mais soit pourtant mortelle, comme le serait un coup porté à la tempe.

⁶¹² Comme c'est le cas du dossier D 2U 8 97, dans une affaire du 8 avril 1880, consulté aux Archives de Paris.

⁶¹³ C'est par exemple le cas du dossier des Archives de Paris, D 2U 8 34, du 18 janvier 1875.

⁶¹⁴ *Code pénal* de 1810, art. 311.

Nous supposons donc que, conscients du déficit définitionnel de l'intention et de son caractère absolument évanescent, les magistrats la mobilisent pour correctionnaliser les infractions. Dans les hypothèses d'homicides, il suffit pour cela de masquer l'intention homicide qui, de toute façon, n'intéresse que très peu le procès et est souvent déduite des faits. Il suffira alors d'opérer une autre déduction des faits, de réécrire l'histoire sans évoquer d'intention homicide, et le crime pourra devenir un délit.

Un autre indice nous conforte en ce sens, que nous trouvons sous la plume d'Henri Verdun, encore une fois, qui nous explique que :

L'évolution de notre législation est significative de ce point de vue. Par réaction contre l'arbitraire des peines le Code du 3 brumaire an IV imposait pour chaque délit une peine unique ; le Code de 1810 a laissé au magistrat le choix entre un maximum et un minimum. Puis les circonstances atténuantes avec leurs extensions successives, la loi de sursis, les dispositions relatives aux infractions commises par les mineurs, la création des tribunaux pour enfants et adolescents **permirent au juge de mieux proportionner la peine à l'intelligence, à la responsabilité, à la moralité du coupable.** La correctionnalisation se rattache à cette tendance générale vers *l'individualisation de la peine*, qui prend une place chaque jour plus grande dans le droit pénal⁶¹⁵ [nous soulignons].

Comme le souligne cet auteur, la correctionnalisation intervenait également pour mieux adapter la peine au prévenu, en regardant son « intelligence », sa « responsabilité » et même « la moralité du coupable », autant d'éléments qui peuvent entrer en résonance avec l'intention. C'est donc également au regard de l'intention que l'on s'imagine avoir dominé la scène, de la dose de responsabilité que l'on veut bien voir dans l'action, que la correctionnalisation est faite.

Ce faisant, la correctionnalisation est à la fois construite en mobilisant l'intention, mais également en regardant l'intention. Elle est faite en mobilisant l'intention quand il s'agit de revoir les faits en diminuant la dose intentionnelle de l'action, ce qui est presque invisible, pour ne pas dire impossible à déceler ; elle est faite en regardant l'intention quand les juges estiment qu'une peine criminelle ne conviendrait pas pour tel ou tel autre accusé.

⁶¹⁵ Henri VERDUN, *Des pratiques judiciaires de correctionnalisation*, op. cit., p. 108-109.

La solution est donc parfois généreuse, et cherche à individualiser la peine de manière assez contre-intuitive. Cela n'en demeure pas moins illégal comme le soulève Ortolan (1802-1873) :

Cela s'appelle correctionnaliser les affaires. Le mot n'est pas plus français que le procédé n'est légal. Les juridictions d'instruction sortent ici évidemment de la ligne de leur devoir. Elles prétendent corriger la loi par la fraude à la loi. Ce que le législateur seul pourrait et devrait faire en modifiant les dispositions pénales, elles s'arrogent le droit de le faire au moyen du silence sur les faits ou du mensonge par prétérition⁶¹⁶.

De ces quelques lignes nous voyons que non seulement le principe est illégal, mais également qu'Ortolan ne semble se préoccuper que des atteintes matérielles aux faits pour créer la correctionnalisation. Cela pourrait être vu comme une opposition formelle à notre argumentation selon laquelle c'est l'intention qui est mise en jeu pour modifier notre appréhension de l'incrimination. Seulement, faits et intention sont liés. Il est donc des cas où les faits sont modifiés, ce qui change l'intention ; d'autres où seule l'intention sera vue différemment, et peut-être inconsciemment. Les faits sont reliés à l'intention en ce que l'intention découle des faits, de leur description⁶¹⁷ – nous y reviendrons.

Ainsi, il apparaît donc que l'intention peut être l'instrument ou le motif de la correctionnalisation, qui est donc effectivement effectuée par le truchement de cette notion. Plus encore, la déformation peut être matérielle ; mais force est de constater qu'une modification matérielle entraîne une modification de l'intention chez l'agent : elle n'est plus construite sur les mêmes fondements.

Nous avons donc pu voir en quoi la correctionnalisation était permise par une certaine forme de confiance retrouvée dans la magistrature. La manifestation la plus évidente est le remplacement du jury d'accusation par le juge d'instruction, donc d'un mécanisme de participation du peuple à l'instruction, par un magistrat professionnel. Cela n'aurait pas été possible sans regain de confiance dans le corps de la magistrature. En parallèle, la correctionnalisation a été avalisée par la pratique et par la Chancellerie, ce qui démontre une nouvelle fois la confiance attribuée aux magistrats qui savent, mieux que personne visiblement, si une affaire doit être portée devant la Cour

⁶¹⁶ Joseph-Louis-Elzéar ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, 3^e éd., tome 1, Paris, Plon, 1864, p. 433-434.

⁶¹⁷ Yves JEANCLOS, *La justice pénale en France. Dimension historique et européenne*, *op. cit.*, p. 56.

d'assises ou devant le Tribunal correctionnel. Une variable d'ajustement pour permettre ce phénomène sera l'intention. Cette dernière est donc laissée à la libre appréciation des juges qui se retrouvent sans cadre pour l'appréhender.

§ 2. Une jurisprudence constante sur la reconnaissance de l'intention : le constat d'un échec méthodologique

Dans ce paragraphe, nous souhaitons analyser la jurisprudence sur la question de l'intention. En effet, comme nous l'avons vu, l'intention est un outil qui peut être mobilisé pour correctionnaliser. Ce faisant, le crime n'en est plus un, devient un délit, et n'est plus jugé par un jury mais par des magistrats professionnels. De fait, nos statistiques criminelles sur les dossiers de procédure criminels ne sont ici d'aucune utilité.

Nous avons donc voulu réaliser le même travail en matière correctionnelle, mais nous nous sommes heurtés à un obstacle de taille. Il pourrait sembler étrange de conserver un paragraphe qui traite de cette question. Il sera finalement assez ramassé, et servira à expliquer nos déboires méthodologiques pour les soumettre à discussion. Également, même sans les analyses statistiques, nous pouvons toujours émettre des hypothèses, qu'il reviendra peut-être à d'autres de confirmer ou d'infirmer. Ces hypothèses sont des hypothèses de travail, donc, mais ne sont pas dénuées de toute logique.

D'un point de vue méthodologique, nous avons souhaité consulter les dossiers qui reprennent les décisions des tribunaux correctionnels aux archives départementales de la Gironde. Néanmoins, la démarche fut laborieuse du fait du mauvais état de la sous-série et du manque de classement des affaires. Nous nous sommes donc rabattus sur la sous-série 2U, en allant rechercher les arrêts de la Chambre correctionnelle de la Cour d'appel. En outre, il nous semblait intéressant de nous focaliser sur les arrêts d'appel puisqu'ils comportent un rappel des faits de la première instance ainsi qu'un second raisonnement juridique. Il y a donc deux fois plus de chances pour que l'intention apparaisse dans l'une ou l'autre phase.

Néanmoins, il n'en est rien. Les descriptions sont éminemment matérielles et, même en considérant que l'intention doit ressortir des faits, nous avons bien peu

d'indices pour attester de telle ou telle volonté. En voici un exemple, retranscription d'un arrêt :

Fait

[X], arrêté pour avoir, dans la nuit du 6 au 7 février dernier, volé un troupeau de brebis au préjudice du nommé Blanchard de la commune de Gransac, fut traduit devant le Tribunal correctionnel d'Angoulême qui par son jugement du 14 avril suivant le condamna à Cinq années d'emprisonnement et ordonna qu'après avoir subi cette peine, il demeurerait le même nombre d'année sous la surveillance de la haute police d'État et fixa à Cent francs le cautionnement de bonne conduite qu'il devrait fournir.

Les motifs de ce jugement furent pris de ce qu'il résultait des débats et des aveux même du prévenu que dans la nuit du 6 au 7 février dernier, celui-ci s'était rendu coupable du vol qu'on lui imputait ; que les brebis volées avaient été trouvées dans le domicile de [X] ; que le lieu devant lequel [Y] renfermait son troupeau était séparé de la maison d'habitation, et n'était fermé que par un seul verrou placé en-dehors, que ce délit par conséquent était dans la classe de ceux prévus par l'art. 401 du code pénal.

Sur l'appel interjeté par [X] du sus dit jugement, la cause a été portée en la cour et appelée à l'audience ce jour. Le prévenu a lui-même présenté ses observations et demanda l'indulgence de la Cour.

[Z], Avocat général, après avoir résumé l'affaire a convenu à la confirmation du jugement rendu le 14 avril dernier par le Tribunal de police correctionnelle d'Angoulême.

Sur Quoi,

Ouï le rapport publiquement fait à l'audience par M. B, ainsi que le prévenu et ses observations, ouï également M. l'Avocat général en ses conclusions verbales.

Adoptant les motifs qui ont déterminé les premiers juges qui sont exprimés au jugement dont est appelé.

La Cour met au néant l'appel interjeté par [X] du jugement rendu le quatorze avril dernier par le tribunal correctionnel d'Angoulême, ordonne que le dit jugement sortira son plein et entier effet, condamnant l'appelant aux dépens taxé à Cinq cent francs et Cinquante centimes [...] ⁶¹⁸.

Nous le voyons, les éléments sont éminemment factuels. L'arrêt reprend le fondement juridique de la première instance, qui mobilise l'article 401 du *Code pénal*, pour appréhender l'action. L'article 401 dispose que :

Les autres vols non spécifiés dans la présente section, les larcins et filouteries, ainsi que les tentatives de ces mêmes délits, seront punis d'un emprisonnement d'un an

⁶¹⁸ ADG, 2 U 495, 2 juin 1825.

au moins et de cinq ans au plus, et pourront même l'être d'une amende qui sera de seize francs au moins et de cinq cents francs au plus⁶¹⁹ [nous soulignons].

Il s'agit donc d'une espèce de vol spécifique, qui ne rentre pas dans le cadre de toutes les précisions matérielles données par le *Code pénal* aux articles 380 et suivants⁶²⁰. Néanmoins, il s'agit tout de même d'un vol, action qui est définie comme suit : « Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas, est coupable de vol »⁶²¹. Il y a donc, encore une fois, la notion de soustraction frauduleuse qui doit jouer pour punir convenablement. Notre arrêt ne l'évoque pas. L'intention est une nouvelle fois présente dans son absence. Nous n'avons pas d'autres éléments que des hypothèses pour estimer qu'elle est prise en considération par les magistrats.

Le vol est essentiellement analysé par ses éléments les plus matériels, ce qui permet de déterminer quel ou quels articles du Code de 1810 doivent trouver application. S'agissait-il d'un vol commis de nuit ? En escaladant une clôture ? Dans une habitation ? Etc. autant de questions qui guident les magistrats pour appliquer l'incrimination de la manière la plus précise possible. Cependant, l'*a priori* général, qui tient dans la preuve de la soustraction frauduleuse, n'est pas démontré. Nous postulons donc qu'il se déduit *naturellement* des faits ; la soustraction frauduleuse est démontrée dès lors que les autres éléments matériels sont attestés, en faisant l'impasse sur la démonstration d'une intention de vol, sans distinction avec les actions connexes telles que l'emprunt par exemple.

C'est en cela que nous parlons d'un échec méthodologique. Les sources à notre disposition ne nous permettent pas d'aller plus loin que de simples conjectures. Ces conjectures sont certes appuyées sur quelques éléments concrets, mais nous n'avons pas accès à l'ensemble de la motivation des magistrats, qui pourrait nous démontrer, ou infirmer que l'intention a été prise en considération dans les arrêts consultés⁶²². C'est cette même motivation qui va désormais faire l'objet de nos développements.

⁶¹⁹ *Code pénal* de 1810, art. 401.

⁶²⁰ *Code pénal* de 1810, art. 380-400.

⁶²¹ *Code pénal* de 1810, art. 379.

⁶²² ADG, 2 U 491 à 2 U 510 (1808-1860).

§ 3. La motivation de l'intime conviction : histoire de l'impossible

Avec la législation napoléonienne, nous avons déjà pu constater que l'exigence de motivation se faisait encore plus forte sur les magistrats. Seuls les jurés en sont exempts puisque la loi leur demande de se fonder uniquement sur leur intime conviction⁶²³. Nous supposons qu'aucun article ne précise que les magistrats statuent selon leur conviction, qu'elle soit intime ou non, puisqu'ils doivent motiver.

Néanmoins, l'obligation contemporaine de motivation pour les décisions rendues par les jurés nous démontre que le droit sait parfaitement articuler ses contradictions et demander, dans un même article, que les jurés motivent leur intime conviction, ce qui peut sembler antinomique. Il nous apparaît donc que la démarche des magistrats peut être rigoureusement identique, sans être annoncée formellement par le *Code d'instruction criminelle*. De fait, peut-être est-il illusoire de parler d'une motivation, quelle qu'elle soit (A).

Finalement, l'intime conviction des jurés, qui vient remplacer l'arbitraire des magistrats, serait donc toujours présente, depuis le début de la législation napoléonienne. La pudeur pousse à ne pas évoquer frontalement la notion d'intime conviction pour des magistrats qui doivent statuer dans le respect des textes, et rien que les textes, et encore moins d'arbitraire ; néanmoins, le constat est là : face à des textes lacunaires, sorte de partition trouée, les juges pourront alors jouer de leur interprétation pour statuer (B).

Une nouvelle fois, alors que les faits peuvent être appréhendés différemment, cette différence repose très souvent sur l'intentionnalité que nous projetons dans l'action, et donc celle que les magistrats projettent eux aussi. Sans intention, le vol devient un emprunt ; sans volonté, le meurtre est un accident, etc. Et puisque l'intime conviction se retrouverait également chez les magistrats, ils auraient donc toute la latitude pour apprécier librement l'intention qui dominait chez l'agent au moment de la commission de son acte.

⁶²³ *Code d'instruction criminelle* de 1808, art. 342.

A. La mise en crise du fondement même de la motivation

La motivation c'est l'« ensemble des motifs d'un jugement »⁶²⁴, tout en sachant que les motifs sont le « fondement ; cause de justification ; raison de principe ou de circonstances invoquée pour justifier une décision ou un comportement »⁶²⁵. La motivation a été érigée pour contrer l'arbitraire des magistrats, posée par la loi des 16-24 août 1790, article 15 du titre V :

La rédaction des jugements, tant sur l'appel qu'en première instance, contiendra quatre parties distinctes. [...]

Dans la troisième, le résultat des faits reconnus ou constatés par l'instruction, et les motifs qui auront déterminé le jugement, seront exprimés⁶²⁶.

Il s'agit d'une nouveauté en ce que les magistrats, sous l'Ancien Régime, n'avaient pas de comptes à rendre : l'arbitraire dominait⁶²⁷. D'abord vue de manière méliorative, la connotation offerte à ce terme s'est fortement dégradée sous la poussée fiévreuse des Lumières⁶²⁸. La peur des juges, qui doivent être muselés, pousse donc à cette limitation ultime qui leur demande de préciser les motifs de la condamnation, pour qu'ils puissent être non seulement contrôlés, en mobilisant les voies de recours, mais également, pour que les parties puissent comprendre la décision judiciaire⁶²⁹.

De plus, et comme étudié dans le Chapitre 2 de ce travail, l'exigence de motivation reprise par le *Code des délits et des peines* de 1795, a été accentuée dans le *Code d'instruction criminelle* de 1808 : alors que le terme apparaissait à 5 reprises dans le premier, il y a 12 occurrences dans le second. En particulier, l'article 163 du Code de 1808 dispose que « Tout jugement définitif de condamnation sera motivé, et les termes de la loi appliquée y seront insérés, à peine de nullité »⁶³⁰. Il n'y a donc aucun doute sur l'exigence de motivation pour les magistrats.

⁶²⁴ V° « Motivation », dans Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., *op. cit.*, p. 666.

⁶²⁵ V° « Motif », *Ibid.*, p. 666.

⁶²⁶ *Loi des 16-24 août 1790*, Titre V, art. 15.

⁶²⁷ Serge DAUCHY et Véronique DEMARS-SION, « La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit : principe ou usage ? », *Revue historique de droit français et étranger*, 2 (2004), p. 171-188.

⁶²⁸ Voir notamment Nicole CASTAN, « La justice en question en France à la fin de l'Ancien Régime », *art. cit.*, p. 23-34.

⁶²⁹ Cécile CHAINAIS, « La motivation des sanctions, entre dits et non-dits », *Les Cahiers de la Justice*, 2 (2014), p. 242.

⁶³⁰ *Code d'instruction criminelle* de 1808, art. 163.

Cette exigence heurte même l'accusation, puisque l'article 231 du *Code d'instruction criminelle* dispose que :

Si le fait est qualifié crime par la loi, et que la cour trouve des charges suffisantes pour motiver la mise en accusation, elle ordonnera le renvoi du prévenu soit aux assises, soit à la cour spéciale, dans le cas où cette cour serait compétente, d'après les règles établies au titre VI du présent livre⁶³¹.

Ainsi, dès qu'intervient un magistrat professionnel, son action est soumise à l'exigence de motivation, quel que soit le stade de la procédure, que nous regardions la mise en accusation, comme le jugement.

En parallèle, l'intime conviction est par principe réservée aux jurés. Le terme apparaît 12 fois dans le Code (2 fois à l'article 133), dont 11 fois dans des articles (il est mobilisé une fois dans un sous-titre). Sur ces 11 occurrences, 9 sont utilisées pour évoquer l'expression de pièce à conviction ; le Code ne vise donc que deux fois l'intime conviction ou la conviction personnelle. Ces deux apparitions sont celles des articles 312 et 342, qui traitent des jurés. Nous pouvons donc en déduire que les magistrats professionnels ne sont pas, légalement, concernés par l'intime conviction ; ils en seraient même exclus⁶³².

Cette affirmation paraît logique en ce qu'ils doivent motiver leurs décisions. Il serait paradoxal de motiver juridiquement une décision fondée sur une intime conviction qui, par physionomie, peut être moulée dans une subjectivité débridée. Pourtant, depuis 2011, les jurés doivent motiver leur intime conviction. Le *Code de procédure pénale* dispose en effet que :

Sous réserve de l'exigence de motivation de la décision, la loi ne demande pas compte à chacun des juges et jurés composant la cour d'assises des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve ; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule

⁶³¹ *Code d'instruction criminelle* de 1808, art. 231.

⁶³² Pour une analyse détaillée, nous renvoyons aux annexes de ce travail ; plus particulièrement, Annexe VII – La recherche de l'intention dans le *Code d'instruction criminelle* de 1808.

question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : « **Avez-vous une intime conviction ?** »⁶³³ [nous soulignons].

C'est donc la preuve que l'intime conviction n'est pas absolument incompatible avec l'exigence de motivation des magistrats. C'est d'ailleurs ce que nous avons pu retrouver, de manière contemporaine, chez les magistrats et magistrates que nous avons pu interroger au cours d'entretiens semi-directifs⁶³⁴. Lorsqu'au cours des discussions était abordée la question de l'intime conviction, seuls deux magistrats sur les 19 interrogés ont nié son existence dans leur office, en précisant qu'ils sont tous les deux juges d'instruction⁶³⁵. Pour les autres, l'intime conviction est fortement présente dans leur métier, qu'elle soit inscrite ou non dans les textes, comme le démontrent ces extraits représentatifs de notre échantillon :

E.M-1 : Et au résultat d'une opération judiciaire, de dire que compte tenu de tels ou tels éléments et de ce que, nous, on croit être la vérité, et avec les éléments sur lesquels on se base pour réfléchir et raisonner, **pour vérifier notre intime conviction finalement**, on considère que la vérité c'est celle-là⁶³⁶ [nous soulignons].

E.M-2 : Parfois, l'addition des éléments objectifs et précis suffira, mais... oui je travaille sur mes propres convictions ! Et je veux... peut-être parce qu'il y a mon expérience des différentes fonctions, mais... je crois que le pire des dangers, c'est de rester enfermé dans l'impression qui est la nôtre dès le départ... [...] Quand vous êtes 3 juges, avec les mêmes éléments vous pouvez aussi... faire peser des doutes qui... que vous aviez levés, d'autres les ont encore, et c'est dans l'échange... collégial, avec les éclairages donnés par le procureur et donnés par les avocats de la défense, qu'on va pouvoir se forger une conviction commune⁶³⁷.

La conviction peut donc être quelque chose à rechercher, prouver, forger, comme quelque chose à laquelle il faut faire attention, et ne pas se laisser envahir par elle. Néanmoins, dans tous les cas, elle existe dans l'office du juge, alors même que les textes ne la prévoient pas⁶³⁸. Seulement, les textes ne peuvent aller contre des comportements instinctifs qui nous poussent à préconcevoir les choses avant même

⁶³³ Code de procédure pénale de 2021, art. 353. L'article 365-1 vient également préciser ce qu'il faut entendre par motivation, et pose la procédure de la motivation.

⁶³⁴ Les précisions sur la méthodologie de l'enquête sont données dans l'introduction de ce travail.

⁶³⁵ E.M-4, entr. cit., janvier 2021.

⁶³⁶ E.M-1, entr. cit., décembre 2020.

⁶³⁷ E.M-2, entr. cit., décembre 2020.

⁶³⁸ Jean-Marie FAYOL-NOIRETERRE, « L'intime conviction, fondement de l'acte de juger », *Informations sociales*, 7 (2005), p. 46-47.

d'arriver à la fin d'un dossier pour les juges. C'est ici que leur intime conviction joue et s'épanouit.

Précisons néanmoins que notre propos n'est qu'une hypothèse, confortée par nos entretiens. Cependant, il ne nous semble pas erroné ou impossible que cette intime conviction soit présente, en marge des textes, chez les magistrats du XIX^e siècle. Nous n'avons pas de preuve matérielle de cela, puisque nous ne pouvons nous entretenir avec eux pour d'évidentes raisons. De plus, il convient d'ajouter que même les magistrats actuels ont tendance, dans un premier mouvement, à nier l'existence de leur subjectivité dans les décisions. Souvent, ce n'est que dans un second temps qu'ils finissent par concevoir et admettre leurs décisions comme le produit d'une certaine subjectivité, portée par l'intime. Cette remarque se vérifie dans l'ensemble de nos entretiens, dont voici un exemple :

Je ne sais pas si on peut le voir... je pense que si on regardait 20 jugements de moi, on découvrirait peut-être une forme de subjectivité... voilà. Après ça il y a un peu une différence aussi peut-être entre le parquet et le siège. Au siège on s'efforce de pas trop mettre de subjectivité, mais je... ce que je vous disais, on peut toujours s'efforcer... l'appréciation d'éléments peu intangibles tels que l'intention... on... évidemment qu'on y met un peu de subjectivité... et sur le... sur la gravité des faits aussi... la notion de la gravité, c'est une notion qui, qu'on le veuille ou non, qui est subjective !⁶³⁹

Il semble découler de tout cela que la motivation, rigoureusement juridique, ne serait qu'un mythe ou, plus précisément, une illusion. Matériellement, les textes imposent une motivation et excluent l'intime conviction, dans un souci logique de difficile motivation juridique d'une intime conviction. L'ensemble se craquèle rétroactivement depuis que les jurés, dont la décision repose sur l'intime conviction, doivent motiver leurs arrêts. Cela jette le trouble sur les décisions des magistrats, puisque s'ils doivent motiver, nous avons désormais la preuve que motivation et intime conviction peuvent juridiquement cohabiter. Il est donc possible d'imaginer que, extrajudiciairement, leur intime conviction existe, et qu'elle soit ensuite dissimulée par une motivation juridique – comme le font les jurés. Cette intuition est confortée par les magistrats en poste, qui abondent en ce sens. Il sera donc intéressant pour nous d'aller sur le terrain de l'intention, pour imaginer les conséquences

⁶³⁹ E.M-11, entr. cit., mars 2021.

pratiques d'une telle hypothèse, ce que nous allons désormais nous employer à réaliser.

B. La préséance d'un arbitraire dissimulé sur l'intention

L'intime conviction est une expression apportée par le jury⁶⁴⁰. Nous avons posé l'hypothèse que c'est cette appellation qui domine, et non celle de l'arbitraire, puisque ce dernier est désormais connoté péjorativement au commencement de la Révolution de 1789, qui saura importer d'Angleterre quelques pans de procédure accusatoire. Cependant, l'arbitraire lui est fortement semblable, si on épure le terme de ses connotations péjoratives. En effet, ce n'est qu'à partir de 1762 que le vocable se pare d'une coloration péjorative dans le *Dictionnaire de l'Académie française*⁶⁴¹. Avant, il était défini comme « ce qui dépend de la volonté des Juges, de prononcer, de statuer »⁶⁴². Cela ressemble fortement à ce que nous pouvons entendre par intime conviction, une fois la terminologie importée dans notre droit. De fait, il nous est permis de dire que les magistrats, puisqu'ils peuvent user de leur intime conviction, ont finalement pu conserver une part d'arbitraire dans leur raisonnement et leurs décisions ; seulement, ils ne peuvent plus, à la différence de la situation antérieure à la Révolution de 1789, s'éloigner de la loi en matière de peine. En outre, il existe désormais des voies de recours pour sanctionner les éventuels abus.

Seulement, l'abus sera qualifié en regard d'un texte qui aura été violé, c'est là le fondement même de la cassation⁶⁴³. *Quid* de l'intention qui est dans les textes sans y apparaître nettement ? Malgré nos efforts, nous n'en avons pas trouvé de définition pleinement opérante qui pourrait guider l'action des magistrats sur ce terrain. Outre un problème latent de légalité, se pose aussi la question de l'interprétation stricte dans la mesure où cette notion, finalement introduite dans la législation par la pratique, n'est pas encadrée.

⁶⁴⁰ Pierre-Charles RANOUIL, « L'intime conviction », art. cit, p. 85-101.

⁶⁴¹ V° « Arbitraire », *Dictionnaire de l'Académie française* [en ligne], 4^e éd., 1762 [consulté le 7 janvier 2022], URL : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A4A1350>.

⁶⁴² V° « Arbitraire », *Dictionnaire de l'Académie française* [en ligne], 3^e éd., 1740 [consulté le 7 janvier 2022], URL : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A3A0996>.

⁶⁴³ Jean-Louis HALPÉRIN, *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, op. cit., p. 100-101.

Souvent nous avons parlé de corollaires du principe de la légalité, au rang desquels nous placions l'interprétation stricte des textes. L'interprétation stricte ne peut que découler de la légalité, et non l'inverse, puisqu'il est d'abord utile d'avoir un fondement légal pour interpréter en suivant la ligne directrice supposément imposée par le législateur. Or, pour l'intention, il n'en est rien. Les magistrats sont donc laissés seuls, avec leur intime conviction – ou leur arbitraire.

Il est donc intéressant de regarder l'intention, parce qu'elle ouvre une nouvelle porte d'analyse du rôle et de la position de la magistrature. Les faits ne peuvent être inventés, les éléments matériels ne sont pas des éléments qui, par leur nature, peuvent être malléés facilement et à merci. Ils sont attestés par des procès-verbaux, des auditions, des interrogatoires, un travail d'enquête et, plus tard, par des expertises qui seront de plus en plus nombreuses⁶⁴⁴, qu'elles soient balistiques, d'établissements d'un plan des lieux, ou d'examens de la personnalité⁶⁴⁵.

L'intention, en revanche, se saisit dans les faits, elle se comprend et se construit, ce n'est pas un produit déterminé ou donné. Les magistrats vont donc mobiliser tous les éléments portés à leur connaissance pour se positionner et reconstruire l'intention de l'action, ou l'intention dans l'action⁶⁴⁶. Bien que cette notion centrale ne soit pas définie, nous pourrions nous rassurer en estimant que la décision sera motivée, et ne pourra donc pas aller dans un sens absolument contraire. Ce serait oublier nos propos précédents sur la motivation qui peut suivre le sens que le magistrat aura décidé d'imprimer à son jugement.

Dans cette conception, le juge peut se forger une intime conviction et pourtant réussir à motiver juridiquement. Tout reposera sur la construction du scénario qu'il s'est préfiguré, et autour duquel il viendra poser sa réflexion juridique. La motivation semble n'être qu'un mirage lointain à partir du moment où les textes sont imprécis sur un point, sur une notion⁶⁴⁷. La magistrature ne peut lésiner sur la nécessité de prouver

⁶⁴⁴ Voir notamment Jean LEBRET, « Essai sur la notion d'intention criminelle », art. cit., p. 464 ; ou encore Olof KINBERG, *Les problèmes fondamentaux de la criminologie*, Paris, Cujas, 1959, p. 293.

⁶⁴⁵ Comme cela apparaît dans nos dossiers d'archive à partir de la fin du XIX^e siècle ; nous notons également une croissance presque exponentielle du nombre d'expertises, qu'elles soient psychologiques, psychiatriques, d'établissement des lieux, etc.

⁶⁴⁶ Élément puisé chez Gertrude Elizabeth Margaret ANSCOMBE, *L'intention*, Paris, Gallimard, 2002, [rééd. 1957] ; voir également Valérie AUCOUTURIER, *L'intention en action*, op. cit., p. 15 et s.

⁶⁴⁷ En l'occurrence, sur l'intention qui ne bénéficie d'aucune définition légale.

et d'attester la matérialité de l'action, encore que, notre raisonnement sur la correctionnalisation démontre que les faits ne sont pas à l'abri d'une manipulation.

Du reste, son arbitraire demeurera presque intact en matière d'intention. Les juges récupèrent ici une marge de manœuvre intéressante qui leur permet de faire varier la pénalité selon leur imagination à propos de la scène délictuelle, du scénario délinquantiel. Là encore, d'ailleurs, les magistrats en poste se rejoignent unanimement sur ce point : un scénario est construit pour réussir à saisir l'infraction et, plus loin, l'intention – l'ensemble des sondés se retrouvent sur ce point. Ce scénario apparaît assez vite, à la première lecture du dossier, en utilisant par exemple les procès-verbaux de synthèse de la police. Il sera ensuite amendé, au fur et à mesure de l'affinement des pistes de travail, pour réussir à essayer de capter la *vérité* du fait qui a été réellement commis. En voici une illustration, représentative de notre échantillon :

À la fin il va falloir que tu motives : coupable, pas coupable. Et puis après la peine etc. Donc il faut écrire le scénario, mais il faut l'écrire avec les éléments du dossier. S'il y a quelque chose dans la démonstration de culpabilité qui gêne, ce n'est pas bon. Il faut... il faut se situer, c'est pour ça que... il faut penser à l'écriture d'un scénario, mais qui colle au dossier. Si le dossier est pile poil que tout est cohérent... bon le prévenu pourra toujours dire que ce sont des extraterrestres qui sont venus tuer sa femme, ça ne tiendra pas donc on pourra toujours motiver jusqu'au bout. Le... évidemment on n'y était pas et même la vérité de la personne poursuivie qui était là elle... je pense qu'elle n'est pas... c'est pas la vérité absolue, il y a toujours des marges d'oublis, d'erreurs... je me rappelle d'une affaire criminelle, c'est classique ce que je vais dire, le gars il savait plus combien de coups de couteau il avait mis, il se rappelait du premier mais pas des 17 coups derrière. Cette vérité-là elle découle du dossier, l'intention à ce moment-là elle doit être analysée par rapport à tout cela. Et donc écrire un scénario c'est important...⁶⁴⁸

Il en ressort que, en composant avec le cadre des faits et des divers éléments qui sont apportés à la connaissance des magistrats, ceux-ci peuvent effectivement écrire le scénario le plus logique, le plus vraisemblable de l'action. De cette histoire vraisemblable découlera l'intention.

En conséquence, parce que les textes sont mutiques sur la question de l'intention, et parce que les magistrats disposent, malgré l'obligation de motivation, d'une grande part d'intime conviction, il nous semble que l'intention est appréciée

⁶⁴⁸ E.M-11, entr. cit., mars 2021.

assez librement par ces derniers. C'est en cela que nous soulevons l'hypothèse d'une préséance de l'arbitraire en matière intentionnelle. Cet arbitraire est d'ailleurs doublement nourri : d'une part il permet une appréciation libre sur l'intention ; d'autre part, l'intention lui offre le terreau fertile dans lequel planter les graines pour la germination d'une décision fondée sur l'intime conviction.

La motivation de l'intime conviction est donc rendue impossible parce que difficile à tracer. Il nous a fallu rencontrer des magistrats de profession pour en avoir un aperçu. Les textes sont sinon avarés en précisions sur ce point. Nous supposons également qu'il est presque impossible de motiver son intime conviction, et que les éléments qui seront motivés seront les éléments qui relèvent d'une certaine logique juridique, et non les éléments subjectifs qui ont prédéterminés la décision de condamnation ou de non-condamnation. Le fondement de la motivation vacille si l'on prend en considération la possibilité pour les magistrats de faire fonctionner leur intime conviction, même si cette dernière n'est pas prévue par les textes. Ce sentiment ne sort que renforcé de l'étude de l'examen de l'intention par la magistrature qui, au même titre qu'elle est laissée libre aux jurés, apparaît sans cadre contraignant devant les juges.

Section III. L'appréciation de l'intention confiée à un tiers de confiance : le corps homogène de la magistrature

Nous avons posé l'hypothèse que rédacteurs et législateur n'avaient pas tranché la question de la définition de l'intention pour ne pas avoir à statuer non plus sur la question de la responsabilité à faire prévaloir. Dans une forme de non-dit qui pouvait arranger toutes les parties, le débat a donc été reporté sur la magistrature.

Le fait que nous puissions nous reposer sur les juges est une forme de retour au système *ante-révolutionnaire*. Pendant la période révolutionnaire, il aurait été impensable de laisser aux magistrats la faculté de déterminer le type de responsabilité qui devait prévaloir toutes les fois où l'incrimination n'aurait pas été assez claire. Ce qui nous intéresse alors c'est de comprendre cette transformation qui redonne une place plus importante aux juges.

Il nous semble que, si le législateur peut se permettre de laisser un flottement concernant la définition des infractions, et plus particulièrement concernant la définition de l'intention, cela tient certainement en ce qu'il peut faire confiance dans la magistrature en qui il peut, peut-être, retrouver des traits communs. Effectivement, au gré des réformes, les magistrats se composent d'une classe formée aux mêmes disciplines, et constituent un vivier dont la base sociale est relativement homogène (§ 1).

La conséquence de cette forme d'uniformisation du corps de la magistrature pourrait avoir une incidence sur les décisions : est-ce que l'homogénéisation du socle social de la profession entraîne une forme d'homogénéisation des décisions ou, *a minima*, une ligne directrice commune ? En effet, puisque les textes sont vagues concernant l'intention, les magistrats auront certainement tendance à remplir ces trous avec leur propre subjectivité, leur *habitus* construit en communauté avec leurs pairs (§ 2).

L'intention, bien plus qu'une création textuelle, sera donc déterminée par les agents qui manient les infractions au quotidien et impulsent le sens à donner. En d'autres termes, les signifiants sont neutres, et les juges signifient pour leur donner une signification. Cette signification, fruit d'une projection mentale subjective,

emporte dans sa besace l'intention, qui se trouvera une nouvelle fois confortée par ce nouvel élément.

§ 1. La magistrature, un corps relativement homogène

Dans l'Ancien Régime, devenir magistrat correspondait à acheter un office ; il y avait donc une valeur patrimoniale transmissible⁶⁴⁹. La fin des privilèges révoque cette option et les magistrats sont désormais nommés à la suite d'une brève tentative pour les élire⁶⁵⁰. Les conditions pour la nomination sont assez restrictives et reposent notamment sur un niveau de connaissance en droit. Or, les écoles de droit ne sont plus ouvertes dans toutes les villes majeures, puisque certaines manquent à l'appel, comme c'est le cas de Bordeaux⁶⁵¹. Il y a donc une différenciation territoriale, qui se superpose à d'autres conditions qui sont celles de disposer de ressources suffisantes pour mener à leur terme les études juridiques.

De fait, le corps des magistrats est un corps homogène en ce qu'il s'agit de personnes qui ont suivi le même parcours d'études. Nous pouvons donc supposer qu'une forme d'enfermement pédagogique en découle, puisque les leçons qui sont professées sont assez identiques en ce qu'elles reposent sur une méthode exégétique – sans qu'il n'existe d'école de l'exégèse⁶⁵² (A).

Outre cette formation qui crée d'office un bagage commun à tous les postulants magistrats, la composition sociale des magistrats pour la période que nous regardons est assez homogène. La sélection qui s'opère entre ceux qui peuvent, ou non, faire des études de droit, contribue d'une harmonisation, pour ne pas dire d'une parfaite uniformité de profil des juges. Conséquemment, la base sociale est elle aussi homogène (B).

⁶⁴⁹ Pour un recul historique voir Georges PAGÈS, « La vénalité des offices dans l'ancienne France », *Revue Historique*, 3 (1932), p. 479-480 ; de manière contemporaine, voir notamment Jean NAGLE, *Un orgueil français. La vénalité des offices sous l'Ancien Régime*, Paris, Odile Jacob, 2008.

⁶⁵⁰ Céline SAPHORE, *La jurisprudence criminelle de la Cour de cassation sous la Révolution et l'Empire (1789-1810)*, *op. cit.*, p. 534 ; Yves JEANCLOS, *La justice pénale en France. Dimension historique et européenne*, *op. cit.*, p. 32-33.

⁶⁵¹ Alexandre FRAMBÉRY-IACOBONE, *Supprimée, provisoire, consacrée : la difficile renaissance de la faculté de droit à Bordeaux* » [[en ligne](#)], art. cit. ; également, Nicolas ROTHE DE BARRUEL, « Themis pour tous : l'engagement des notables pour une faculté de droit à Bordeaux au XIX^e siècle », dans Nader Hakim et Marc Malherbe (dir.), *Themis dans la cité. Contribution à l'histoire contemporaine des facultés de droit et des juristes*, Bordeaux, PUB, 2009, p. 227-281.

⁶⁵² Nader HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, *op. cit.*, notamment p. 6.

A. Un socle d'études homogène

En 1793, les facultés de droit sont fermées, dans la continuité d'un mouvement de méfiance et de défiance à l'encontre des juristes, et des élites en règle générale⁶⁵³. Il nous faut patienter jusqu'en 1804 pour que quelques écoles de droit réouvrent leurs portes⁶⁵⁴, puis 1807 pour qu'elles retrouvent l'appellation de Facultés de droit :

Art. 6. – Il y aura, dans l'Université impériale, cinq ordres de Facultés ; savoir :

1. Des Facultés de théologie ;
- 2. Des Facultés de droit ;**
3. Des Facultés de médecine ;
4. Des Facultés de sciences mathématiques et physiques ;
5. Des Facultés des lettres⁶⁵⁵ [nous soulignons].

Cette ouverture, loin de mailler l'ensemble du territoire, se fait selon des critères politiques certains. L'exemple du cas bordelais est éclairant à ce sujet. Par le passé, la ville de Bordeaux a, à de nombreuses reprises, démontré ses capacités en termes de désobéissance face à l'autorité centrale⁶⁵⁶. Or, la réouverture des écoles de droit en 1804 se fait sous la haute surveillance de l'administration centrale. La date n'est d'ailleurs pas anodine, puisqu'elle correspond à l'année de publication du *Code civil* de 1804. L'objectif était donc assez clairement affiché : des écoles d'étude du *Code civil*, pour en diffuser la connaissance, et non pas une connaissance⁶⁵⁷ :

Art. 2. – On y enseignera,

1. **Le droit civil français, dans l'ordre établi par le Code civil**, les éléments du droit naturel et du droit des gens, et le droit romain dans ses rapports avec le droit français⁶⁵⁸ [nous soulignons].

En parallèle, les magistrats devaient être élus sous la période révolutionnaire⁶⁵⁹. Cependant, ce système rencontra des déboires qui obligèrent à le repenser⁶⁶⁰. Sans en

⁶⁵³ Décret de la Convention Nationale, *qui établit trois degrés progressifs d'instruction publique*, 15 septembre 1793.

⁶⁵⁴ *Loi relative aux Écoles de droit*, du 22 ventôse an XII.

⁶⁵⁵ *Décret portant organisation de l'Université*, 17 mars 1808.

⁶⁵⁶ La ville en porte encore des stigmates avec le fort du Hâ ; sur ce dernier point, voir notamment Jean-Jacques DÉOGRACIAS, *Le fabuleux destin du fort du Hâ*, Bordeaux, Les Dossiers d'Aquitaine, 2006, p. 8-9.

⁶⁵⁷ Jean-Louis HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 49-50.

⁶⁵⁸ *Loi relative aux Écoles de droit*, du 22 ventôse an XII, art. 2.

⁶⁵⁹ « Décret portant que les juges seront élus par le peuple, lors de la séance du 5 mai 1790 », *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, 15 (1883), p. 390.

⁶⁶⁰ Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, *op. cit.*, p. 136-137.

revenir aux offices de l’Ancien Régime, l’élection est cependant abandonnée au profit d’une nomination, prononcée par la loi du 21 nivôse an VI. On observe donc un recul démocratique similaire à celui qui sera observé avec les jurés. Alors que les jurés devaient représenter la société, des restrictions d’éligibilité sont apportées pour limiter, justement, la représentativité. Plus tard, en 1808, le jury d’accusation sera même abandonné : c’est tout un pan de la procédure qui n’appartient plus au peuple, mais à des magistrats professionnels.

Selon nous, la nomination des magistrats s’inscrit dans ce même mouvement d’une spécialisation des offices. Quiconque ne peut devenir magistrat, il faut répondre à des conditions nécessaires, minimales et restrictives pour espérer être nommé. Parmi ces conditions, on note des prérequis en termes de maîtrise du droit, ce qui coïncide là encore avec la réouverture des écoles de droit. Il est donc nécessaire, pour devenir magistrat, d’avoir un bagage juridique suffisant, qui permette d’accomplir la fonction dans le respect du droit applicable, c’est-à-dire le *Code civil* de 1804, et ceux qui suivront.

En effet, l’enseignement du droit est indissociable de la formation des magistrats par l’action de cette nomination fondée sur les compétences juridiques, réelles ou supposées. La nuance est importante puisque si les magistrats sont nommés directement depuis la Constitution de l’an VIII, cette même Constitution ne pose pas de conditions spécifiques claires :

Art. 41. Le Premier consul promulgue les lois ; il nomme et révoque à volonté les membres du Conseil d’État, les ministres, les ambassadeurs et autres agents extérieurs en chef, les officiers de l’armée de terre et de mer, les membres des administrations locales et les commissaires du gouvernement près les tribunaux. **Il nomme tous les juges criminels et civils autres que les juges de paix et les juges de cassation, sans pouvoir les révoquer**⁶⁶¹ [nous soulignons].

L’article 68 vient également préciser que :

Les juges, autres que les juges de paix, conservent leurs fonctions toute leur vie, à moins qu’ils ne soient condamnés pour forfaiture, ou qu’ils ne soient pas maintenus sur les listes d’éligibles⁶⁶².

⁶⁶¹ *Constitution* du 22 frimaire an VIII, art. 41.

⁶⁶² *Constitution* du 22 frimaire an VIII, art. 68.

Cette Constitution ne pose pas d'obligation de formation pour la simple raison que les facultés de droit, fermées en 1793, ne sont pas encore réouvertes. Il nous faut patienter jusqu'en 1804 pour que des écoles de droit ouvrent sur le territoire, de manière assez éparse. C'est la loi du 22 ventôse an XII qui prononce cette réouverture conditionnée, puisque les anciennes facultés n'ont pas toutes ce privilège. Ces écoles deviennent par la suite des facultés avec le décret du 17 mars 1808.

L'obligation de formation juridique pour les magistrats découle de la loi du 20 avril 1810, laquelle dispose que :

Nul ne pourra être juge ou suppléant d'un tribunal de première instance, ou procureur impérial, s'il n'est âgé de vingt-cinq ans accomplis, s'il n'est licencié en droit, et s'il n'a suivi le barreau pendant deux ans, après avoir prêté serment à la cour impériale, ou s'il ne se trouve dans un cas d'exception prévu par la loi⁶⁶³.

Elle prend donc la suite du décret du 16 mars 1808⁶⁶⁴, lequel prononçait la création du titre de juges-auditeurs, qui deviennent désormais des conseillers-auditeurs⁶⁶⁵.

Si la condition de formation est désormais posée, il nous semble qu'il s'agit uniquement d'une forme de préfiltre, manière d'écarter le gros des candidatures aux fonctions de la magistrature. En effet, le niveau nécessaire pour obtenir une licence en droit n'est pas très élevé et les cours sont peu enrichissants du fait de l'application d'une méthode exégétique⁶⁶⁶ – sans pour autant relever d'existence d'une « école de l'exégèse »⁶⁶⁷. Cet *a priori* est confirmé par les propos d'Édouard Bonnier (1808-1877), qui évoque sans détour que :

Aussi peut-on encore répéter aujourd'hui ce que disait le tribun Sédillez, en émettant son opinion sur la loi du 22 ventôse an XII, qui réorganisa cette branche de l'enseignement : « Dans aucun temps, dans aucun pays, un élève n'a jamais appris son état dans les écoles. On ne doit y chercher et l'on ne peut y trouver que les moyens d'apprendre ». Le diplôme de licencié, ainsi que l'atteste la notoriété publique, ne

⁶⁶³ Loi du 20 avril 1810, art. 64.

⁶⁶⁴ Loi du 20 avril 1810, art. 12.

⁶⁶⁵ Catherine FILLON, Marc BONINCHI et Arnaud LECOMPTE, *Devenir juge. Modes de recrutement et crises des vocations de 1830 à nos jours*, Paris, PUF, 2008, p. 13 et s.

⁶⁶⁶ Frédéric AUDREN et Jean-Louis HALPÉRIN, « La science juridique entre politique et sciences humaines (XIX^e-XX^e siècles) », *Revue d'Histoire des Sciences humaines*, 1 (2001), p. 3-7.

⁶⁶⁷ Nader HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, *op. cit.*, notamment p. 117 et s.

prouve pas le mérite, mais seulement l'absence d'une incapacité assez grave pour motiver un rejet persévérant ; car on sait que les candidats qui ont échoué une ou plusieurs fois à une épreuve peuvent toujours se représenter pour la subir de nouveau⁶⁶⁸.

L'enseignement du droit ne bénéficie donc que d'un faible crédit, et il semblerait que le fond ne soit pas aussi important que la forme. Sur le fond, les connaissances importent peu ; sur la forme, le pouvoir cherchait peut-être un corps homogénéisé par son cursus dans une faculté de droit, rompu à la lecture desséchante d'un *Code civil* duquel on hésite fortement à s'éloigner par l'action de la méthode exégétique mobilisée⁶⁶⁹. Comme le disent Frédéric Audren et Jean-Louis Halpérin : « Le licencié cherche bien moins l'acquisition d'un niveau scientifique qu'un diplôme ouvrant la voie à une carrière honorable »⁶⁷⁰.

Dès lors, parce que les magistrats doivent nécessairement avoir suivi une licence en droit et l'avoir obtenue pour être nommés, il nous semble convenable de supposer qu'il s'agit d'un corps homogénéisé par les études. La réflexion serait peut-être différente si les cours n'étaient pas autant formatés pour suivre le plan des Codes. Il conviendra de patienter jusqu'à la fin du XIX^e siècle pour que les magistrats dépassent la simple licence en droit, en parallèle d'un abandon progressif de l'exégèse pour d'autres types de pédagogies⁶⁷¹.

B. Une base sociale homogène ?

Les juges de paix sont exclus de notre propos, assez naturellement puisque ne repose pas sur eux d'obligation de formation pour être nommés. Ils sont le plus souvent issus de la classe des maires et de leurs adjoints, ou encore de celle des avocats⁶⁷². Leur objectif est de juger rapidement les petites affaires du quotidien, en droit civil comme en droit criminel⁶⁷³. Nous nous concentrons alors sur les autres

⁶⁶⁸ Édouard BONNIER, « Du noviciat judiciaire », *Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique*, 9 (1842), p. 401.

⁶⁶⁹ Jean-Louis HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 35-76.

⁶⁷⁰ Frédéric AUDREN et Jean-Louis HALPÉRIN, *La culture juridique française*, Paris, CNRS Éditions, 2013, p. 76.

⁶⁷¹ Renée MARTINAGE, « Quelques éléments d'une culture commune des magistrats au XIX^e siècle », dans Hervé Leuwers (dir.), *Juges, avocats et notaires dans l'espace Franco-blege*, Bruxelles, Archives générales du royaume, 2010, p. 164.

⁶⁷² Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, *op. cit.*, p. 142.

⁶⁷³ *Ibid.*, p. 136 et s.

magistrats, qui remplissent notamment leurs fonctions dans les tribunaux correctionnels.

Dans la continuité de notre propos sur l'éducation, facteur d'homogénéisation, il nous faut ajouter un critère financier à l'homogénéisation par les études. Alors que, sur le fond, la licence n'atteste pas nécessairement d'un niveau élevé en droit, sur la forme, elle certifie que le candidat dispose de moyens financiers satisfaisants. En effet, les études sont alors coûteuses, réservées à une classe de notables, et il faut parfois compter des frais de déplacement pour accéder aux quelques facultés disséminées sur le territoire.

En effet, la loi de 1804 qui permet la réouverture des écoles de droit, ne le fait pas en suivant la carte scolaire dessinée avant la fermeture des universités en 1793. De fait :

Le diplôme universitaire laisse deviner ou espérer, chez son titulaire, un socle minimal de connaissances. Cependant, il démontre moins une quelconque appétence au savoir que le capital économique, social et symbolique de son récipiendaire⁶⁷⁴.

Il y aurait donc une certaine classe, celle des magistrats ; celle de personnes qui sont suffisamment fortunées, par elles-mêmes ou par leur famille, pour mener à bien une scolarité dans une faculté de droit. *De facto*, cette différenciation vient marquer une forme de frontière entre les magistrats et le reste de la population. Ils ne sont pas représentants de la population dans son entièreté, mais de celles et ceux qui peuvent financer des études supérieures, ce qui correspond à une frange ténue des Français. Nous pouvons donc supposer qu'existe une crise de représentativité de la population dans les décisions de justice, qui sont celles d'une certaine partie de la nation, et non de représentants fidèles de cette dernière.

Le phénomène n'est qu'accentué par un autre élément : la continuité de l'ordre dynastique chez les juges. Sous l'Ancien Régime, nous le savons, pour devenir magistrat il fallait acheter un office, qui devenait un objet patrimonial et pouvait donc être transmis à ses enfants – ses fils. La Révolution de 1789, mettant fin aux privilèges, mettait également fin à cette pratique dynastique. Néanmoins, il fallait bien trouver

⁶⁷⁴ Frédéric AUDREN et Jean-Louis HALPÉRIN, *La culture juridique française, op. cit.*, p. 77.

des juges pour s'occuper des affaires en cours et, assez simplement, les magistrats nommés l'ont été parmi ceux qui avaient déjà exercé la profession ou qui étaient des enfants de juges⁶⁷⁵. Peut-être qu'il s'agissait de combler les lacunes de la formation juridique initiale en privilégiant la formation familiale aux fonctions de juge.

Selon Benoît Garnot, dont les travaux sur les magistrats font référence, ces dynasties judiciaires continuent au XIX^e siècle. Elles sont notamment renforcées par des pratiques spécifiques, dont la démission/nomination. Cette dernière consiste, pour un magistrat, de consentir à se démettre de ses fonctions au profit uniquement d'un de ses fils pour lui succéder. Cette condition est acceptée par la Chancellerie de 1815 à 1848, et continuera même sous la III^e République jusqu'à la Première Guerre mondiale⁶⁷⁶.

Renée Martinage, qui a dépouillé la série BB 6 II des Archives nationales, relève que :

27,92 % des magistrats ont un père magistrat, 14 % un père notaire ou avocat, quelques-uns sont issus d'une famille d'avoué, de greffier, d'huissier, ou encore de professeur de faculté de droit. Presque la moitié des magistrats est donc issue d'une famille judiciaire ou juridique, où non seulement le père, mais parfois aussi le beau-père, les collatéraux, les aïeux, exerçaient ce genre de profession⁶⁷⁷.

Ces fonctions sont donc particulièrement marquées par leur caractère endogamique, vecteur de reproduction sociale et d'exclusion du reste de la communauté française de leur référentiel. En parallèle, et fonctionnant de concert, coexistait un système de recommandation pour les nominations, ce que critiqua vertement Foucart (1799-1860) dans un article de la *Revue de législation et de jurisprudence*⁶⁷⁸. Aussi, le mouvement qui semble dominer la période du XIX^e siècle, est celui d'une dominante de la notabilité des magistrats sur leur mérite⁶⁷⁹. Ce point rejoint le précédent en ce qu'il détermine la fonction selon les revenus et l'assise sociale des candidats, l'assise sociale étant intimement liée aux capacités financières.

⁶⁷⁵ Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 142.

⁶⁷⁶ *Ibid.*, p. 143.

⁶⁷⁷ Renée MARTINAGE, « Quelques éléments d'une culture commune des magistrats au XIX^e siècle », art. cit., p. 165.

⁶⁷⁸ Émile FOU CART, « De la nécessité d'exiger des candidats à la magistrature des conditions spéciales de capacité. Projet d'un concours », *Revue de législation et de jurisprudence*, 1 (1835), p. 355 et s.

⁶⁷⁹ Jean-Pierre ROYER, « Généalogie de l'École Nationale de la Magistrature – À propos du mode de recrutement des magistrats depuis la Révolution », *Les Cahiers de la Justice*, 1 (2010), p. 65-72.

Certes, les magistrats seront dominés par le pouvoir mis en place et subiront des épurations tout au long du XIX^e siècle⁶⁸⁰. Selon nous, il n'en reste pas moins qu'une véritable caste de magistrats-notables se constitue ou, plus justement peut-être, persévère depuis la fin de l'Ancien Régime⁶⁸¹, avec une coupure seulement durant la période révolutionnaire.

Ce faisant, en cumulant les critères restrictifs pour devenir magistrats, qu'il s'agisse de ceux qui regardent les revenus, comme ceux qui touchent le niveau d'études – et incidemment de revenus, une nouvelle fois –, avec ces pratiques qui veulent que les fils de magistrats aient plus de chances d'être nommés, nous trouvons une forme d'harmonisation du corps des juges. C'est en cela que nous supposons que la base sociale de la magistrature est, elle aussi, homogène. De ces remarques nous pouvons donc en déduire que la magistrature est un corps relativement unifié sur les trois quarts du XIX^e siècle ; la situation aura tendance à évoluer, lentement, à partir de la III^e République⁶⁸².

§ 2. Les décisions des magistrats, fidèles reflets d'un corps socialement marqué

Selon nous, en l'absence de cadre législatif efficace, sans définition valable et opérante de ce que pourrait être l'intention, les juges n'auront d'autre choix que de se fier à leur intime conviction. Il est donc tout à fait intéressant et nécessaire de nous pencher quelques instants sur les décisions qui peuvent être produites par un corps que nous avons supposé uniforme.

En effet, en l'absence de tout fondement solide sur l'intention, les magistrats vont faire appel, consciemment ou inconsciemment, à leurs référentiels pour rendre leurs décisions, ce qui devrait être particulièrement prégnant en matière d'intention. Leurs préjugés joueront selon nous un rôle déterminant dans la formation de leur conviction, qui sera motivée comme ils le souhaitent.

⁶⁸⁰ Benoît Garnot, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 147 et s.

⁶⁸¹ Catherine FILLON, Marc BONINCHI et Arnaud LECOMPTE, *Devenir juge. Modes de recrutement et crises des vocations de 1830 à nos jours*, op. cit., p. 13.

⁶⁸² Jean-Pierre ROYER, « Généalogie de l'École Nationale de la Magistrature – À propos du mode de recrutement des magistrats depuis la Révolution », art. cit., p. 65-72.

Il n'est pas inintéressant de se demander si un corps exclusivement masculin peut juger de la même manière une affaire opposant un mari et sa femme, qu'un corps mixte jugeant la même situation. Certaines premières recherches sur le sujet ont démontré qu'il y avait effectivement des biais de genre dans les jugements⁶⁸³, biais renforcés par l'homogénéisation du corps des juges au début du XIX^e siècle. D'autres biais encore, doivent pouvoir être relevés, comme ceux qui touchent les *a priori* sur les moins fortunés, au risque de produire ce que Weber appellerait une *discrimination de classes sociales*⁶⁸⁴, qu'elle soit ou non volontaire et consciente (A).

Ces remarques sont d'autant plus fortes que, si toutes les infractions étaient absolument et correctement balisées, les magistrats n'auraient pas de petites failles dans lesquelles insérer leur subjectivité, ou du moins, pas aussi facilement. Or, la responsabilité n'est pas clairement définie, et un flottement demeure sur le point de savoir s'il faut une intention pour tous les délits ou les crimes. C'est en cela que nous considérons l'intention comme vectrice de l'*habitus* des magistrats (B).

A. Les décisions d'un corps homogène : production d'une discrimination de classes ?

Au prix d'une fiction, le juge ne doit pas faire partie du *commun des mortels*⁶⁸⁵. À ce titre, il convient de le sélectionner en respectant des critères stricts. Seulement, ce sont ceux choisis par le pouvoir, qui peut donc décider de faire prévaloir un certain type de juge sur d'autres, en modulant les attendus. Joseph-Marie Portalis (1778-1858), d'ailleurs, réclamait la nécessité d'un stage spécial pour la magistrature en exposant que :

Les juges doivent réunir quatre qualités principales : l'instruction, ou les *lumières*, l'intégrité, l'indépendance, et la dignité, ou les *mœurs*. Le Roi, de qui toute justice émane, peut bien donner l'institution, mais il ne peut donner les qualités nécessaires pour l'obtenir. Point de nomination possible sans candidature, car nommer c'est élire, et l'élection suppose le choix entre plusieurs. Point de candidature sans stage,

⁶⁸³ Hélène DUFFULER-VIALLE, « L'approche de la prostitution en histoire du droit sous le prisme des rapports sociaux de sexe », dans Audrey Darsonville et Julie Leonhard (dir.), *La loi pénale et le sexe*, Nancy, PUN, 2015.

⁶⁸⁴ François DUBET, « Classes sociales et description de la société », *Revue française de socio-économie*, 2 (2012), p. 259-264.

⁶⁸⁵ Expression tirée de l'ouvrage de Catherine FILLON, Marc BONINCHI et Arnaud LECOMPTE, *Devenir juge. Modes de recrutement et crises des vocations de 1830 à nos jours*, op. cit., p. 3.

car pour être candidat il faut être éligible, c'est-à-dire réunir certaines conditions d'aptitude ou de capacité. C'est surtout dans un Etat, où règne l'égalité civile, où triomphe l'égalité politique, où tous sont également admissibles à tous les emplois ; lorsqu'il n'y a plus de présomption légale d'aptitude, ni de capacités par privilège, qu'il doit exister, en avant, de toutes les carrières publiques des stages, des noviciats, des candidatures. En effet, lorsque tous sont éligibles, où le pouvoir chercherait-il les éléments ordinaires de ses choix ; qui le préserverait des séductions de l'intrigue et des erreurs du hasard, s'il n'était ouvert une lice, où les aptitudes naturelles puissent se produire et les capacités effectives se révéler ?⁶⁸⁶

De ce stage, seuls les meilleurs, qui disposent des capacités énoncées, peuvent rejoindre le vivier dans lequel le pouvoir pourra choisir, en étant certain qu'il s'agit de bons candidats dont les noms ne remontent pas par l'action d'une recommandation ou celle d'une présomption légale de capacité.

Il reste que les capacités mises en avant ne sont pas neutres, et nous avons commencé à le voir en évoquant la situation de l'éducation des magistrats. Nous perdons donc en partialité, ne serait-ce qu'en étudiant la provenance de ces derniers⁶⁸⁷. Par exemple, et plus concrètement, il existait une discrimination financière plus directe que celle imposée par le socle minimal d'études, puisque le prétendant magistrat devait pouvoir justifier de ressources financières propres⁶⁸⁸, certainement pour garantir son autonomie et son impartialité. C'est donc un premier biais que nous relevons : une capacité juridique aléatoire, mais des ressources financières élevées, couplées avec une haute position sociale par la filiation⁶⁸⁹. En lien, nous relevons que, souvent, la magistrature est une vocation familiale, puisque les magistrats ont majoritairement un parent qui exerce la profession, ou qui gravite dans le monde du droit⁶⁹⁰.

⁶⁸⁶ Monsieur le comte PORTALIS, « Séance du 7 juillet 1840 », *Moniteur universel*, 9 juillet 1840, p. 1646.

⁶⁸⁷ En appuyant sur le fait que, jusqu'en 1908, les compétences juridiques requises étaient minimales, ce qui permettait au pouvoir de rester assez libre dans ses nominations. Sur ce point, voir notamment Catherine FILLON, Marc BONINCHI et Arnaud LECOMPTE, *Devenir juge. Modes de recrutement et crises des vocations de 1830 à nos jours*, *op. cit.*, p. 6.

⁶⁸⁸ *Décret du 16 mars 1808*, art. 2. Voir également sur ce point Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, *op. cit.*, p. 154.

⁶⁸⁹ Jean-Pierre ROYER, Renée MARTINAGE et Pierre LECOCQ, *Juges et notables au XIX^e siècle*, Paris, PUF, 1982, p. 104 et s.

⁶⁹⁰ Cette remarque restera vraie jusqu'à la moitié du XX^e siècle, suivant les propos de Catherine FILLON, Marc BONINCHI et Arnaud LECOMPTE, *Devenir juge. Modes de recrutement et crises des vocations de 1830 à nos jours*, *op. cit.*, p. 227 ; également de Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, *op. cit.* Voir également Jean-Louis DEBRÉ, *La justice au XIX^e siècle, Les magistrats*, Paris, Perrin, 1981, p. 145-152.

Un autre trait caractéristique de la magistrature, qui perdure jusque dans les années 1970, tient dans la forte masculinité de la profession⁶⁹¹. Certes, après 1945, face au manque de magistrats à la suite de la guerre, et parce que la profession était peu attrayante, on a essayé d'ouvrir plus largement l'entrée aux candidates femmes. Néanmoins, l'hostilité générale contre ces dernières, dans le corps de la profession, a fait barrage à leur véritable entrée massive avant le dernier tiers du XX^e siècle. Les remarques étaient alors plutôt assassines :

Desservies par le timbre et le volume de leur voix, trop timides ou trop nerveuses, elles réussissent moins bien que les hommes à traiter avec succès la question qu'elles ont à préparer dans le bref délai d'une heure⁶⁹².

Également les magistrats du XIX^e siècle n'échappent pas à la question religieuse qui touche directement l'État⁶⁹³. Ils sont majoritairement catholiques encore au début du siècle, et subiront moins les vicissitudes de l'État quant à leurs relations avec la religion. Il faudra attendre d'approcher de la III^e République pour que ce corps judiciaire s'écarte lentement du catholicisme⁶⁹⁴, à la faveur certaine de la maçonnerie⁶⁹⁵. Si la place de la religion semble perdre du terrain au XX^e siècle, en même temps que la profession est de moins en moins dynastique, cette remarque ne peut s'appliquer que pour les hommes magistrats. Dans son ouvrage, Benoît Garnot relève que dans les années 1980, il existe un double profil de recrutement chez les femmes : en premier on trouve des candidates issues de la bourgeoisie traditionnelle, avec une éducation religieuse ; au second plan on voit se présenter des filles de couples de la classe moyenne ou venant d'entrer dans la catégorie du travail libéral ou des cadres supérieurs avec une éducation laïque⁶⁹⁶. Par extension, puisque les filles représentent

⁶⁹¹ Catherine FILLON, Marc BONINCHI et Arnaud LECOMPTE, *Devenir juge. Modes de recrutement et crises des vocations de 1830 à nos jours*, op. cit., p. 152 ; Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 220-224.

⁶⁹² Discours de M. Lacoste (CAC Fontainebleau, versement 19852011, art. 84, *Rapport du conseiller à la Cour de cassation Lacoste, Garde des Sceaux à la suite de la première session d'examen de 1950*), tel que repris dans l'ouvrage de Catherine FILLON, Marc BONINCHI et Arnaud LECOMPTE, *Devenir juge. Modes de recrutement et crises des vocations de 1830 à nos jours*, op. cit., p. 101.

⁶⁹³ Jean-Louis DEBRÉ, *La justice au XIX^e siècle, Les magistrats*, op. cit., p. 116 : la Restauration veut placer l'État au service de l'Église catholique, la monarchie de Juillet voit les gouvernants essayer de récupérer l'influence de l'Église en la faveur de l'État, la II^e République n'aura pas le temps de mener une politique anticléricale, et l'Empire veut lier la religion à la défense des intérêts de l'État. Il faudra attendre la III^e République fortement marquée par la franc-maçonnerie pour qu'une politique de laïcisation réelle soit menée. Les rapports entre État et Église sont donc complexes pendant cette période.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 117.

⁶⁹⁵ *Ibid.*, p. 130 et s. Relevons également qu'un certain nombre de magistrats préfère démissionner plutôt que de prendre cause contre Dieu. Sur ce point, voir Jean-Pierre ROYER, Renée MARTINAGE et Pierre LECOQ, *Juges et notables au XIX^e siècle*, op. cit., p. 384 et s.

⁶⁹⁶ Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 221.

plus de la moitié des entrées à l'école de la magistrature, la religion catholique reprend du terrain⁶⁹⁷, nous y reviendrons.

Ainsi, le portrait-robot du magistrat type, au cours du XIX^e siècle, semble s'affiner. Il s'agit d'un homme, plutôt cultivé, que nous pourrions qualifier de notable, disposant de ressources financières. La magistrature est un élément de reproduction sociale, en ce que les fils de magistrats deviennent souvent, eux aussi, juges. Ils sont majoritairement catholiques sur notre période d'analyse.

Ces dénominateurs communs, assez stables tout au long du XIX^e siècle malgré les épurations, renforcent notre hypothèse selon laquelle ils auront tendance à juger suivant leur personnalité, en laissant s'exprimer leurs préjugés et leur inconscient. Cette affirmation aurait été plus compliquée à démontrer, mais pas moins vraie, si ce corps avait été moins homogène. Simplement, il nous aurait été plus difficile d'évoquer la systématisation de leurs référentiels au service d'une politique donnée. C'est cette défense partagée des mêmes idéaux qui est encore plus critiquable, selon nous, qu'un arbitraire pluriel s'exprimant d'autant de façon qu'il n'existe de magistrats. En découle qu'ils jugeront, certainement, en suivant leur personnalité qui, tout en étant forcément individuelle, prendra en compte ces divers troncs communs, cet *habitus*.

B. L'intention : champ libre pour l'expression de l'*habitus*

En guise de prolegomènes pour cette sous-partie, nous préférons informer que les éléments qui suivront sont essentiellement des réflexions tirées des recherches menées jusqu'ici ; en somme, il s'agit de coordonner un faisceau d'indices concordants pour proposer quelques conclusions. En effet, il serait intéressant de pouvoir mener une étude plus large sur les conséquences des marqueurs sociologiques de la magistrature, en analysant les décisions de justice. Or, ce travail, par son ampleur, est incompatible avec le format de notre analyse et de la place que peuvent avoir les magistrats dans une étude globale sur l'intention.

Nous partons donc du postulat suivant lequel l'éducation, le milieu social, la religion, la culture, etc. sont des éléments influents dans la vie de chacun, ce qui

⁶⁹⁷ Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 221.

comprend les juges⁶⁹⁸. Aussi présents soient-ils, ce sont des éléments qui, par principe, doivent céder face au souci d'impartialité de la justice étatique. En principe, un jugement rendu par le juge X, dans le tribunal Y, pour une affaire Z, doit être identique pour une affaire Z' similaire, jugée dans le tribunal Y' par le juge X'. Or, force est de constater que cette fiction ne tient pas longtemps, et qu'il nous suffit d'évoquer l'expression de l'aléa judiciaire pour s'en convaincre⁶⁹⁹. Il faut, en outre, y ajouter le fait que notre intention soit une notion incitant fortement à laisser parler le côté le plus subjectif du juge qui y est confronté. Le problème de l'arbitraire, ou de l'intime conviction sans contrôle, ne s'en retrouve que renforcé.

Il semblerait donc que nous soyons dans l'hypothèse parfaite pour que les magistrats puissent véritablement imprimer leur marque personnelle sur les instances qu'ils doivent trancher à partir du moment où ils s'intéressent à la question intentionnelle. Rappelons que cette remarque demeure vraie tant en 1820, période pendant laquelle l'intention n'était même pas textuellement prévue en tant que telle, qu'après 1994 et l'avènement de la notion dans le nouveau *Code pénal*.

Il est d'ailleurs à relever que le problème du trop grand pouvoir des juges a souvent été pointé par les penseurs du droit tout au long de la période que nous étudions, et par là leur manque de partialité⁷⁰⁰. Il nous semble alors que les magistrats suivent essentiellement deux axes dans leurs décisions. Premièrement, nous pouvons dire qu'ils statuent selon ce qu'ils estiment juste et nécessaire, en faisant appel à leur patrimoine culturel propre mais partagé dans la profession, du fait des marqueurs sociaux soulevés ci-avant. Le second axe directeur de leurs choix, qui constituera la toile de fond de leurs décisions, ce sera le respect de la politique étatique menée dans un cadre plus général, pour servir une politique criminelle correspondante⁷⁰¹. Nous le

⁶⁹⁸ Gabriel TARDE, *La criminalité comparée*, op. cit., p. 128 sur la formation de la conviction des magistrats.

⁶⁹⁹ Nous pouvons compléter en évoquant la justice prédictive qui, par des algorithmes, voudrait tendre à supprimer ce fameux aléa judiciaire.

⁷⁰⁰ Notamment Pellegrino ROSSI, *Traité de droit pénal*, 2^e éd., tome 1, op. cit., p. 2 et 58 ; Gabriel TARDE, *La philosophie pénale*, 5^e éd., Paris, Masson, 1900, p. 443 et s. ; Olof KINBERG, *Les problèmes fondamentaux de la criminologie*, op. cit., p. 8. Pour une confirmation contemporaine du symptôme, voir notamment Sabine GRAVIER, *La preuve de l'élément moral*, op. cit., p. 5.

⁷⁰¹ Voir Barthélémy MERCADAL, « Recherches sur l'intention en droit pénal », art. cit., p. 7-9 : La jurisprudence n'a pas, contrairement à ce que l'on peut lui reprocher, une théorie fixe de l'intention, mais une politique criminelle de l'intention, qu'elle n'utilise pas seulement pour individualiser la répression, mais surtout pour combler les lacunes du système répressif. Elle l'utilise également pour définir le devoir social de chacun. Par exemple, quand il sera demandé aux juges d'assouplir les conditions de l'existence du délit, la jurisprudence jouera sur la marge que lui procure l'intention. L'appréciation de cette notion relève du *bon sens*, de l'*opportunité*, ou de l'*équité* ; en bref, c'est éminemment subjectif.

savons, les magistrats du siège sont soumis au parquet sur une longue période du XIX^e siècle⁷⁰², et les magistrats du parquet sont sous la tutelle de leur ministère de référence. Nous l'avons dépeint, les juges ont tendance à pouvoir être caractérisés par leur conservatisme⁷⁰³, malgré quelques exceptions trop faibles pour renverser cette règle. Ils y sont contraints dans une certaine mesure, non seulement parce qu'ils sont à la recherche des honneurs, en quête d'une gratitude de la part des décidants, mais encore parce qu'ils n'ont pas véritablement d'autre alternative pour obtenir de l'avancement du fait de la forte politisation des choix de ceux qui bénéficieront, ou non, d'une promotion. Plus simplement, il s'agit de ne pas dénoter par rapport à leurs collègues qui sont eux-mêmes conservateurs ; il y aurait donc une sorte d'effet d'enchaînement.

L'intention leur permet de répondre à toutes ces exigences, car elle introduit la dose parfaite d'incertitude pour qu'ils puissent donner l'inflexion qu'ils souhaitent à leurs décisions, ce qui n'est pas sans poser problème.

Par exemple, concernant la forte représentation d'hommes dans le corps de la magistrature : comment ne pas y voir une corrélation avec le fait que les femmes n'osent que trop peu, au XIX^e siècle, mais encore aujourd'hui, porter les affaires de violences devant les tribunaux, parce que les statistiques de victoire leur sont défavorables ? Rappelons que, pendant ce même siècle et par la suite, la vision des hommes sur les femmes était fortement négative et dévalorisante – à l'image de l'extrait de discours présenté plus haut –, leur parole ayant un poids minime confrontée à celle de leurs agresseurs masculins. Nous supposons alors que, logiquement, un magistrat masculin fera peut-être preuve d'une certaine clémence à l'encontre de l'agresseur, lui aussi homme⁷⁰⁴. Ce résultat est également partagé devant le jury qui fait preuve d'une grande clémence dans les hypothèses que nous considérerions comme des féminicides aujourd'hui, tel qu'il en découle de l'analyse de nos archives⁷⁰⁵.

⁷⁰² Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 147 et s.

⁷⁰³ Notamment Pellegrino ROSSI, *Traité de droit pénal*, 2^e éd., tome 1, op. cit., p. 255.

⁷⁰⁴ Pour un meilleur éclairage sur ce point, voir Laurent FERRON, « Prouver le crime de viol au XIX^e siècle », dans Bruno Lemesle (dir.), *La preuve en justice de l'Antiquité à nos jours*, Rennes, PUR, 2003, p. 211-219.

⁷⁰⁵ Nous remarquons, très souvent, que les maris jaloux qui tuent leur femme bénéficient de circonstances atténuantes.

Par analogie, nous pouvons imaginer que le malfaiteur qui attaquerait une représentation religieuse, à plus forte raison catholique, sera puni à coup sûr, voire plus sévèrement, parce que la religion fait partie du bagage axiologique à protéger pour les juges⁷⁰⁶. Là encore, l'intention pourra servir de levier pour trouver un angle d'attaque et rendre coupable, ou encore plus coupable, celui qui aurait pu être relaxé. Le même schéma peut trouver application lorsque l'on oppose une personne défavorisée et un possédant, les juges étant plus proches sociologiquement du second. Plus simplement, sans opposition, on peut aussi penser que le délit de la personne fortunée lui sera plus facilement pardonné, le juge se retrouvant plus dans le comportement de ce dernier, que dans celui d'une personne sans possession qui commettrait le même méfait⁷⁰⁷.

En conséquence, nous pouvons supposer que les jugements rendus par ces magistrats laissent certainement transparaître une idée de reproduction sociale, en rendant des décisions qui correspondent à leur parcours, leur milieu de vie, et en bénéficiant de toute la latitude que leur permet l'examen de l'intention en particulier. En ouvrant un peu nos perspectives, nous pourrions également supposer que les autres éléments déterminants de l'infraction pourraient être sujets à manipulations, comme nous l'avons vu concernant la correctionnalisation. Il reste, cependant, que la transformation de la réalité nous semble plus aisée en mobilisant la notion floue d'intention, alors que l'élément matériel paraît bien plus circonscrit.

⁷⁰⁶ Sur ce point, voir les analyses nuancées faites en Belgique par Xavier ROUSSEAU, « Bases de données prosopographiques, humanités numériques et histoire de la justice : les magistrats belges et coloniaux entre crises et modernisations judiciaires, 1795-1962 » [en ligne], *C@hiers du CRHIDI*, 40 (2017), URL : <https://popups.uliege.be/1370-2262/index.php?id=510>. De manière générale, voire également Christophe CHARLES, *Les Élités de la République : 1880-1900*, Paris, Fayard, 1987 ; Vincent BERNAUDEAU, *La justice en question. Histoire de la magistrature angevine au XIX^e siècle*, Rennes, PUR, 2007.

⁷⁰⁷ Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 325 : il est certain qu'il y a une surreprésentation populaire parmi les personnes poursuivies au pénal.

Conclusion du chapitre

En conclusion, nous avons pu étudier en quoi la législation napoléonienne, très sévère, pouvait pousser les jurés à être plus cléments au prix, parfois, de déformations factuelles et intentionnelles. Cet adoucissement de la pénalité par l'action des jurés est sujet à critiques puisqu'ils outrepassent leurs pouvoirs pour arriver à leurs fins ; de fait, le jury d'accusation sera supprimé, et le jury de jugement sera de plus en plus contrôlé et court-circuité par la correctionnalisation. L'ensemble repose sur une appréciation variable de l'intention, dont les tribulations sont presque sans limites dans la mesure où rien ne vient l'exiger clairement pour les délits, et qu'elle n'est pas définie pour les crimes.

Par ailleurs, la correctionnalisation est rendue possible parce que les magistrats bénéficient d'une comparaison favorable avec les jurés. C'est donc grâce au jury que les magistrats récupèrent un peu d'arbitraire, ce qui leur permet, encore une fois, de déformer l'intention, voire les faits, pour permettre un déclassement du crime en délit. Loin de combattre cette faculté qui s'aménage une place en marge des textes, le pouvoir central ne fait rien et comprend même la démarche qui consiste à soustraire certaines affaires aux jurés.

Néanmoins, ce pouvoir ne confie pas cette faculté à n'importe qui, mais à un corps qu'il connaît et maîtrise. Non seulement les magistrats restent très liés à la Chancellerie qui les surveille grâce au ministère public mais, également, ils composent un corps relativement homogène qui correspond aux valeurs politiques défendues ; en d'autres termes, ce ne sont pas des fauteurs de troubles, mais en majorité des conservateurs qui ont des intérêts partagés avec les gouvernants.

L'intention, au milieu de ce schéma, sert encore une fois de variable d'ajustement, et se retrouve victime de manipulations. Certaines manipulations sont volontaires, c'est notamment le cas lorsqu'elles touchent les hypothèses qui sont correctionnalisées. D'autres sont vraisemblablement inconscientes, et sont le fruit de

déterminismes sociaux, de l'*habitus* des magistrats aux parcours de vie qui semblent assez similaires.

C'est en cela que nous avons pu postuler que la relative réhabilitation de la magistrature était un facteur favorable au développement de l'intention et à ses mutations. Parce que la confiance semble regagnée, en comparaison avec les jurés, les magistrats ont donc un peu plus de place pour statuer sur la responsabilité et la culpabilité, mais également pour jouer sur l'intention selon ce qu'ils veulent faire prédominer. En plus de ces éléments, il nous faut encore constater que l'évolution de la législation est un autre facteur favorable de progression de l'intention dans notre droit. Cette notion, qui ne semble pas prévue textuellement, sera alors de plus en plus présente dans notre droit.

Chapitre 4. L'évolution de la législation, facteur accidentel de progression de l'intention

L'évolution de la législation revêt plusieurs formes. Une première, assez évidente et classique, tient en la modification des textes, et donc du *corpus*, ce qui entraîne assez logiquement une autre modification, au sein des pratiques des magistrats qui doivent s'adapter aux réformes. Un second type de modification tient dans un mouvement plus silencieux, qui se fait dans le creux de textes polysémiques. Dans cette seconde option, c'est donc un travail d'interprétation différenciée des textes qui s'opère et s'établit par une vision renouvelée sur le travail législatif. L'intention bénéficiera de cet élan grâce à des circonstances favorables de plusieurs types.

Cette notion va pouvoir s'affirmer par la force de ces vecteurs concordants et presque simultanés, qui vont la propulser encore plus fortement comme un élément incontournable des infractions, qu'elles soient criminelles ou délictuelles. Néanmoins, encore une fois, l'intention pénale n'est pas directement visée ; sa confirmation n'est donc pas frontale, mais incidente.

Cette construction oblique repose sur plusieurs éléments au rang desquels on trouve un glissement du sens donné aux termes qui composent les infractions ; la notion de fraude dans le vol, par exemple, peut être caractérisée matériellement ou en référence à l'état d'esprit de l'infacteur. Avec ce glissement sémantique, la fraude ne conservera plus que sa référence spirituelle visant l'esprit de l'agent : alors qu'il existait un doute sur la responsabilité à faire prévaloir, ce flottement s'évanouit pour laisser place à une responsabilité clairement subjectivée. Ce changement de sens sera opéré au gré des évolutions politiques plus ou moins favorables aux théories spiritualistes, lesquelles octroient volontiers une place à l'intention et ses dérivés (**Section I**).

Un autre facteur d'évolution bénéficiant à l'intention rejoint la critique adressée contre les jurés et la nécessité de réformer le droit pénal, en introduisant les circonstances atténuantes. D'abord réservées aux magistrats, les circonstances atténuantes finissent par tomber dans l'escarcelle des jurés. Or, prendre en considération les circonstances atténuantes, c'est permettre à l'œil d'aller rechercher

les éléments d'amointrissement de l'intention mauvaise, puisque la matérialité, elle, demeure identique (**Section II**).

L'ensemble de ces éléments est conforté par une position déjà supposée auparavant : le fait que l'intention soit considérée comme un élément *naturel*. En parallèle de ces évolutions, la doctrine ne semble pas s'émouvoir de la percée de l'intention dans les textes et les prérequis pour punir. Dès lors, de manière presque passive face à une jurisprudence qui semble catégoriquement acquise à la cause de l'intention, les auteurs de droit pénal évoquent l'intention dans leurs traités, sans en donner de définition précise. Il reste que cette notion se trouve donc consacrée de toutes parts : dans les textes, par le truchement d'une relecture ; en jurisprudence ; mais également par la doctrine (**Section III**).

Section I. Un glissement de sens : la relecture intentionnelle des textes

La législation napoléonienne n'imprime pas de direction certaine en matière de responsabilité. Alors que le Tribunal de cassation, puis la Cour de cassation cassent les décisions qui ne posent pas la question intentionnelle criminelle, la position est beaucoup plus trouble concernant les délits. De manière générale, le *Code pénal* de 1810 ne pose pas de précisions sur la responsabilité qui doit vaincre ni ne donne de définition de ce qu'est une infraction avec ses éléments constitutifs. Demeurent alors des zones d'ombre qui permettent aux rédacteurs matérialistes⁷⁰⁸ et idéalistes⁷⁰⁹ de s'entendre sur un texte de consensus, charge au futur de nous informer sur la direction à donner aux infractions. Cela se fait, bien entendu, au détriment du principe de la légalité criminelle qui voudrait que, *a minima*, le contenu des infractions soit connu et reconnu.

Alors que juges et jurés prenaient certainement en compte l'intention en parallèle des textes, pour amoindrir la pénalité ou l'adapter à l'agent infracteur mis face à eux, le contexte politique favorable à la prise en compte de l'intention va les aider dans cette œuvre. Il suffit aux lecteurs du Code de 1810 de se saisir des quelques indices textuels semés dans la législation, en faveur d'une responsabilité plus subjective, pour construire un véritable système de responsabilité subjectivée au détriment d'une lecture plus littérale, mais certainement aussi plus rigoureuse du Code. Ainsi, confortés par l'absence de définition de l'infraction et forts d'un contexte politique et social favorable aux idées spiritualistes, ces auteurs et magistrats auront tout le loisir d'imposer l'intention comme élément central de l'infraction. Cette lecture plus spiritualiste gagne donc du terrain à un moment où une perméabilité entre le pouvoir et la religion poindra au cours du XIX^e siècle. Notons tout de même qu'il ne s'agira plus de laisser un complet libre court à une responsabilité subjective fondée sur la morale, puisque cette dernière sera désormais cantonnée par l'utilité de la responsabilité dans la sauvegarde de la société. Cela signe l'émergence des doctrines néo-classiques (§ 1).

Ces relectures potentielles des textes pourront alors mobiliser les indices subjectivistes semés dans le Code de 1810, autant de mots polysémiques qui

⁷⁰⁸ Menés par Target.

⁷⁰⁹ Menés, eux, par Louis-Joseph Faure.

attendaient qu'on vienne un jour leur imprimer une signification déterminée. Finalement, plus qu'une réécriture des textes, nous assistons ici à une opération linguistique d'inscription de signifiants sur des signes jusqu'alors variables (§ 2).

§ 1. Un contexte favorable à la relecture spiritualiste de la responsabilité

À la faveur de régimes politiques qui ont tendance à renouer des liens avec le fonctionnement d'Ancien Régime⁷¹⁰, l'intention se trouve de nouveau propulsée sur le devant de la scène. En effet, par l'action d'une plus grande porosité entre le pouvoir en place et la religion, les théories qui placent la responsabilité sous le signe de la morale, et donc de la subjectivité, bénéficient d'un accueil plus favorable que par le passé. L'idée d'amendement du criminel peut revenir au centre de l'attention, après avoir été abandonnée par la législation de 1810 (A).

Cette alternance de régimes politiques permet aux doctrines spiritualistes de percer grâce, notamment, à Victor Cousin (1792-1867). La théorie spiritualiste fait la concorde entre la morale religieuse et la responsabilité pénale. Lorsqu'une infraction a été commise, un péché s'est révélé au grand jour, il est donc nécessaire de réparer l'offense. L'infacteur, dans cette perspective, est automatiquement supposé comme disposant d'un libre arbitre, condition *sine qua non* de la responsabilité qui est confortée dans son versant éminemment subjectif. Ainsi, la percée nouvelle du spiritualisme permet de mettre en œuvre plus concrètement l'intention en droit pénal (B).

A. Les changements de régime, facteurs favorables à l'intention

Napoléon avait organisé de manière stricte l'enseignement et la diffusion des Codes, ne laissant que très peu de place possible à la critique du système tel que mis en place⁷¹¹. Or, loin de faire l'unanimité, les critiques sont latentes⁷¹², et touchent pour beaucoup l'organisation des droits de la défense et la rigidité certaine du *Code pénal* de

⁷¹⁰ Pascal VIELFAURE, *L'évolution du droit pénal sous la monarchie de Juillet. Entre exigences politiques et interrogations de société*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 22.

⁷¹¹ En effet, la doctrine est encore en quête d'une légitimité à l'orée du XIX^e siècle, légitimité qu'il lui faudra construire progressivement pour lui permettre de sortir d'une lecture littérale du droit et en construire une systématisation. Sur ce point, voir notamment Nader HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, op. cit., p. 19 et s.

⁷¹² Nous en retrouvons des traces chez Bérenger, Bavoux, Guizot ou encore Dupin.

1810⁷¹³. C'est une critique que nous avons déjà pu apercevoir, celle-là même qui poussait les jurés à faire varier, comme ils le pouvaient, cette responsabilité qui pouvait paraître objective⁷¹⁴. La chute de l'Empire et le retour de la monarchie sont des facteurs propices à ce que puisse se développer de nouvelles formes de compréhension de la matière pénale.

Dans un mouvement que les auteurs ignoraient peut-être, questionner la légitimité des textes sur certains points allait mener à de grandes réformes qui toucheraient l'ensemble des dispositions, à l'image de celles qui ont trait aux circonstances atténuantes⁷¹⁵. C'est donc un système dans sa globalité qui fait l'objet de critiques et qu'il convenait de remettre au goût du jour.

Par exemple, la pénalité était dès 1808 et 1810, organisée autour de la notion de la répression, sévère, de l'accusé⁷¹⁶. Les peines renouaient avec l'exemplarité et pouvaient atteindre l'intégrité physique des personnes condamnées :

La peine de la marque ou de la flétrissure fut proscrite par l'Assemblée Constituante, parce qu'elle offre un caractère de perpétuité que l'opinion d'alors repoussait ; vous avez déjà vu que la perpétuité de quelques peines était nécessaire pour la perfection du système pénal, et l'on ne peut se dissimuler que l'apposition publique de la marque produit, et sur le coupable et sur les spectateurs, une impression qui ne peut être que vive et profonde⁷¹⁷.

Nous l'observions, cela peut s'expliquer par un changement de paradigme dans la compréhension de la pénalité. Alors que le législateur de 1791 avait une vision généreuse à l'égard du criminel, que l'on pouvait vraisemblablement sauver, les puissants remous du reste de la période révolutionnaire sont venus faire chavirer cette

⁷¹³ Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., 2014, p. 468 et s.

⁷¹⁴ Cette situation entraînait alors des crispations, comme nous le démontrent André LAINGUI et Arlette LEBIGRE, *Histoire du droit pénal. II – La procédure criminelle*, op. cit., p. 143-144 ; voir également les éléments synthétiques présentés par Jean-Claude FARCY, *Guide des archives judiciaires et pénitentiaires*, op. cit., p. 177-178.

⁷¹⁵ En effet, il était nécessaire que le système mis en place par la législation napoléonienne puisse être critiqué, contesté, remis à plat, pour permettre de le surpasser et d'en proposer des réformes.

⁷¹⁶ Jean-Marc VARAUT, « L'utilitarisme de Jeremy Bentham, prémisse et mesure de la justice pénale », *Revue de science criminelle et de droit comparé*, 2 (1982), p. 268 ; Didier VEILLON, « La rédaction du Code pénal de 1810 », art. cit., p. 146 ;

⁷¹⁷ Jean-Guillaume LOCÉRÉ DE ROISSY (dir.), *La législation civile, commerciale et criminelle de France*, tome 29, op. cit., p. 198.

conception. De fait, l'amendement du criminel n'était plus à l'ordre du jour, et était même critiqué comme étant une vague chimère inatteignable⁷¹⁸.

L'Empire, en prenant fin, permet aux langues de se délier et de laisser place à des considérations qui tentent de revenir sur cet acquis jugé rétrograde. En faisant fi d'une conception absolument objectivée de la responsabilité, la morale fait une nouvelle incursion dans le droit, portée par la porosité renforcée entre le pouvoir et la religion, aspect logique sous la monarchie⁷¹⁹. En effet, le monarque reste sacré par les autorités religieuses, la prise de pouvoir est donc synonyme d'une proximité avec l'Église⁷²⁰, ce qui se retrouve dans la pensée dominante. Alors que les Constitutions précédentes⁷²¹ sont relativement muettes sur la question religieuse, la *Charte constitutionnelle* de 1814 proclame notamment que l'État a une religion officielle : le catholicisme. De fait, les voix qui ont dû se taire sous l'ère impériale peuvent de nouveau s'exprimer et proposent que l'amendement moral du criminel puisse être réalisé par la peine⁷²².

La conception de la responsabilité est renouvelée et penche vers toujours plus de subjectivisme. Alors que les auteurs en doctrine visent des points déterminés de la législation pour porter quelques estocades⁷²³, c'est finalement tout le système qui se retrouve heurté. En évoquant l'amendement moral de l'accusé, nous plongeons, effectivement, dans un système qui mêle la morale et le droit. Or, mêler morale et droit revient à renforcer la dichotomie *bon* et *mauvais*, la bonne action et l'action tendue vers le malin. La percée conséquentialiste qui vise la fin de l'action, la peine, pour réformer les textes, s'empare alors de toute une branche de la législation pour imprimer une vision fortement subjectiviste à la responsabilité et au droit pénal dans son entier.

⁷¹⁸ Didier VEILLON, « La rédaction du Code pénal de 1810 », art. cit., p. 154-155.

⁷¹⁹ Eugène LERMINIER, *De l'influence de la philosophie du XVIII^e siècle sur la législation et la sociabilité du XIX^e*, Paris, Prévost-Crocius, 1833, p. 298-303 : son approche, quoiqu'éminemment subjective, n'est pas dénuée d'intérêt sur ce point.

⁷²⁰ *Charte constitutionnelle* du 4 juin 1814, art. 6 : « Cependant la religion catholique, apostolique et romaine est la religion de l'État ».

⁷²¹ *Constitution* de 1791, *Constitution de l'an I* (24 juin 1793), *Constitution de l'an III* (22 août 1795), *Constitution de l'an VIII* (13 décembre 1799), *Constitution de l'an X* (4 août 1802), *Constitution de l'an XII* (18 mai 1804).

⁷²² Albert NORMAND, *Traité élémentaire de droit criminel*, op. cit., p. 29.

⁷²³ Sont notamment pris pour cible les droits de la défense qui ne sont pas suffisamment assurés, ou encore la critique de l'enfermement provisoire : certaines personnes, enfermées dans l'attente de leur procès, se retrouvaient à cumuler cette détention provisoire avec une peine d'une durée qui lui est pourtant inférieure. Par exemple, un détenu reste emprisonné pendant 6 mois en attendant son procès, et ne sera condamné qu'à 2 mois d'emprisonnement ; bien qu'il ait déjà réalisé 6 mois, il devra effectuer les 2 mois prononcés. Sur ce dernier point, voir notamment Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., 2014, p. 469-470.

Dans ce mouvement, l'intention ne se trouve que confortée. Chaque fois que la morale religieuse est renforcée dans le droit, les éléments qui en découlent le sont eux aussi. Or, pour évoquer la morale religieuse, et donc les bonnes et les mauvaises actions, il s'ensuit que nous devons accepter de naviguer dans un système qui fait la part belle à la liberté, laquelle nous permet de choisir entre le positif et le négatif. Le choix de se tourner vers le péché sera l'option qui ouvrira le droit de punir, parce que c'est avec une volonté pleine et éclairée que nous y avons plongé :

Quoiqu'on puisse dire qu'il se soit rendu coupable du fait qui a amené la mort, qu'il doit répondre devant la loi d'un acte qui la procure de suite ou à une époque plus ou moins éloignée, toujours est-il qu'il est impossible d'accorder qu'il y ait même culpabilité pour celui qui a entrevue la mort et la voulait, que pour celui dans l'idée duquel elle ne s'est pas présentée et qui n'a donné aucun consentement positif à ce qu'elle arrivât⁷²⁴.

C'est effectivement la Restauration qui permet ce nouvel élan dans la relecture des textes, dans un sens déterminé, qui s'inscrit dans une filiation bien plus subjectiviste et kantienne, au détriment d'une lecture benthamienne de la législation⁷²⁵. Ce mouvement, initié par la Restauration, sera continué et amplifié sous la monarchie de Juillet⁷²⁶, porteuse de réformes d'envergures qui sont, du reste, particulièrement démonstratives de notre raisonnement, comme le sont les réformes qui touchent la reconnaissance des circonstances atténuantes.

Pour autant, il serait erroné de croire que toute critique est bonne à dire ou écrire, et l'exemple du procès mené contre François Nicolas Bavoux (1774-1848) nous en donne une illustration fameuse⁷²⁷. En poste à l'université de Paris, il est accusé d'avoir « excité » la foule d'étudiants en reniant le droit applicable, dans une atmosphère toujours acquise à la lecture exégétique des Codes : il proposait une compréhension qui s'éloignait du cadre strict des textes. Notamment, il critiquait vertement le système pénal en place, tant en cours que dans ses écrits, mais finira néanmoins par obtenir un acquittement. Cela démontre la défiance qui pouvait encore

⁷²⁴ François Nicolas BAVOUX, *Leçons préliminaires sur le Code pénal*, Paris, Bavoux, 1821, p. 566.

⁷²⁵ Jean PINATEL, « Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale, le point de vue criminologique et pénologique », art. cit., p. 758.

⁷²⁶ Pascal VIELFAURE, *L'évolution du droit pénal sous la monarchie de Juillet. Entre exigences politiques et interrogations de société*, op. cit., 2001.

⁷²⁷ Madeleine VENTRE-DENIS, « La Faculté de droit de Paris et la vie politique sous la Restauration. L'affaire Bavoux », *Revue d'Histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 5 (1987), p. 33-64.

exister à l'encontre des enseignants en droit, de qui nous attendions une servitude absolue à l'égard des textes⁷²⁸. Cependant, loin de s'avouer vaincu, Bavoux publie dès 1821 une critique acerbe du système législatif répressif, dans lequel nous pouvons notamment lire que :

N'ayant pu parcourir dans l'enseignement le cercle que je m'étais tracé, j'ai continué et étendu mon travail dans le cabinet. Nous sortions du régime des décrets et des lois faites à huis clos ; on nous annonçait une ère nouvelle ; nous allions voir répudier tous les moyens qui n'étaient propres qu'à l'usurpation et à la tyrannie : j'ai dû croire qu'il n'y avait qu'à faciliter une action désirée. Je ne pouvais penser qu'en examinant les actes législatifs d'un gouvernement qui, pour notre plus grand malheur aujourd'hui, avait pris pour règle de commettre l'arbitraire avec les lois, l'autorité, à qui l'on indiquait les écueils sur lesquels l'ancienne avait échoué, malgré l'habileté du pilote qui la conduisait, tournerait à mal la confiance que je mettais en ses protestations. [...]

Que Louis XVIII, au 19^e siècle, fasse disparaître de nos lois pénales toutes les rigueurs qui les déparent ; qu'il y ait pondération de sacrifices et d'avantages : le peuple, content de son sort, ne cherchera pas à changer. Les lois criminelles peuvent, plus qu'on ne pense, contribuer à un résultat de cette importance⁷²⁹.

Il reste que la période n'en est pas moins propice à un renouvellement de la pensée sur le phénomène criminel et le délinquant lui-même, puisque la doctrine semble pousser pour un adoucissement de la pénalité. Cet adoucissement doit s'adosser sur une meilleure prise en compte des circonstances, et donc de l'intentionnalité, ce qui contribue à renforcer la place de l'intention en tant qu'élément obligatoire des infractions. Cela sera particulièrement prégnant avec le regain de puissance des courants spiritualistes⁷³⁰.

⁷²⁸ Madeleine VENTRE-DENIS, « La Faculté de droit de Paris et la vie politique sous la Restauration. L'affaire Bavoux », art. cit., p. 63.

⁷²⁹ François Nicolas BAVOUX, *Leçons préliminaires sur le Code pénal*, op. cit., p. I et VI.

⁷³⁰ Adrien-Charles DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, op. cit., p. 33 : c'est l'héritage spiritualiste qui nous indique que l'humain est le seul à pouvoir commettre une infraction, puisqu'il y a un élément supplémentaire qui vient distinguer l'action humaine des autres types d'action : l'intention. En effet, l'intervention physique n'est pas l'apanage des humains, comme nous le signalait déjà Descartes en son temps, distinguant les animaux et les humains.

B. Les percées du spiritualisme, mise en œuvre de l'intention

Dès le départ, nous observons deux pôles qui se confrontent en termes de responsabilité. D'un côté, nous retrouvons les partisans du monde des idées ; de l'autre, ceux qui pensent le monde dans la matérialité⁷³¹. Les conséquences pratiques s'opposent en ce que les partisans de l'idéalisme auront une propension plus marquée à ne prendre en considération que les éléments immatériels pour apprécier la réalité. Les tenants du matérialisme, eux, font la chasse au transcendantal pour se focaliser sur la connaissance matérielle et objective des choses. Assez logiquement alors, les matérialistes privilégieront une responsabilité objective, quand les idéalistes auront une préférence pour la responsabilité subjective⁷³².

C'est cette opposition qui est ravivée par les penchants spiritualistes qui se développent de plus en plus sous la Restauration, pour atteindre leur apogée sous la monarchie de Juillet⁷³³. Ici, benthamiens et kantien trouveront un nouveau champ de bataille idéologique. Les matérialistes utilitaristes semblaient avoir l'ascendant depuis la promulgation du *Code pénal* de 1810, principalement rédigé par Target que nous savons acquis à la cause utilitariste⁷³⁴. Les dispositions sévères d'un Code qualifié de « code de fer »⁷³⁵ n'en sont qu'une autre démonstration. L'amendement est abandonné au profit d'une punition plus certaine et impressionnante, guidée par un impératif d'utilité, justement.

Il reste que tout un courant philosophique commence à s'imposer : le spiritualisme. La voie est notamment ouverte par Eugène Lerminier (1803-1857) qui

⁷³¹ Cette caractérisation en deux pôles spécifiques n'est pas propre au droit et surplombe même les courants philosophiques ou artistiques. En philosophie, nous trouvons la dichotomie classique entre réalisme et idéalisme, laquelle aura eu tendance à imprégner le droit du fait des ponts plus ou moins naturels qui existent entre ces deux disciplines. Nous pensons particulièrement à la méthode de l'humanisme juridique qui se voulait une synthèse entre les savoirs pour faire progresser la connaissance humaine. Sur ces derniers points, voir notamment Isabelle THOMAS-FOGIEL, « L'opposition entre réalisme et idéalisme ? », art. cit., p. 393-426. Sur l'humanisme juridique, voir notamment la référence générale proposée par Xavier PRÉVOST et Luigi-Alberto SANCHI (dir.), *L'humanisme juridique*, Paris, Garnier, 2022.

⁷³² V° « Responsabilité », dans Sylvain AUROUX (dir.), *Les notions philosophiques*, tome 2, *op. cit.* ; v° « matérialisme », dans Michel BLAY (dir.), *Grand dictionnaire de la philosophie*, *op. cit.* Nous renvoyons également à nos propos préliminaires sur la distinction entre la responsabilité objective et la responsabilité subjective.

⁷³³ Eugène LERMINIER, *De l'influence de la philosophie du XVIII^e siècle sur la législation et la sociabilité du XIX^e*, *op. cit.*, p. 304-309.

⁷³⁴ Stefano SOLIMANO, « L'établissement de l'ordre juridique napoléonien : le rôle de Guy Jean-Baptiste Target » [[en ligne](#)], art. cit. ; voir également Xavier MARTIN, « À propos d'un livre. Target, Bentham et le Code civil », art. cit., p. 131-132.

⁷³⁵ Jean-Marie CARBASSE, « Rapport introductif », art. cit., p. 27.

affirme que le droit est une science morale, entre la philosophie et l'histoire⁷³⁶. Il n'est donc pas étonnant de relever que Victor Cousin, philosophe, s'immisce dans cette brèche. Par ailleurs, il occupera divers postes d'enseignement en France. En parallèle il effectue des voyages en Allemagne, qui influenceront sa pensée. Sa vie sera ponctuée de rebondissements, puisqu'il sera jeté en prison, mais occupera également des postes gouvernementaux⁷³⁷. Il traduit de nombreuses œuvres, commente des auteurs classiques comme Spinoza, Descartes ou Platon, afin de renouer avec la pensée philosophique proche de l'idéalisme. Du reste, son spiritualisme ne fait aucun doute :

La loi morale ne peut commander qu'à une volonté libre. Le monde moral est celui de la liberté. Là où il y a libre détermination, acte voulu et délibéré, là est le monde spirituel. Or, nous ne vivons, nous ne subsistons que par des actes continuels de volonté et de liberté. Le monde spirituel est donc déjà pour nous sur cette terre. Nous vivons en quelque sorte sur les confins de deux empires séparés dont nous formons la mystérieuse réunion. [...] Mais quelle est la détermination de ma volonté qui éclaire à mes yeux ce monde invisible ? Demandez-le à la conscience. Examinez-vous quand vous faites votre devoir, et le ciel vous apparaîtra au fond de votre cœur. Ce n'est pas par des raisonnements qu'on acquiert la conviction du monde spirituel : c'est par un acte libre de vertu, qui est toujours suivi d'un acte de foi à la beauté morale, et d'une vue intérieure de Dieu et du ciel. Le monde sensible agit sur moi, et l'impression que je reçois est pour moi une occasion de vouloir. Ma volonté détermine à son tour un changement dans le monde sensible. C'est là l'ordinaire de la vie humaine, où le vouloir ne se manifeste qu'à la suite de mouvements sensibles et par des mouvements sensibles⁷³⁸.

Par ailleurs, c'est à l'occasion d'un commentaire du *Gorgias* qu'il posera quelques éléments intéressants sur sa vision de la pénalité :

Les âmes qui n'ont commis que des fautes légères, ne sont condamnées que pour peu de temps, et une fois purifiées, elles s'élèvent, non par rapport au lieu, ce qui est symbolique, mais moralement, par rapport à leur manière d'être. Les âmes coupables de grands crimes sont condamnées à toujours, n'étant jamais purifiées. Quoi donc, le châtement ne cesse-t-il jamais ? Il faut sans doute que la douleur passe sur les souillures contractées par le plaisir ; mais le châtement n'est pas éternel : mieux vaudrait dire que

⁷³⁶ Frédéric AUDREN et Jean-Louis HALPÉRIN, « La science juridique entre politique et sciences humaines (XIX^e-XX^e siècles) », art. cit., p. 4 ; de manière encore plus générale, ces auteurs relèvent que Lerminier est en contact avec des saint-simoniens et qu'il prend part aux discussions entre Michelet et Cousin.

⁷³⁷ Pierre-François MOREAU, « Victor Cousin, la philosophie et son histoire », *Le Télémaque*, 2 (2018), p. 59 et s.

⁷³⁸ Victor COUSIN, *Fragments philosophiques*, 3^e éd., tome 1, Paris, Ladrangé, 1838, p. 216-217.

l'âme est périssable. Un châtement éternel suppose une éternelle méchanceté : alors quel est son but ? Il n'en a point ; il est inutile, et Dieu et la nature ne font rien en vain⁷³⁹.

L'âme elle-même se corrige, mais peu à peu ; et ensuite selon son mérite propre, elle reprend de nouveau ses organes sur cette terre dans l'état où les a laissés sa première vie⁷⁴⁰.

Par ces propos, nous constatons effectivement les premières traces d'un retour de l'idée de perfectibilité de l'humain⁷⁴¹. Outre les liens évidents qui sont faits avec la religion dans son propos, l'utilité de la peine ne doit plus être la valeur dominante, au profit d'une possibilité de rachat de l'âme délinquante ; la rupture est consommée avec le système de 1810. De manière encore plus directe, il énonce que :

La première loi de l'ordre est d'être fidèle à la vertu, à cette partie de la vertu qui se rapporte à la société, savoir la justice. Mais si l'on y manque, la seconde loi de l'ordre est d'expié sa faute, et on ne l'expie que par la punition. Les publicistes cherchent encore le fondement de la pénalité. Ceux-ci, qui se croient de grands politiques, le trouvent dans l'utilité de la peine pour ceux qui en sont les témoins, et qu'elle détourne du crime par la terreur de sa menace et sa vertu préventive. Et c'est bien là, il est vrai, un des effets de la pénalité ; mais ce n'est pas là son fondement ; car la peine, en frappant l'innocent, produirait autant et plus de terreur encore et serait tout aussi préventive. Ceux-là, dans leurs prétentions à l'humanité, ne veulent voir la légitimité de la peine que dans son utilité pour celui qui la subit, dans sa vertu correctrice ; et c'est encore là, il est vrai, un des effets possibles de la peine ; mais ce n'est pas son fondement ; car, pour que la peine corrige, il faut qu'elle soit acceptée comme juste. Il faut donc toujours en revenir à la justice⁷⁴².

Il est intéressant de relever que la présence d'une forme d'utilité n'est pas absolument rejetée par l'auteur. Plus qu'une rupture, il cherche donc à proposer un système plus harmonieux en réunissant des idées qui ont déjà su faire leurs preuves. Ainsi, sans la renier, il ne faut pas pour autant que l'utilité soit le critère exclusif de la peine. Dès lors, pour lui, la peine doit être certes utile, mais guidée surtout par la

⁷³⁹ Vicror COUSIN, *Nouveaux fragments philosophiques*, Paris, Pichon, 1828, p. 401.

⁷⁴⁰ *Ibid.*, p. 403.

⁷⁴¹ François CHÉNÉDÉ, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, du mythe à la réalité », *Annuaire Michel Villey*, 4 (2012), p. 162 : un retour, puisque les rédacteurs du Code n'était ni spiritualistes, ni volontaristes. Il convient de se souvenir du pessimisme anthropologique de l'époque.

⁷⁴² Cousin tel que cité par Faustin HÉLIE, « Préface », dans Pellegrino Rossi, *Traité de droit pénal*, 2^e éd., tome 1, *op. cit.*, p. LI-LII.

justice – notion très largement indéterminée, mais qui fait sens dans un contexte de regain de la morale religieuse⁷⁴³.

Le spiritualisme de Cousin, qui sera également celui de MM. Guizot (1787-1874), Charles Lucas (1803-1889), Broglie (1785-1870) et, plus tard, de Rossi (1787-1848)⁷⁴⁴, commencera à imprégner la doctrine juridique pour former ce que nous appellerons l'école éclectique⁷⁴⁵.

Cette percée spiritualiste est favorisée par l'accession de Victor Cousin au ministère de l'Instruction en 1840. Il est cependant contré par Jules Ferry (1832-1893), positiviste, mais cette opposition voit pour vainqueur le cousinisme qui dominera le reste du XIX^e siècle, jusqu'aux grands bouleversements des théories positivistes italiennes⁷⁴⁶.

Néanmoins, plus qu'une percée victorieuse de l'idéalisme – notons d'ailleurs que Cousin critique Kant⁷⁴⁷ –, c'est une synthèse qui s'offre à nous : la morale limitée par l'utilité sociale⁷⁴⁸. Nous commençons donc à entrevoir le système de responsabilité tel qu'il nous parviendra encore aujourd'hui, bercé d'une forme d'utilitarisme, mais répondant à des impératifs spiritualistes, tel que la conviction inébranlable de l'existence d'une liberté chez les humains.

⁷⁴³ Les termes de « morale », de « responsabilité morale » ou encore de « bonne morale » fleurissent dans les ouvrages de cette période.

⁷⁴⁴ Faustin HÉLIE, « Préface », dans Pellegrino Rossi, *Traité de droit pénal*, 2^e éd., tome 1, *op. cit.*, p. LI : « L'esprit philosophique se réveilla sous la Restauration [ces auteurs ont] posé la question sur son véritable terrain et l'ont résolument examinée ». ; voir également Albert NORMAND, *Traité élémentaire de droit criminel*, *op. cit.*, p. 29.

⁷⁴⁵ Eugène ROQUES, *L'école éclectique du XIX^e siècle*, Paris, Dézobry, 1861, p. VI ; pour une référence bibliographique contemporaine, voir Jérôme FERRAND, « La science du droit à l'épreuve du spiritualisme éclectique dans le premier XIX^e siècle. Enquête sur les soubassements de la culture juridique contemporaine » [[en ligne](#)], *Clio@Themis*, 9 (2015), URL : <https://journals.openedition.org/cliiothemis/1513>.

⁷⁴⁶ Hervé TERRAL, « Le dialogue Tarde-Buisson : "L'enfance criminelle et l'éducation" (1897) » [[en ligne](#)], *Champ pénal/ Penal Field*, publié le 14 septembre 2005 [consulté le 30 juin 2020], URL : <https://journals.openedition.org/champpenal/247#quotation>.

⁷⁴⁷ Pour Cousin, il convient de fonder la morale sur le cœur, alors que Kant la fonde sur les idées ; sur ce dernier point, voir Jean-François NIORT, *Homo civilis, contribution à l'histoire du Code civil français*, *op. cit.*, p. 643. Pour autant, Kant n'est pas absolument ignoré ; il peut constituer un point de départ, mais pas une finalité. Le point de départ se trouvera essentiellement chez Descartes, que Victor Cousin commentera beaucoup. Ici, voir notamment Jean PINATEL, « Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale, le point de vue criminologique et pénologique », *art. cit.*, p. 758.

⁷⁴⁸ Albert NORMAND, *Traité élémentaire de droit criminel*, *op. cit.*, p. 29 et 87.

De fait, nous avons donc pu constater en quoi le changement de régime politique avait pu permettre une forme de remise en cause de l'état législatif en matière pénale. La pénalité est alors jugée sévèrement, parce que trop abrupte et, à l'arbitraire des juges avait été posé l'arbitraire de la loi, encore plus terrible. Ces contestations, plus ou moins bien accueillies, ouvrent néanmoins la brèche pour une pensée moins versée dans l'utilitarisme absolu : le spiritualisme. Menée par des auteurs comme Victor Cousin, la pensée spiritualiste remet au goût du jour plusieurs notions, dont deux qui nous apparaissent centrales pour l'étude de l'intention : l'amendement du criminel, qui n'est donc plus enfermé dans une perspective quasi déterministe de récidive ; un libre arbitre qui, nécessairement, amène avec lui l'idée d'intention. Ces facteurs favorables vont alors offrir de manière encore plus prégnante une relecture de la législation, pour la faire basculer vers plus de subjectivisme, avec pour objectif premier d'atténuer la ferveur des peines ; la conséquence incidente, là encore, sera un retour en force de l'intention dans l'appréciation de l'infraction criminelle.

§ 2. Des indices textuels d'une présence de l'intention

Pour trouver le chemin de l'intention, il nous faut remonter les indices textuels qui sont laissés çà et là. En effet, à défaut de disposition d'envergure qui viendrait préciser la définition légale de l'infraction, à l'image de ce que nous pouvons connaître à partir du *Code pénal* de 1994, nous devons nous en remettre à ce jeu de piste pour remonter à l'origine de l'infraction et à titre incident, pouvoir connaître la responsabilité en jeu. Nous l'avons vu, une forme de responsabilité objective, guidée par le matérialisme et l'utilitarisme de Target, pouvait poindre dans le texte initial de 1810. Néanmoins, cette lecture doit désormais être couplée avec les avancées jurisprudentielles sur la lecture de l'intention comme élément obligatoire de l'incrimination.

Notre travail sera donc de regarder quels sont les textes spécifiques qui peuvent servir de port d'attache à l'intention imposée de manière générale dans l'ensemble de la législation. En effet, nous partons de l'hypothèse selon laquelle cette responsabilité subjective sera construite sur une fraction seulement du Code, puisque tous les articles ne font pas de référence explicite à l'élément moral. De fait, c'est en partant de ces

fragments qu'un système plus global sur l'intention pourra voir le jour, en systématisant la responsabilité (A).

D'un autre côté, cela nous offrira l'opportunité de voir dans quelle mesure la responsabilité rigoureuse et plutôt objective du *Code pénal* de 1810 tend à basculer vers une responsabilité matériellement subjective. La nuance est importante puisque nous avons des textes qui laissaient supposer que la responsabilité en place devait être objectivée, mais la pratique imposait plus ou moins consciemment une responsabilité subjective. Désormais, en prenant pour appui les fameux indices textuels présents dans le Code, certainement peut-on déceler une forme de relecture intentionnelle d'un système initialement marqué du sceau de l'objectivité (B).

A. Le recensement d'articles ambivalents

Puisque le *Code pénal* de 1810 ne pose pas d'article préliminaire qui imposerait un type défini de responsabilité, cette dernière demeure vague et tributaire d'une appréciation de la part des magistrats, en qui une forme de confiance a été retrouvée :

Sans doute le magistrat ne doit et ne peut prononcer que la peine de la loi : mais n'y a-t-il pas quelque distinction à faire entre deux hommes convaincus du même crime ? Doit-on placer sur la même ligne le jeune homme séduit, que des conseils désastreux et son inexpérience ont précipité dans l'abîme, et l'homme dont la profonde corruption est manifeste, et dont toute la vie est souillée de crimes ?

Ici, nous avons pensé qu'une saine politique et la justice bien entendue, appelaient sur la magistrature une marque honorable de confiance, non que les cours puissent changer la nature de la peine indiquée par la loi ; mais la loi voudra que chaque espèce de peine puisse être prononcée pour un temps qui ne doit être moindre ni excéder les limites qu'elle prescrit. C'est dans cette latitude que les magistrats, après avoir présidé à toute l'instruction, pesant le degré de perversité de chaque accusé, connaissant parfaitement toutes les circonstances qui peuvent aggraver ou atténuer le fait, c'est, disons-nous, dans cette latitude que les magistrats fixeront la durée de la peine légale qu'ils doivent appliquer⁷⁴⁹.

Il en va de même concernant les éléments constitutifs de l'infraction. Aujourd'hui, nous considérons aisément que l'incrimination se compose d'un élément

⁷⁴⁹ Jean-Guillaume LOCRIÉ DE ROISSY (dir.), *La législation civile, commerciale et criminelle de France*, tome 29, *op. cit.*, p. 197-198.

matériel et d'un élément moral⁷⁵⁰. Néanmoins, cette précision était absente en 1810, ce qui en constitue un défaut flagrant au regard du principe de la légalité criminelle⁷⁵¹ ; en effet, comment respecter le principe de légalité et l'interprétation stricte des textes quand le fondement même du droit de punir, l'infraction, se voit amputée de toute définition opérationnelle ? Pour autant, la jurisprudence imposera un sens qui fait la part belle à la « question intentionnelle » pour les infractions criminelles⁷⁵² ; il est alors assez logique que cette appréciation ait déteint dans le délictuel pour s'imposer également.

Ce glissement n'a pas été effectué sans fondement, au risque sinon d'une contradiction flagrante avec le principe de la légalité criminelle. De fait, plus qu'une interprétation *contra legem*, il nous semble pouvoir dire que c'est une interprétation *praeter legem* qui a été réalisée, de manière extensive – et ce, alors que l'interprétation criminelle doit se garder des effets extensifs dans son travail⁷⁵³.

Le *Code pénal* laissait donc planer une forme de doute sur certaines infractions, que nous avons pris le soin de relever. Les termes qui y sont déployés font montre d'une imprécision et peuvent ouvrir les portes d'une responsabilité qui ne saurait se contenter, uniquement, d'une appréciation matérielle. Nous avons donc recherché les termes suivants, généralement cousins de l'intention : dessein, dol, élément moral, élément intellectuel, fraude, frauduleusement, frauduleuse, frauduleux, intention, intentionnel, intentionnelle, intentionnellement, malice, méchamment, sciemment, volontairement, volonté. Le choix de ces termes a été établi en lisant le *Code pénal* de 1791, et en essayant d'apprécier les synonymes de l'intentionnalité à la lecture comparée entre le *Code pénal* de 1791 et celui de 1810. Dans le détail, voici le nombre d'apparitions pour chaque terme :

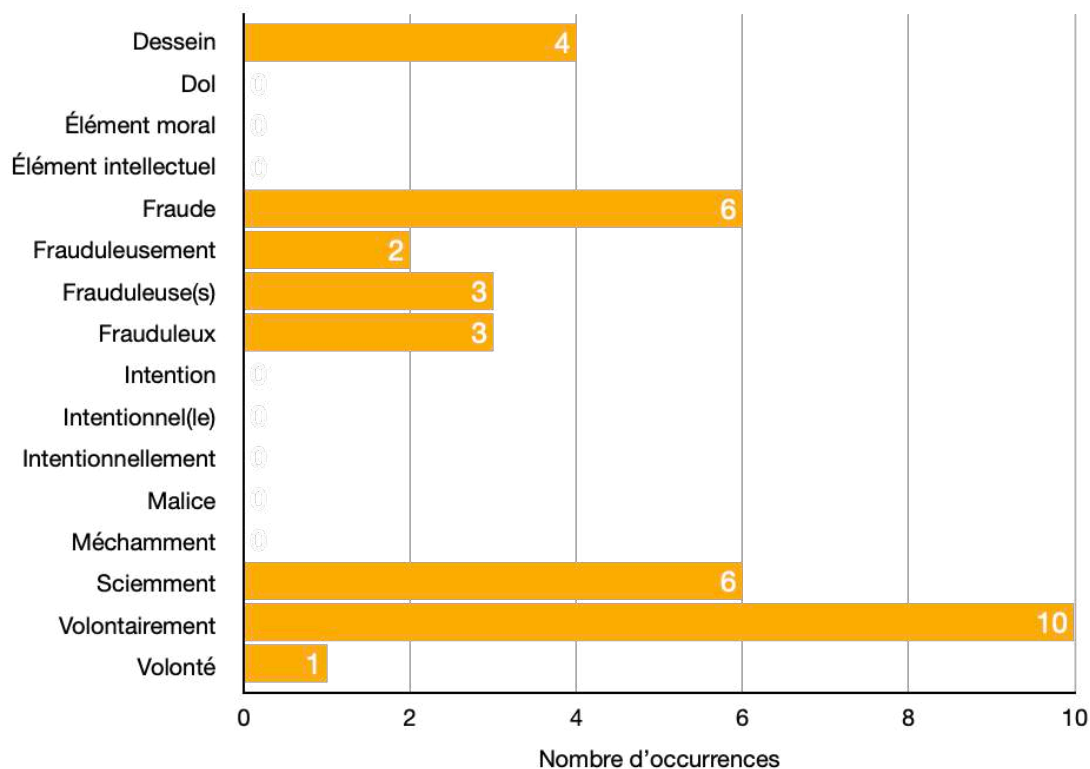
⁷⁵⁰ Gaston STEFANI, Georges LEVASSEUR et Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, 17^e éd., Paris, Dalloz, 2000, p. 226 et s. ; Xavier PIN, *Droit pénal général*, 13^e éd., *op. cit.*, p. 184 et s. et p. 210 et s.

⁷⁵¹ Jacques-Henri ROBERT, « L'histoire des éléments de l'infraction », art. cit., p. 269-284.

⁷⁵² Jérôme FERRAND, « Quand la forme emporte le fond : de l'incidence des formes processuelles sur la genèse de la théorie générale de l'infraction », art. cit.

⁷⁵³ Pour une référence générale et contemporaine sur l'appréciation stricte au pénal, voir Valérie MALABAT, *Appréciation in concreto et in abstracto en droit pénal*, *op. cit.*, p. 367. Cette interdiction est également rappelée par Andrew ASHWORTH et Eva STEINER, « Criminal Omissions and Public Duties: The French Experience », art. cit., p. 155.

*L'intention et ses avatars dans le
Code pénal de 1810⁷⁵⁴*



Nous pouvons constater que de nombreux termes n'apparaissent jamais ; il s'agit du dol, de l'élément moral et intellectuel, de l'intention et ses termes dérivés, de la malice, et de méchamment. D'autres apparaissent de manière groupée dans un seul et même article, comme c'est par exemple le cas de l'article 419 qui mobilise les vocables « dessein » et « frauduleux » :

Tous ceux qui, par des faits faux ou calomnieux semés à **dessein** dans le public, par des suoffres faites aux prix que demandaient les vendeurs eux-mêmes, par réunions ou coalitions entre les principaux détenteurs d'une même marchandise ou denrée, tendant à ne pas la vendre, ou à ne la vendre qu'à un certain prix, ou qui par des voies ou moyens **frauduleux** quelconques auront opéré la hausse ou la baisse du prix des denrées ou marchandises ou des papiers et effets publics au-dessus ou au-dessous des prix qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce, seront puni d'un emprisonnement d'un mois au moins, d'un an au plus, et d'une amende de cinq cents francs à dix mille francs. Les coupables pourront de plus être mis, par l'arrêt

⁷⁵⁴ Le détail de l'analyse est disponible en annexe de ce travail. Spécifiquement, voir Annexe VIII – La recherche de l'intention dans le *Code pénal* de 1810.

ou le jugement, sous la surveillance de la haute police pendant deux ans au moins et cinq ans au plus⁷⁵⁵ [nous soulignons].

C'est également la situation de l'article 403 qui utilise « frauduleuse » et « frauduleux » : « Ceux qui, conformément au Code de commerce, seront déclarés complices de banqueroute **frauduleuse**, seront punis de la même peine que les banqueroutiers **frauduleux** » [nous soulignons]. Cette accumulation de termes qui font référence à l'intention ne se limite pas à ces deux exemples⁷⁵⁶. Enfin, nous nous apercevons que le vocable qui tire son épingle du lot n'est autre que « volontairement », avec 10 apparitions.

L'intention est donc absente de manière immédiate, mais sa présence médiata est véhiculée par ces avatars que sont les termes qui lui sont cousins. Selon nous, ce sont ces mêmes termes qui seront utilisés pour faire émerger une relecture subjectiviste des infractions. Finalement, le panel des notions qui seront employées est assez restreint puisqu'il se concentre sur les mots suivants : dessein, fraude, frauduleusement, frauduleuse(s), frauduleux, sciemment, volontairement, volonté. Si nous resserrons l'étau autour des racines des mots susmentionnés, nous retrouvons un noyau dur encore plus ténu : dessein, fraude, sciemment, volonté. Ce sont donc ces quatre occurrences principales qui sont prédominantes pour construire une nouvelle vision sur la responsabilité qui innervera l'ensemble du Code.

Or, ces termes sont peu nombreux face à l'ensemble des autres mots, et démontrent une inscription plus matérielle du *Code pénal* de 1810⁷⁵⁷. Pour rappel, le nombre d'articles qui, au total, comprennent ces synonymes de l'intention s'élève à 28, ce qui paraît bien peu en contraste avec les 484 articles que compte le Code – cela représente 5,8 % de présence.

Il en découle que le recensement des articles qui touchent de près ou de loin l'intention démontre une relative faiblesse du vocabulaire déployé. L'ensemble se resserre autour de quatre termes : dessein, fraude, sciemment, volonté. Ce sont ces

⁷⁵⁵ *Code pénal* de 1810, art. 419.

⁷⁵⁶ Plus précisément, en plus des deux exemples mentionnés ci-avant, il convient de relever que l'article 424 mobilise deux fois le terme « fraude » ; l'article 268 utilise le terme « sciemment » accolé de « volontairement » ; l'article 96 inscrit « volontairement » et « sciemment » également. Ces répétitions provoquent le fait qu'il y ait un total de 35 termes qui fassent référence à l'intention de manière plus ou moins directe, mais que ces références ne soient présentes que dans 28 articles du *Code pénal* de 1810.

⁷⁵⁷ Xavier MARTIN, « À propos d'un livre. Target, Bentham et le Code civil », art. cit., p. 147-148.

mots qui, lus dans un sens qui ne fait plus prévaloir la matérialité, mais l'intentionnalité, serviront d'autant de chevaux de Troie pour subjectiver la lecture que nous pouvons avoir du Code pénal. Cette avancée n'est donc pas textuelle et ne repose pas sur une réforme d'envergure de la législation, mais s'effectue au prix d'un changement sémantique, d'une relecture intentionnelle dans un contexte favorable à l'émergence d'une responsabilité subjectivée.

B. La relecture intentionnelle d'un système marqué par l'objectivité

Le système pénal mis en place par la législation de 1808 et 1810 peut être vu comme objectif à plusieurs titres. Il est objectif en ce qu'il n'impose pas nettement de responsabilité subjective, excepté les hypothèses où l'intention, entendue dans son sens large, vient poser problème – nous visons là les questionnements autour de l'imputation, mais également les dispositions particulières mises en œuvre à raison de l'âge de la personne condamnée⁷⁵⁸. Néanmoins, ces adaptations se font à la marge, et le système qui paraît dominant, dans toute sa sévérité, est celui d'une appréhension objectivée de la responsabilité⁷⁵⁹. Il est objectif, également, par les peines qu'il met en place et qui ne visent plus nécessairement la réhabilitation du délinquant, comme la marque ou les peines perpétuelles – et la mort, qui est définitive, bien entendu. C'est donc en partant de ce constat qu'il peut être étonnant de faire face à une forme de subjectivation de la responsabilité. Cette dernière a déjà débuté sous l'impulsion du Tribunal de cassation⁷⁶⁰, et va se continuer en faisant tache d'huile pour toutes les infractions.

D'ailleurs, le conseiller d'État Louis-Joseph Faure n'aura aucun mal, au moment des travaux préparatoires, d'affirmer qu'une infraction est composée d'un élément matériel et d'un élément moral, quelle que soit l'incrimination visée⁷⁶¹. Cette affirmation se pose en contradiction formelle avec le principe de la légalité entendu strictement, qui imposerait de ne rien enlever aux textes, mais, surtout, de ne rien leur

⁷⁵⁸ Code pénal de 1810, art. 59 à 74.

⁷⁵⁹ Jean-François NIORT, *Homo civilis, Contribution à l'histoire du Code civil français*, op. cit., p. 73 et s.

⁷⁶⁰ Jean-Louis HALPÉRIN, *Le Tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799)*, tome 2, op. cit., p. 568 : « Le Tribunal de cassation paraît cependant avoir considéré, dans ses premières années, que la question intentionnelle n'était indispensable que pour certains crimes ». C'est donc sur une forme de flottement que l'intention s'immisce dans la législation révolutionnaire, avant, finalement, d'être étendue à l'ensemble des crimes.

⁷⁶¹ Jean-Guillaume LOCRÉ DE ROISSY (dir.), *La législation civile, commerciale et criminelle de France*, tome 29, op. cit., p. 264.

ajouter. Pour autant, c'est bien une relecture générale que prône Louis-Joseph Faure puisque, comme nous l'avons relevé, seulement 28 articles font référence de près ou de loin à l'intention et ses avatars. Si son affirmation peut donc tenir dans le respect de la légalité formelle pour ces 28 incriminations, cela n'est pas le cas pour les 456 autres.

De surcroît, nous avons pu relever précédemment que les termes qui seront utilisés pour faire percer l'intention dans la législation ne visent pas la terminologie directe de l'intentionnalité : les vocables d'intention et ses dérivés, d'élément moral ou d'élément intellectuel, entre autres, sont abandonnés dans les abysses législatifs et n'ont pas droit de cité dans les textes⁷⁶². Nous devons nous contenter de quatre termes et de leurs cousins directs : dessein, fraude, sciemment, volonté.

Leurs définitions respectives peuvent nous éclairer sur l'incursion de l'intentionnalité et donc de la responsabilité subjective, qui sera opérée dans la législation. En effet, en 1835 le dessein est défini comme suit :

Intention de faire quelque chose, vue, projet, résolution. Beau dessein. Grand dessein. Dessein généreux, noble, extraordinaire. Mauvais dessein. Dessein pernicieux, bizarre, horrible, etc. Prendre un dessein. Le dessein en est pris. Concevoir un dessein. Former un dessein. Avoir des desseins. Avoir dessein de voyager. Changer de dessein. Cacher son dessein. **Exécuter son dessein.** Avoir de grands desseins. Venir à bout de ses desseins. Accomplir ses desseins. Il le fit servir à ses desseins. Être l'instrument des desseins de quelqu'un. Les desseins de la Providence. Ils connaîtront les desseins que j'ai sur eux. Prévenir, renverser, traverser, ruiner les desseins de quelqu'un. Découvrir, pénétrer, éventer le dessein des ennemis. Les ennemis ont quelque dessein sur telle place. **Il y est allé de dessein prémédité. Il a entrepris cela de dessein formé. Il l'a fait sans dessein. Il ne va pas là sans dessein. Il y va avec dessein.** Il a y du dessein. Il y a du dessein à cela. Il y a là du dessein. Il est venu dans un bon dessein, dans un mauvais dessein, à mauvais dessein. Il est là dans le dessein de faire telle chose. Il était parti dans le dessein, avec le dessein d'aller vous voir⁷⁶³ [nous soulignons].

⁷⁶² Nous expliquons cela en posant l'hypothèse que, pour trouver un accord entre rédacteurs déchirés, le plus simple fut d'adopter des textes obscurs, en faisant fi de toute définition concrète sur la responsabilité. Du reste, le terme même de responsabilité n'est pas encore d'usage commun comme nous le rappellent Michel VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », art. cit., p. 45-58 et Dominique LAGORGETTE, « Étude diachronique de "responsable" et des termes associés (XII^e-XVIII^e siècles) », art. cit., p. 27-87.

⁷⁶³ V^o « Dessein », *Dictionnaire de l'Académie française* [en ligne], 6^e éd., 1835 [consulté le 4 avril 2021], URL : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A6D1050>.

La date de 1835 n'est pas innocente pour le choix de l'édition du *Dictionnaire de l'Académie française* retenue, puisque c'est la date la plus proche de la période pour laquelle nous suspectons que la relecture subjective du Code soit réalisée. En effet, nous mettons en lien la relecture globale de la responsabilité dans le Code avec les changements de régime politique, dont la monarchie de Juillet qui voit de grandes réformes spiritualistes adoptées, telles que la loi d'avril 1832, mais connaît également l'émergence et la quasi-hégémonie du spiritualisme cousinien dans le même temps⁷⁶⁴.

Pour en revenir à notre définition, nous partons du postulat que les éléments qui sont posés par les dictionnaires sont ceux dont il est généralement admis qu'ils revêtent telle ou telle autre signification. Le mouvement n'est pas inverse : ce n'est pas le dictionnaire qui impose la signification, sinon la société qui imprime une marque subjective sur une enveloppe vide – un mot –, laquelle, en se remplissant, peut ensuite pénétrer les dictionnaires. Ici, la notion de « dessein » est donc reliée immédiatement à « l'intention de faire quelque chose ». Dès lors, l'intention a beau ne pas être présente matériellement et directement dans le Code de 1810, l'expression « dessein » la place pourtant au cœur de la législation. Néanmoins, le vocable dessein peut être prouvé de plusieurs manières. Prenons l'exemple de l'article 251 du *Code pénal* de 1810, lequel dispose que :

Quiconque aura, à dessein, brisé des scellés apposés sur des papiers ou effets de la qualité énoncée en l'article précédent, ou participé au bris des scellés, sera puni de la réclusion, et si c'est le gardien lui-même, il sera puni des travaux forcés à temps⁷⁶⁵.

Nous pouvons aisément remplacer « à dessein » par « avec intention », de telle sorte que l'article pourrait être formulé comme suit : « Quiconque aura, avec intention, brisé des scellés apposés sur des papiers [...] ». Cependant, selon une lecture neutre, et peut-être plus objective de cette infraction, nous pourrions déduire que l'expression « à dessein » désigne le fait de briser les scellés, en sachant que l'on brise des scellés de documents qui ne nous sont pas destinés. Alors, la preuve sera beaucoup plus matérielle puisqu'il suffira de constater que l'individu qui brise le scellé n'est pas le

⁷⁶⁴ S'il ne s'agit pas d'une nouveauté que d'affirmer que ces changements de régimes sont favorables à un changement de la philosophie dominante, nous prenons le parti de revisiter ces éléments à l'aune de l'intention, ce qui n'a pas été fait par le passé. Sur l'expansion du cousinisme, voir notamment Hervé TERRAL, « Le dialogue Tarde-Buisson : "L'enfance criminelle et l'éducation" (1897) » [[en ligne](#)], art. cit. Ou encore, Jean-François NIORT, *Homo civilis, Contribution à l'histoire du Code civil français*, op. cit., p. 642.

⁷⁶⁵ *Code pénal* de 1810, art. 251.

destinataire des documents. Dans une lecture subjectiviste, il faudra partir en quête de l'intention délibérée de briser des scellés, tout en sachant que nous n'y étions pas autorisés. Ici, les éléments de preuve sont nettement moins matériels qu'en suivant la première lecture.

La fraude, pour sa part, est définie comme suit par le *Dictionnaire de l'Académie française* :

Tromperie, **action faite de mauvaise foi**. Fraude grossière. Fraude subtile. Fraude manifeste. Fraude pieuse. Faire une fraude. Sans faire de fraude. Sans user de fraude. Sans fraude. Par fraude. Suspect de fraude. Trouver quelqu'un en fraude. Faire un contrat en fraude de ses créanciers⁷⁶⁶ [nous soulignons].

Là encore, la présence de l'intention peut se déduire de la définition posée par ce dictionnaire, particulièrement de l'expression « action faite de mauvaise foi ». La mauvaise foi renvoie à la connaissance que ce que l'on fait n'est pas dans les clous de la moralité, ce qui nous propulse dans un système subjectif, puisque fondé sur la notion de morale. L'intention est donc présente dans son absence, par un jeu de déduction des textes.

Le constat est similaire avec la définition de « sciemment »⁷⁶⁷, et il est encore plus flagrant avec les précisions apportées sur le vocable « volonté »⁷⁶⁸.

Dès lors, si le Code masque l'apparition frontale et nette de l'intention dans le corps même de ses articles, elle peut être déduite par une lecture extensive et subjective des quelques termes semés au gré des incriminations, comme nous venons de le voir. Notre hypothèse tient en ce que, dans un premier, la lecture du texte était très littérale,

⁷⁶⁶ V° « Fraude », *Dictionnaire de l'Académie française* [en ligne], 6^e éd., 1835 [consulté le 4 avril 2021], URL : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A6F0986>.

⁷⁶⁷ V° « Sciemment », *Dictionnaire de l'Académie française* [en ligne], 6^e éd., 1835 [consulté le 4 avril 2021] : « Avec connaissance de ce que l'on fait, avec réflexion. Il a fait cela sciemment. Ce n'a pas été par mégarde, mais sciemment, malicieusement. Il ne l'a pas fait sciemment ». URL : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A6S0472>.

⁷⁶⁸ V° « Volonté », *Dictionnaire de l'Académie française* [en ligne], 6^e éd., 1835 [consulté le 4 avril 2021] : « Faculté de vouloir, de se déterminer à quelque chose. L'entendement éclaire la volonté. La volonté est souvent déterminée par la passion. Il se dit particulièrement de cette faculté en tant qu'elle est plus ou moins agissante. Volonté efficace. Volonté absolue, inflexible. Ferme volonté. Volonté débile, chancelante. [...] Se dit, par extension, des actes mêmes de la volonté, de ce qu'une personne veut, prescrit ou désire [...] ». URL : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A8V0757>.

en appliquant sèchement la méthode exégétique dans l'analyse des dispositions⁷⁶⁹. C'est cette lecture abrupte, réductrice, et trop sévère qui sera critiquée par des auteurs tels que Bavoux⁷⁷⁰ ou Bérenger (1785-1866)⁷⁷¹ – pour ne citer qu'eux –, et qui donnera lieu à une inflexion assez forte pour opérer une relecture subjective du texte. Cette relecture généralisée du *Code pénal* s'appuie sur l'inflexion puissante de la jurisprudence de la Cour de cassation en ce sens⁷⁷². Nous sommes donc en présence d'une évolution législative sans rupture textuelle : les articles se parent des atours de la subjectivité sans qu'ils ne soient formellement remaniés.

Plus encore, cette relecture est soutenue par le spiritualisme qui pose les idées comme éléments vitaux de toute connaissance⁷⁷³. Or, imposer une vision du monde fondée sur les idées facilite la réception de l'intentionnalité dans les actes. Il est à rappeler que Victor Cousin, influent dans la première moitié du XIX^e siècle et plus tard encore, est un grand lecteur de Descartes⁷⁷⁴. Il essaye de poser de nouveau les idées principales du célèbre penseur du *cogito ergo sum*⁷⁷⁵. Descartes constitue l'un de nos points de départ pour l'étude de l'intention, en ce qu'il aura su distinguer le royaume immatériel de celui de la matière ; il est d'ailleurs reconnu comme le « fauteur de trouble » de l'intentionnalité/intentionnalité par tout un courant de philosophie analytique⁷⁷⁶.

⁷⁶⁹ Cette même méthode qui est ouvertement critiquée par les auteurs à l'orée de l'Empire.

⁷⁷⁰ François Nicolas BAVOUX, *Leçons préliminaires sur le Code pénal*, op. cit.

⁷⁷¹ Alphonse BÉRENGER, *De la justice criminelle en France, d'après les lois permanentes, les lois d'exception, et les doctrines des tribunaux*, Paris, L'Huillier, 1818, spéc. p. I-III : « L'auteur de ce livre, ayant le bonheur de vivre sous un gouvernement représentatif, et par conséquent dans un état libre, a cru pouvoir écrire avec liberté sur les institutions judiciaires de son pays. Il a trouvé qu'elles étaient incompatibles avec la monarchie constitutionnelle, et il l'a dit. [...] Il ne se dissimule pas cependant que son livre blessera beaucoup d'amours-propres, mais il ne fera que les blesser, et de telles piqûres sont légères ; l'auteur aura atteint son but s'il parvient à fixer l'attention du législateur sur la nécessité d'améliorer nos lois, et s'il éclaire quelques magistrats sur leurs propres aberrations ».

⁷⁷² Céline SAPHORE, *La jurisprudence criminelle de la Cour de cassation sous la Révolution et l'Empire (1790-1810)*, op. cit., p. 267 notamment.

⁷⁷³ Paul FAUCONNET, *La responsabilité, étude de sociologie*, op. cit., p. 200.

⁷⁷⁴ Jean PINATEL, « Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale, le point de vue criminologique et pénologique », art. cit., p. 758-759.

⁷⁷⁵ La référence apparaît dans un premier temps, uniquement en français, chez Renée DESCARTES, *Discours de la méthode*, tome 1, op. cit., p. 158 : « et remarquant que cette vérité, je pense donc je suis, étoit si ferme et si assurée, que toutes les plus extravagantes suppositions des sceptiques n'étoient pas capables de l'ébranler, je jugeai que je pouvois la recevoir sans scrupule pour le premier principe de la philosophie que je cherchois ». Notons, de plus, que cette édition de 1824 n'est dirigée par personne d'autre que Victor Cousin lui-même.

⁷⁷⁶ Valérie AUCOUTURIER, *Qu'est-ce que l'intentionnalité ?*, Paris, Vrin, 2012, p. 10 ; Valérie AUCOUTURIER, *L'intention en action*, op. cit., p. 7 : elle nous explique que la philosophie de l'action émerge au XX^e siècle sous la plume d'Elisabeth Anscombe, qui continue la mise en crise apportée par Descartes à propos de l'interaction entre l'esprit et le corps. De ce point de vue, Renée Descartes est bien le premier secouer cette interaction entre esprit et matière.

Ainsi, bénéficiant d'une jurisprudence insistante et d'un contexte favorable, le *Code pénal* de 1810 qui paraissait neutre dans sa formulation de la responsabilité sera relu pour faire prévaloir une responsabilité subjectivée. Cette relecture est possible parce que des termes relativement flous ont été mobilisés, à l'image de la fraude ou de la volonté, qui peuvent être prouvées par des éléments éminemment matériels, comme relever de l'immatériel. Alors que la première version avait vraisemblablement tendance à dominer dans la première partie du XIX^e siècle, poussant les auteurs à en critiquer la sévérité, et les jurés à acquitter ou amoindrir les qualifications, nous posons l'hypothèse que, dans un second mouvement, c'est cette lecture subjectivée qui vaincra désormais. Nous y voyons une réaction directe à ce que Loqué (1758-1840) posait comme constat :

En voulant tout définir, tout régler avec précision, on force le juge tantôt d'en faire trop, tantôt de n'en pas faire assez ; on établit l'arbitraire de la loi, mille fois plus redoutable que le sien⁷⁷⁷.

C'est donc dans cette lutte contre l'arbitraire de la loi que pourra s'imposer l'intention, en marge des textes, pour récupérer une marge de manœuvre bienvenue dans une législation trop rigoureuse.

⁷⁷⁷ Jean-Guillaume LOCRÉ DE ROISSY (dir.), *La législation civile, commerciale et criminelle de France*, tome 1, 1827, p. 169.

Section II. Les circonstances atténuantes, prise en compte détournée de l'intention

La législation pénale napoléonienne n'offrait de place qu'aux circonstances aggravantes, laissant de côté les circonstances atténuantes. Cela répondait au besoin d'une législation rigoureuse pour mater toutes velléités insurrectionnelles et mettre un terme aux troubles sociaux. Seulement, les jurés avaient alors tendance à acquitter, mais, surtout, à déqualifier les infractions en jouant sur l'intentionnalité de l'agent infractionnel. De fait, si l'acte d'accusation faisait remonter une hypothèse d'homicide volontaire, les jurés y voyaient finalement un homicide involontaire. Ce jeu sur l'intentionnalité était un palliatif pour amoindrir la peine qu'ils savaient sinon sévère.

Ainsi, à la faveur d'un contexte politique favorable pour la prise en compte accrue de la moralité de l'action, les circonstances atténuantes sont-elles prises en considération dans une première loi en 1824. Cette dernière plaçait assez logiquement la reconnaissance des circonstances atténuantes entre les mains des juges professionnels, puisqu'elle concerne la pénalité. Or, alors que les jurés s'occupent des faits et de prononcer la culpabilité au regard de ces derniers, les juges, eux, doivent prononcer les peines. Néanmoins, cette organisation qui n'offre pas de garantie aux jurés sur le fait que les magistrats retiendront des circonstances atténuantes n'entraîne pas les effets escomptés. Nous qualifions donc cette loi d'insuffisante, quoique contributrice d'une meilleure prise en considération de l'intention de manière détournée (§ 1).

Il fallait donc remédier à cela : c'est l'objectif de la seconde loi concernant les circonstances atténuantes de 1832. Au prix d'une torsion de la répartition entre les faits aux jurés et le droit aux magistrats, elle confie la possibilité de reconnaître les circonstances atténuantes au jury, ce qui permet à cette institution de mobiliser cet outil toutes les fois où la peine encourue semble trop sévère et mériterait d'être quelque peu adoucie. Alors, les circonstances atténuantes permettent d'affiner la réponse pénale pour les hypothèses où, bien que le prévenu soit reconnu coupable d'avoir commis matériellement – et intellectuellement – telle ou telle infraction, il ne mériterait pas, cependant, la peine automatiquement prévue pour répondre à l'offense. Or, puisque les faits sont immuables, la variable d'ajustement se trouvera ici sur le degré d'intentionnalité exprimé dans la commission de l'action répréhensible. Le système pénal fondé sur l'intention s'en trouve une nouvelle fois conforté (§ 2).

§ 1. L'insuffisante loi de juin 1824

La loi de juin 1824 vient correctionnaliser certaines infractions et permet aux magistrats de reconnaître des circonstances atténuantes⁷⁷⁸. Nous observons donc un double phénomène qui tient en un adoucissement latent de la pénalité d'une part, tout en proposant un système logique, mais insuffisant d'autre part.

Néanmoins, l'adoucissement de la pénalité n'est pas généralisé et répond à des critères assez restrictifs : toutes les hypothèses ne peuvent pas être bénéficiaires de circonstances atténuantes, et le cadre semble refermé sur lui-même, tout en ne définissant pas ce que sont les circonstances atténuantes⁷⁷⁹. Ces dernières peuvent être matérielles, comme immatérielles, et ainsi viser l'intention à titre incident (A).

En parallèle, nous n'oublions pas que la reconnaissance des circonstances atténuantes avait pour objectif de rassurer les jurés sur la pénalité appliquée, et donc faire obstacle à ce qu'ils acquittent ou revoient les faits dans un sens favorable à l'accusé. Il y a donc une certaine logique dans la manière d'opérer par cette réforme qui, suivant la distinction classique jurés/faits, juges/droit, remet entre les mains des magistrats le pouvoir de reconnaître les circonstances atténuantes au moment de leur réflexion sur la peine⁷⁸⁰. Cependant, cette logique touche ses limites lorsque les jurés ne sont pas convaincus par l'action des juges et acquitteront, non plus par crainte d'une peine qu'ils estiment injuste, mais par peur que les magistrats ne reconnaissent pas, effectivement, de circonstances atténuantes (B).

A. Un adoucissement circonstancié de la pénalité

La loi du 25 juin 1824 apporte des modifications substantielles à l'organisation répressive en reconnaissant des circonstances atténuantes. Jusqu'à présent, seules les circonstances aggravantes étaient inscrites dans le *Code pénal* de 1810, au cas par cas ;

⁷⁷⁸ Florence CARRÉ, « La loi de 1824 ou la restauration de la suprématie du juge », *Revue du Nord*, 76 (1994), p. 142-143.

⁷⁷⁹ En effet, la loi se contente de reconnaître à la Cour – donc aux magistrats – la faculté de retenir des circonstances atténuantes, sans autre précision de quelque sorte que ce soit.

⁷⁸⁰ Logique que ne partagera pas François GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif*, 2^e éd., tome 2, Paris, LGDJ, 1919, p. 203-208 : il critique la séparation des faits et du droit, mise en place en premier lieu avec le Tribunal de cassation. Cela démontre que la logique de séparation des faits et du droit n'est pas unanimement partagée par les juristes, quelle que soit l'époque.

l'illustration la plus simple tient dans le vol, qui se trouve aggravé s'il est commis dans diverses circonstances qui le transforment en crime⁷⁸¹ et non plus en simple délit⁷⁸². Certes, les magistrats pouvaient prendre en considération les circonstances, qu'elles soient aggravantes ou atténuantes, pour statuer, comme cela est rappelé dans la présentation générale du *Code pénal* faite devant l'Assemblée :

Sans doute le magistrat ne doit et ne peut prononcer que la peine de la loi ; mais n'y a-t-il pas quelque distinction à faire entre deux hommes convaincus du même crime ? **Doit-on placer sur la même ligne le jeune homme séduit, que des conseils désastreux et son inexpérience ont précipité dans l'abîme, et l'homme dont la profonde corruption est manifeste, et donc toute la vie est souillée de crimes ?**

[...] C'est dans cette latitude que les magistrats, après avoir présidé à toute l'instruction, pesant le degré de perversité de chaque accusé, **connaissant parfaitement toutes les circonstances qui peuvent aggraver ou atténuer le fait**, c'est, disons-nous, dans cette latitude que les magistrats fixeront la durée de la peine légale qu'ils doivent appliquer⁷⁸³ [nous soulignons].

Néanmoins, cette faculté est mineure, à en croire les critiques formulées par les auteurs précités. Surtout, certaines peines demeurent automatiques, sans possibilité de naviguer entre un minimum et un maximum : cela fait obstacle à ce que la peine puisse être adaptée selon l'intentionnalité projetée dans l'action. Il en va ainsi de la peine de mort, invariablement prononcée en cas de meurtre⁷⁸⁴.

Aussi, l'adoption de cette loi est somme toute logique, puisqu'elle fait suite au mouvement contestataire que nous décrivions, et vient tenter de combler certaines remontrances qui étaient adressées à l'encontre du système pénal estimé trop répressif et indigne du régime politique en place⁷⁸⁵. Par ailleurs, la reconnaissance des circonstances atténuantes était appelée afin de mettre fin aux acquittements « scandaleux »⁷⁸⁶ des jurés ou à leur tendance à amoindrir les faits, à défaut de pouvoir jouer sur la pénalité finale.

⁷⁸¹ Il en va ainsi, notamment, des circonstances prévues à l'article 381 du *Code pénal* de 1810, lequel dispose que si le vol a été commis la nuit, avec deux ou plusieurs personnes, en portant une arme, etc. il est puni de la peine de mort.

⁷⁸² Il s'agit alors des vols prévus par l'article 401 du *Code pénal* de 1810.

⁷⁸³ Jean-Guillaume LOCÉRÉ DE ROISSY (dir.), *La législation civile, commerciale et criminelle de France*, tome 29, *op. cit.* p. 197-198.

⁷⁸⁴ *Code pénal* de 1810, art. 302.

⁷⁸⁵ Voir notamment François Nicolas BAVOUX, *Leçons préliminaires sur le Code pénal*, *op. cit.*

⁷⁸⁶ Georges MARTYN et Ricardo SONTAG, « Can Criminal Procedure Ever Be "Moderne"? A Historical Comparative Perspective », art. cit., p. 711.

Cette loi se voulait donc généreuse dans son principe, pour essayer de rééquilibrer un système sévère parce que, nous en soumettons l'hypothèse, trop objectif. Introduire les circonstances atténuantes serait synonyme d'un appel d'air pour plus de souplesse dans l'appréciation des faits et de la peine ; le revers de la médaille tient en ce que la souplesse se conjugue souvent avec une augmentation mécanique de la subjectivité.

Néanmoins, cette générosité de principe n'est pas sans limite. Premièrement, elle soustrait certaines affaires au jury, en correctionnalisant des infractions⁷⁸⁷. C'est d'ailleurs l'objet du premier article de la loi du 25 juin 1824, ce qui apporte un degré de symbolisme fort à cette supposition, puisqu'elle s'ouvre avec une disposition de correctionnalisation :

Art. 1^{er} Les individus âgés de moins de seize ans, qui n'auront pas de complices au-dessus de cet âge, et qui seront prévenus de crimes autres que ceux auxquels la loi attache la peine de mort, celle des travaux forcés à perpétuité, ou celle de la déportation, seront jugés par les tribunaux correctionnels, qui se conformeront aux art. 66, 67 et 68 du Code pénal⁷⁸⁸.

L'article 2 de la loi continue dans cette lancée, en correctionnalisant les vols qui visent les instruments agricoles ou le produit des récoltes visés par l'article 388 du *Code pénal* de 1810. L'article 3 va dans le même sens.

De fait, il serait réducteur de dire que la loi de 1824 introduit les circonstances atténuantes puisqu'elle correctionnalise, au passage, quelques infractions, essentiellement des hypothèses de vols⁷⁸⁹. Cette correctionnalisation peut être vue de deux manières : une première, comme une nouvelle forme de méfiance à l'égard de jurés qui auraient pu avoir tendance, dans ces hypothèses particulières, à ne pas punir. La correctionnalisation officielle, en parallèle de celle déjà effectuée par toute la machine judiciaire sous l'égide des magistrats du parquet, viendrait donc renforcer le caractère presque certain de la peine. D'un autre côté, nous pouvons également y voir

⁷⁸⁷ Dans un mouvement déjà largement initié par le parquet : Henri VERDUN, *Des pratiques judiciaires de correctionnalisation, étude synthétique et critique*, op. cit. ; Xavier MOROZ, « Les initiatives procédurales des parquets au XIX^e siècle », art. cit., p. 85-100.

⁷⁸⁸ *Loi du 25 juin 1824*, art. 1^{er}.

⁷⁸⁹ La correctionnalisation de l'infanticide suit, là encore, la même logique de permettre aux jurés de retenir la culpabilité pour que les magistrats puissent prononcer une peine. En effet, l'infanticide faisait partie de ces infractions pour lesquelles les jurés avaient tendance à prononcer un acquittement.

une preuve de rétablissement d'une idée de « justice », en correctionnalisation des infractions dont les peines initiales étaient trop fortes⁷⁹⁰. Ces lectures se situent aux antipodes l'une de l'autre, mais nous semblent toutes deux valables. Il y aurait donc une forme d'adoucissement, mais un adoucissement qui n'est pas général et vise des situations particulières.

Concernant les circonstances atténuantes, elles sont prévues par l'article 4 de la loi :

Les cours d'assises, lorsqu'elles auront reconnu qu'il existe des circonstances atténuantes, et sous la condition de le déclarer expressément, pourront, dans les cas et de la manière déterminés par les articles 5 et suivants, jusques et y compris l'art. 12, réduire les peines prononcées par le Code pénal⁷⁹¹.

Loin de viser l'ensemble des crimes, les circonstances atténuantes font leur entrée dans le Code en ciblant des infractions clairement balisées. En substance, il s'agit des infanticides⁷⁹², des coups et blessures volontaires avec incapacité de travail supérieure à 20 jours, des vols commis sur les chemins publics⁷⁹³ sous réserve de l'absence de circonstances aggravantes⁷⁹⁴. Sont exclus de ces dispositions les mendiants, vagabonds et récidivistes⁷⁹⁵. Nous voyons que ces possibilités sont donc circonscrites ; nous posons l'hypothèse qu'il s'agit des infractions pour lesquelles les jurés étaient particulièrement et excessivement cléments.

Ainsi, parce que la mise en place des circonstances atténuantes n'est pas globale ni généralisante, nous préférons évoquer une mise en place circonstanciée du système appréciant ces circonstances atténuantes. En effet, il faut réussir à être concerné par des conditions restrictives pour espérer bénéficier de cet aménagement qui permet une pénalité moins sévère. Il faut également avoir la chance que les magistrats relèvent des

⁷⁹⁰ Cela correspondrait au mouvement de fond initié par le spiritualisme, qui souhaite un juste châtement pour guérir l'âme coupable : Victor COUSIN, *Nouveaux fragments philosophiques*, op. cit., p. 403 : « Sachez que les âmes qui doivent être purifiées ne sont pas seulement châtiées dans l'autre monde, mais encore dans celui-ci : quelquefois même, n'ayant pas été purifiées dans le premier, elles le sont sur la terre. Le châtement les améliore et les rend plus susceptibles de purification. Car, au fond, rien ne purifie l'âme, si ce n'est la reconnaissance intérieure de ses fautes, reconnaissance qui ne s'accomplit que par la vertu ».

⁷⁹¹ Loi du 25 juin 1824, art. 4.

⁷⁹² Loi du 25 juin 1824, art. 5.

⁷⁹³ Loi du 25 juin 1824, art. 6.

⁷⁹⁴ Loi du 25 juin 1824, art. 7.

⁷⁹⁵ Loi du 25 juin 1824, art. 12.

circonstances atténuantes, ce qui relève de leur pouvoir discrétionnaire⁷⁹⁶. Par cette loi, un nouvel arbitraire qui ne dit pas son nom semble être mis entre les mains des juges, validant l'hypothèse d'un regain de confiance dans l'action de la magistrature.

En parallèle, il nous faut constater le relatif échec de cette réforme en ce qui concerne les jurés. Ces derniers, dans l'incertitude que les magistrats retiennent les circonstances atténuantes, ont continué d'altérer les faits et de prononcer des acquittements. De fait, si cette loi s'inscrit dans la logique de son temps, à savoir renouer avec une forme d'adoucissement de la pénalité par l'action d'idées nouvelles, force est de constater qu'elle ne va pas assez loin pour réussir à endiguer les problèmes visés initialement. Néanmoins, ces limites relèvent d'une certaine logique procédurale, qu'il convenait de ne pas contrarier, du moins, dans un premier temps.

B. Un adoucissement logique mais insuffisant de la pénalité

Les réserves émises par la loi de 1824 ne sont pas sans rappeler la distinction classique entre les faits et le droit, qui caractérise la séparation des compétences entre les jurés et les magistrats professionnels⁷⁹⁷. En effet, les jurés sont la marque de l'introduction d'une part d'accusatoire dans notre système ; bien que le transplant ne soit pas total, les marqueurs du système adversatif sont présents⁷⁹⁸.

Les jurés doivent donc s'occuper de la culpabilité, en se fondant sur les faits et les éléments mis devant eux au cours de l'instance. En ce sens, l'article 342 du *Code d'instruction criminelle* de 1808 pose que :

Ce qu'il est bien essentiel de ne pas perdre de vue, c'est que toute la délibération du jury porte sur l'acte d'accusation ; c'est aux faits qui le constituent et qui en dépendent, qu'ils doivent uniquement s'attacher : et ils manquent à leur premier devoir, lorsque, pensant aux dispositions des lois pénales, ils considèrent les suites que pourra avoir, par rapport à l'accusé, la déclaration qu'ils ont à faire. Leur mission n'a pas pour objet la poursuite ni la punition des délits ; ils ne sont appelés que pour décider si l'accusé est ou non coupable du crime qu'on lui impute⁷⁹⁹.

⁷⁹⁶ Florence CARRÉ, « La loi de 1824 ou la restauration de la suprématie du juge », art. cit., p. 142-143.

⁷⁹⁷ Laquelle est mise en place dès l'arrivée des jurés dans notre législation, reprenant comme fondement le raisonnement par syllogisme qui, lui aussi, séparait les faits et le droit.

⁷⁹⁸ Janet AINSWORTH, « Legal Discourse and Legal Narratives », art. cit., p. 1-11.

⁷⁹⁹ *Code d'instruction criminelle* de 1808, art. 342.

Cet article est riche en enseignements sur les explications qui s'attachent à démontrer en quoi la loi de 1824 s'inscrit dans une logique pénale bien particulière. En effet, l'article 342 dispose que le jury doit regarder l'acte d'accusation et, particulièrement, les faits qui le constituent. Nous avons donc un rappel direct de l'attribution du jury, qui concerne uniquement les faits. Ce rappel va encore plus loin en anticipant sur ce que pourraient vouloir réaliser les jurés, à savoir s'intéresser à la peine. Cela leur est absolument défendu comme le déclare également cet article du *Code d'instruction criminelle* de 1808.

Ce faisant, il aurait été contre-intuitif que la loi de 1824 accorde aux jurés la faculté de moduler la peine en leur offrant de reconnaître des circonstances atténuantes. Si la loi avait pris cette direction, la distinction entre les faits et le droit aurait été dissoute dans cette confusion des fonctions.

Pour autant, les circonstances atténuantes peuvent également être vues comme une manière d'appréhender les faits. Nous pourrions dire que trouver des circonstances atténuantes reviendrait à adopter une lecture particulière des faits, de telle sorte qu'ils seraient vus assortis de circonstances qui seraient de nature à amoindrir la responsabilité de la personne poursuivie. Il y aurait donc un aspect factuel derrière cette notion.

Seulement, ce n'est pas leur but premier. Si elles peuvent effectivement être conçues comme une manière alternative de comprendre la réalité du crime, elles ne sont finalement qu'un outil de modulation de la peine⁸⁰⁰. Nous le relevons à la lecture des articles spécifiques de la loi de 1824, laquelle dispose par exemple que :

La peine prononcée par l'art. 302 du Code pénal contre la mère coupable d'infanticide pourra être réduite à celle des travaux forcés à perpétuité. Cette réduction de peine n'aura lieu à l'égard d'aucun individu autre que la mère⁸⁰¹.

⁸⁰⁰ Laurence GUIGNARD, « L'irresponsabilité pénale dans la première moitié du XIX^e siècle, entre classicisme et défense sociale » [[en ligne](#)], *Champ pénal/ Penal Field*, publié le 17 juillet 2005 [consulté le 13 novembre 2020], URL : <https://journals.openedition.org/champpenal/368?lang=en#citedby>. L'autrice démontre comment la prise en compte des circonstances atténuantes est réduite à un jeu sur la responsabilité et donc la peine. Le facteur « compréhension factuelle » de l'infraction nous semble donc exclu de tels développements.

⁸⁰¹ *Loi du 25 juin 1824*, art. 5.

Ici est donc visé spécifiquement l'infanticide. Initialement, le *Code pénal* de 1808 disposait que :

Tout coupable d'assassinat, de parricide, d'infanticide et d'empoisonnement, sera puni de mort, sans préjudice de la disposition particulière contenue en l'article 13, relativement au parricide⁸⁰².

En l'espèce, la reconnaissance de circonstances atténuantes permise par l'article 4 de la loi de 1824 permet uniquement que la peine de mort, attachée à l'infanticide par l'article 302 du *Code pénal* de 1810, soit transformée en peine de travaux forcés à perpétuité. Cela met en exergue assez nettement le fait que ce soit la peine, dans son *quantum*, qui fait l'objet de la réforme de 1824. Il n'était donc pas question de remettre en cause l'organisation classique d'attribution des faits aux jurés, et du droit aux magistrats, ni même de permettre une lecture encore plus subjective des faits par les jurés.

En effet, si la loi avait rompu cette logique, et avait permis aux jurés de reconnaître des circonstances atténuantes, cela leur aurait donné une permissivité encore plus conséquente de relire les faits de manière subjective pour y trouver des appréciations circonstanciées dans les actions relevées. Ce n'est pas le choix opéré par la réforme de 1824 qui, en étant salutaire, demeure relativement timorée⁸⁰³.

En conséquence, il découle de nos propos que la loi de 1824 est effectivement un produit du contexte plus favorable aux droits et à la défense des accusés, qui sont des éléments directeurs des critiques formulées en doctrine à la chute de l'Empire⁸⁰⁴. Sans grande révolution, cette loi permet la correctionnalisation officielle de certaines offenses, en parallèle des correctionnalisations officieuses qui sont déjà faites par le parquet. Surtout, elle introduit un élément manquant de la législation napoléonienne : les circonstances atténuantes. S'il s'agit d'une petite révolution pour l'organisation de la répression, la nouveauté reste sage et ne remet pas en cause toute l'organisation judiciaire. Ce manque d'envergure n'aura pas, alors, tous les effets escomptés, et les jurés, méfiants à l'égard des magistrats, continueront d'acquitter ou d'amoinrir très

⁸⁰² *Code pénal* de 1810, art. 302.

⁸⁰³ Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., 2014, p. 473-474.

⁸⁰⁴ Critiques que nous trouvons chez Bavoux, Dupin ou Bérenger notamment.

largement les faits. Une nouvelle réforme beaucoup plus ambitieuse devra donc être adoptée, réforme qui ne fera que renforcer l'emprise de l'intention dans les crimes.

§ 2. *La solution proposée par la loi d'avril 1832*

Après la première tentative d'introduction des circonstances atténuantes dans notre système pénal par la loi de juin 1824, et fort du constat de son relatif échec, le législateur a souhaité aller plus loin dans cette direction. Il l'aura fait de manière doublement originale.

La première originalité tient en ce que la séparation faits et droit pour les jurés et les juges commence progressivement à s'éroder. Nous savons, avec notre recul historique, que cette distinction n'aura de cesse que de s'amoinrir et la loi de 1832 en marque une étape majeure (A).

La seconde originalité s'exprime par le caractère non défini, là encore, de ce que sont les circonstances atténuantes. Nous pouvons donc supposer que sera regardée l'intention criminelle dans l'acte commis. Une intention projetée qui sera moindre entraînera vraisemblablement le prononcé de circonstances atténuantes puisque l'accusé n'aura pas eu le même degré de « mal faire » qu'une personne pour laquelle nous ne reconnâtrions pas de circonstances atténuantes (B).

A. Un singulier partage des rôles entre juges et jurés

Contrairement à la réforme de 1824 qui reste dans les clous de l'organisation classique des compétences entre les jurés et les magistrats, la loi du 28 avril 1832 va beaucoup plus loin. Cette percée était rendue nécessaire car, malgré les efforts et les avancées consentis en 1824, les jurés continuaient de relaxer encore trop largement⁸⁰⁵. La loi de 1832 vient alors mettre un terme à près d'un demi-siècle de séparation faits / droit entre jurés et magistrats professionnels⁸⁰⁶.

⁸⁰⁵ Charles BERRIAT-SAINT-PRIX, *Cours de droit criminel*, 4^e éd., Paris, Nève, 1836, p. 58.

⁸⁰⁶ Adhémar ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, op. cit., p. 563.

Cette permissivité est certainement le produit d'un contexte toujours propice : celui de la monarchie de Juillet et de l'arrivée de libéraux à certains postes clefs du gouvernement⁸⁰⁷. Prenant acte de la frilosité relative de la loi de 1824, il fallait en corriger la modération en allant beaucoup plus loin dans la reconnaissance des circonstances atténuantes. Dumon (1797-1870), rapporteur devant les députés, déclarait le 11 novembre 1831 que :

Cette latitude est bien loin d'être suffisante pour permettre de proportionner exactement, dans tous les cas, la punition et la faute. Quelque habilité que le législateur ait apportée dans la graduation des différentes espèces de crime, les circonstances déterminées qui servent de base à cette graduation n'ont pas toujours, dans les faits, l'importance qu'elles avaient dans la prévision du législateur. Combien se manifeste surtout l'imperfection du système quand il s'agit de peines qui ne comportent pas de modération comme la mort ou les peines perpétuelles⁸⁰⁸.

Ainsi, pour répondre aux flottements de la loi de 1824, celle de 1832 prévoyait-elle un élargissement des circonstances atténuantes à toutes les infractions criminelles⁸⁰⁹. Alors même que ces circonstances étaient réservées à une poignée d'infractions dans la réforme précédente, qui posait précisément les hypothèses qui ouvraient droit à la reconnaissance de circonstances atténuantes, la formulation est ici beaucoup plus large. Le nouvel article 341 du *Code d'instruction criminelle* dispose que :

En toutes matières criminelles, même en cas de récidive, le président, après avoir posé les questions résultant de l'acte d'accusation et des débats, avertira le jury, à **peine de nullité**, que s'il pense, à la majorité de plus de sept voix, qu'il existe, en faveur d'un ou de plusieurs accusés, reconnus coupables, des circonstances atténuantes, il devra en faire la déclaration en ces termes : [...] ⁸¹⁰ [nous soulignons].

Nous constatons donc que cette ouverture des circonstances atténuantes est extrêmement vaste, puisqu'elle concerne l'ensemble des crimes, y compris ceux commis en état de récidive. Cela tranche avec la politique criminelle du début du

⁸⁰⁷ Germain SICARD, « Doctrine pénale et débats parlementaires : la réformation du Code pénal en 1831-1832 », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 14 (1993), p. 141.

⁸⁰⁸ Tel que cité par Germain SICARD, « Doctrine pénale et débats parlementaires : la réformation du Code pénal en 1831-1832 », art. cit., p. 142-143.

⁸⁰⁹ Pascal VIELFAURE, *L'évolution du droit pénal sous la monarchie de Juillet. Entre exigences politiques et interrogations de société*, op. cit., p. 20 : ce mouvement libéral, qui s'exprime puissamment avec la loi du 28 avril 1832, est considéré par Chauvau et Hélie comme la troisième révolution que connaît notre système juridique, de par l'ampleur des nouveautés apportées.

⁸¹⁰ *Code d'instruction criminelle* de 1808, art. 341.

XIX^e siècle, laquelle renforçait justement la pénalité à l'encontre des récidivistes⁸¹¹. Cette nouveauté est déjà de nature à provoquer l'étonnement.

Néanmoins, l'innovation singulière de la loi d'avril 1832 reste la répartition des compétences opérée entre les jurés et les magistrats professionnels. Alors que la loi de 1824 préservait la frontière des juristes en octroyant les circonstances atténuantes aux juges, celle de 1832 fait voler en éclat la *summa divisio* faits et droit, en permettant non plus à la Cour, mais aux jurés, de se prononcer sur ce point⁸¹².

Cette remise en cause de l'organisation classique a certainement été dictée dans cette même logique de ralentir les acquittements des jurés. Dans le système antérieur, après la loi de 1824, les jurés se prononçaient sur la culpabilité et devaient avoir confiance dans les juges pour reconnaître les circonstances atténuantes mises en avant dans les débats⁸¹³. Ce mécanisme a néanmoins été enrayé, par un défaut de confiance justement : les jurés ne pensaient pas que les magistrats feraient preuve de suffisamment de mansuétude ; alors ils acquittaient ou mentaient sur les faits⁸¹⁴.

Il a donc fallu opérer un choix entre deux postures principales : la première option aurait été celle de conserver une organisation classique des compétences, au risque de voir les jurés persévérer dans des pratiques jugées contestables ; la seconde option aurait été celle de donner un pouvoir supplémentaire aux jurés, celui de reconnaître des circonstances atténuantes.

C'est cette dernière voie qui est finalement adoptée et qui offre alors au jury de s'occuper, à la marge, de la peine qui sera prononcée. Cette faculté n'est pas sans risque puisque si les jurés avaient tendance à être trop indulgents, rien ne les empêcherait de reconnaître très largement des circonstances atténuantes, qui sont couvertes par leur intime conviction.

⁸¹¹ Bernard SCHNAPPER, *Voies nouvelles en Histoire du droit*, Paris, PUF, 1991, p. 313-351 ; Mathieu SOULA, « Récidive et illusion rétrospective » [en ligne], *Criminocorpus*, publié le 26 février 2016 [consulté le 5 mars 2018], URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/3178#quotation>.

⁸¹² En effet, le nouvel article 341 du *Code pénal* s'adresse directement aux jurés et non à la Cour.

⁸¹³ Jean PRADEL, « Le jury en France. Une histoire jamais terminée », art. cit., p. 175-178.

⁸¹⁴ Germain SICARD, « Doctrine pénale et débats parlementaires : la réformation du Code pénal en 1831-1832 », art. cit., p. 140.

En effet, puisque les circonstances atténuantes deviennent une attribution des jurés, et que ces derniers ne répondent à rien d'autre qu'à leur intime conviction⁸¹⁵, peut-être ne faisait-on que déplacer un risque d'un endroit vers un autre. Au lieu d'avoir des acquittements abusifs, peut-être trouverions-nous des reconnaissances abusives de circonstances atténuantes – et c'est ce que tendent à démontrer les éléments statistiques réalisés sur nos dossiers de procédures criminelles⁸¹⁶.

Toujours est-il qu'offrir cette faculté au jury revient sur l'organisation en place depuis l'apparition des jurés dans nos tribunaux, et marque un premier tournant dans le mélange des compétences entre citoyens et juges dans les instances criminelles. Cette première pierre sera suivie d'autres, qui seront toutes superposées pour tenter de mener une politique criminelle déterminée, souvent guidée par un souci de restriction de l'indulgence des jurés⁸¹⁷.

De fait, il existe bien un partage singulier des compétences entre les jurés et les magistrats professionnels à la suite de la loi d'avril 1832. La distinction généralement admise entre les faits appartenant aux jurés, et le droit revenant exclusivement aux juges, n'est plus⁸¹⁸. Les citoyens font une apparition timide dans le prononcé de la peine, en venant contraindre les magistrats qui devront prendre en considération la reconnaissance des circonstances atténuantes pour décider de la peine qui sera appliquée. Par ailleurs, et de manière incidente, ce système sera un catalyseur pour la prise en compte détournée de l'intention. Alors que la loi de 1832 n'avait pas pour objectif premier de revenir sur la composition des infractions, l'acceptation des circonstances atténuantes a, selon nous, un rôle important dans l'institutionnalisation de l'intention en tant que prérequis pour punir.

⁸¹⁵ Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 314-316.

⁸¹⁶ Chapitre 3, Section II, § 2, A.

⁸¹⁷ Jean PRADEL, « Les méandres de la cour d'assises française de 1791 à nos jours », art. cit., p. 139-153 ; Jean PRADEL, « Le jury en France. Une histoire jamais terminée », art. cit., p. 175-178.

⁸¹⁸ C'est pourtant une distinction qui apparaît en même temps que les jurés. Sur ce point, voir Gabriel ROUJOU DE BOUBÉE, « La légitimité des jurys de Cour d'assises », dans Jacques Krynen et Jacques Raibaut (dir.), *La légitimité des juges*, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 39 : « Dès l'institution du jury est établie la distinction du fait et du droit. Aux jurés – et à eux seuls – il appartient de statuer sur les faits, c'est-à-dire sur la culpabilité. Aux magistrats, il revient de statuer sur le droit, c'est-à-dire sur la qualification et sur la peine ».

B. La percée indirecte de l'intention

De manière encore plus singulière et importante que le mélange des compétences entre les jurés et les magistrats, la loi d'avril 1832 offre selon nous un cadre débridé d'expression de l'intention. Cette percée intentionnelle se fait à la faveur d'une réforme volontairement généreuse, mais accidentellement vague. De plus, elle vient avaliser un comportement que les jurés adoptaient, à savoir prendre en compte les circonstances annexes à l'action criminelle pour se décider⁸¹⁹.

D'un point de vue pragmatique, un meurtre est un meurtre, un vol aggravé est un vol aggravé, etc. Les faits bruts, qui font l'objet de la répression une fois attestés de manière certaine par les interrogatoires, le travail d'enquête, les éventuelles expertises, etc., sont difficiles à renier. Certes, des marges continuent d'exister, et c'est ici que joueront les avocats qui chercheront à amoindrir la participation de leurs clients respectifs à l'action criminelle⁸²⁰. En revanche, les jurés avaient tendance à acquitter, ou à remanier les faits, pour éviter une sanction qu'ils estimaient injuste⁸²¹. Cette injustice n'est pas fondée sur l'absence de caractérisation des faits, qui se sont effectivement réalisés, mais nous supposons que ce sentiment exacerbé d'injustice provenait d'un défaut de responsabilité subjective dans l'action que reconstituaient les jurés.

Lorsque l'acte d'accusation arrive devant les jurés, et quand l'audience s'ouvre, ce sont des faits, dans leur entièreté, qui sont jugés. Il y a l'action criminelle, certes, mais également ce qui entoure l'action criminelle. Une vengeance « légitime », par exemple ; des faits antérieurs qui peuvent venir exercer une influence sur le comportement de l'accusé ; une altération momentanée des facultés qui, pour autant, n'entrerait pas sous le coup d'une altération reconnue par le Code pénal⁸²² ; etc. Outre les faits bruts, les jurés vont prendre connaissance de cette somme d'éléments pour se

⁸¹⁹ Cette faculté leur est permise puisqu'ils ne répondent à rien d'autre que leur intime conviction. Pour une illustration de cela, voir notamment Laurent FERRON, « Prouver le crime de viol au XIX^e siècle », art. cit., p. 218.

⁸²⁰ C'est notamment ce que dénonce Gabriel TARDE, *La philosophie pénale*, 5^e éd., *op. cit.*, p. 15 : pour lui, les avocats peuvent jouer, notamment, sur ces petites zones d'ombre pour démontrer par exemple le caractère irrésistible des impulsions criminelles chez l'accusé.

⁸²¹ Sylvain SOLEIL, « Le jury criminel en procès. Les opinions doctrinales des auteurs français (1750-1830) », *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2 (2021), p. 763-800.

⁸²² *Code pénal* de 1810, art. 59-74.

décider et, selon les circonstances, vont forger leur intime conviction pour décider de la culpabilité.

Nous posons l'hypothèse selon laquelle, avant la réforme de 1832, les jurés reconstruisaient le phénomène criminel et, si des circonstances venaient amoindrir la responsabilité, allaient faire montre d'indulgence ; les circonstances atténuantes avaient donc une existence antérieure informelle. Or, il est possible de considérer que l'élément principal qui aura raison de leur volonté de punir tient dans l'intention qu'ils estiment avoir présidée dans l'action criminelle. Alors que le fait est invariable, par exemple un homicide, c'est l'intention projetée dans l'action homicide qui va permettre de décider si la culpabilité est pleine ou non⁸²³. Si la réponse était négative, dans leur for intérieur⁸²⁴, ils avaient alors pour seules options de modifier les faits de l'acte d'accusation et/ou de prononcer un acquittement. L'intention intervenait donc comme variable d'ajustement, en marge des textes, pour guider la décision du jury.

Avec la loi de 1832, l'intention pénètre encore plus profondément dans notre système pénal, puisque ce fonctionnement toléré du bout des lèvres devient désormais pleinement accepté. Le défaut de la réforme de 1832 tient en ce que les circonstances atténuantes ne seront jamais définies légalement. La loi de 1824 donnait plus de précisions puisqu'elle venait exposer les hypothèses précises dans lesquelles les juges pouvaient reconnaître lesdites circonstances⁸²⁵ – à défaut de définition opérante, au moins le cadre était-il strict. Ce n'est plus le cas en 1832.

En effet, aucun article du *Code d'instruction criminelle*, modifié par la loi du 28 avril 1832, ne vient poser ce que sont les circonstances atténuantes. Le législateur se contente d'imposer au président de la Cour de préciser la possibilité de reconnaître de telles circonstances, sous peine de nullité⁸²⁶. Une nouvelle fois, c'est dans un cadre flou et permissif que l'intention pourra s'épanouir. S'il avait été précisé que les circonstances atténuantes sont uniquement des circonstances factuelles, alors une forme de limitation aurait été posée. En l'espèce, ce n'est pas le cas, et les jurés peuvent

⁸²³ Cet exemple est notamment celui donné par Édouard BOITARD, *Leçons sur les Codes pénal et d'instruction criminelle*, 3^e éd., Paris, Thorel, 1844, p. 226-227.

⁸²⁴ Par distinction au for extérieur.

⁸²⁵ Une liste restrictive était posée aux articles 5 et suivants de la loi du 24 juin 1824.

⁸²⁶ *Code d'instruction criminelle*, tel que modifié par la loi du 28 avril 1832, art. 341.

jouer sur le facteur intentionnel pour moduler la pénalité à la faveur des circonstances atténuantes.

Dans le même sens, sur l'apparition du mot intention dans les textes et, surtout, sur l'affinement de la conception intentionnelle portée par la réforme de 1832, les réflexions autour des coups et blessures volontaires entraînant la mort sans intention de la donner sont intéressantes⁸²⁷. Avant la loi de 1832, la personne qui entraînait la mort au cours d'une rixe était accusée de meurtre, le résultat final rejaillissant sur la qualification, sans égard à l'intention réelle ou supposée de l'accusé. Avec la réforme de 1832, nous relevons une finesse accrue dans la manière d'appréhender l'intention, puisque le nouvel article 309 du *Code pénal* dispose que :

Sera puni de la réclusion tout individu qui, volontairement, aura fait des blessures ou porté des coups, s'il est résulté de ces sortes de violences une maladie ou incapacité de travail personnel pendant plus de vingt jours.

Si les coups portés ou les blessures faites volontairement, mais **sans intention** de donner la mort, l'ont pourtant occasionnée, le coupable sera puni de la peine des travaux forcés à temps⁸²⁸ [nous soulignons].

Duvergier (1792-1877) nous explique les motifs de cette réforme en disant que :

La nouvelle rédaction exprime clairement l'intention de ne point appliquer la peine de mort à celui qui tue par des coups portés volontairement, mais portés sans intention de tuer. M. le garde des sceaux a dit à la Chambre des députés que l'article avait pour objet de faire cesser une jurisprudence trop sévère⁸²⁹.

Nous voyons bien, ici, avec ces précisions, que l'air du temps est très favorable à l'épanouissement de l'intention, qui finit par entrer textuellement dans le Code. Son acception doit se faire de manière mesurée et, par la réforme de l'article 309 du Code, on vient mettre un terme à une forme d'objectivité de la responsabilité, à la faveur d'une responsabilité subjective⁸³⁰. Cela se conjugue à merveille avec les circonstances atténuantes qui militent, elles aussi, pour une meilleure prise en considération des

⁸²⁷ Pour quelques réflexions autour de la notion de dol éventuel et son renouveau en jurisprudence et en doctrine à la suite de la loi de 1832, voir notamment Jean LEBRET, « Essai sur la notion d'intention criminelle », art. cit., p. 443-444.

⁸²⁸ *Code pénal* de 1810, tel que modifié par la loi de 1832, art. 309.

⁸²⁹ Jean-Baptiste DUVERGIER, *Code pénal annoté, édition de 1832*, Paris, Guyot, 1833, p. 50.

⁸³⁰ Jean LEBRET, « Essai sur la notion d'intention criminelle », art. cit., p. 443-445.

finesses et nuances des cas d'espèce, pour permettre de renouer avec une justice morale, limitée par l'utilité sociale⁸³¹.

Ainsi, plus qu'une simple réforme du *Code pénal*, la loi du 28 avril 1832 organise un basculement du système de responsabilité porté par la législation criminelle. Alors que l'intention se faisait discrète dans les textes, le terme fait son apparition directe dans l'article 309 du *Code pénal*. De manière encore plus générale, le système mis en place de reconnaissance des circonstances atténuantes, qui ne sont pas définies, crée un gouffre dans lequel les jurés pourront plonger afin de mettre en œuvre des appréciations hautement subjectives de la responsabilité. En jugeant de la culpabilité à l'aune de l'intention, la responsabilité est donc affinée et considérée plus « juste »⁸³².

Néanmoins, selon nous, cette apparition de l'intention dans les circonstances atténuantes est plus accidentelle que volontaire. En effet, elle découle d'un comportement antérieur des jurés qui était de projeter leur reconstruction des faits pour consolider leur intime conviction ; ce faisant, ils faisaient vraisemblablement appel à la notion d'intention pour estimer le degré de culpabilité et donc, de responsabilité de l'accusé. Avec la réforme de 1832, cette démarche qui se faisait dans l'ombre et provoquait des décisions parfois artificielles, se voit mise sous les feux de la rampe et peut désormais fonctionner de manière légale.

⁸³¹ Pellegrino ROSSI, *Traité de droit pénal*, 2^e éd., tome 1, *op. cit.*, p. 65 ; Eugène TRÉBUTIEN, *Cours élémentaire de droit criminel*, Paris, Imprimerie générale, 1878, p. 89 ; Albert NORMAND, *Traité élémentaire de droit criminel*, *op. cit.*, p. 29 et 87.

⁸³² Elle correspond aux attendus de la responsabilité telle que conçue par la culture judéo-chrétienne dominante. Sur ce point, voir notamment Adrien-Charles DANA, « Essai sur la notion d'infraction pénale », *art. cit.*, p. 39 et s.

Section III. La naturalisation doctrinale de l'intention

Dans ce contexte particulièrement propice au fleurissement de l'intention, il nous semble intéressant de regarder chez quelques auteurs de la doctrine pénale le positionnement qui se dégage⁸³³. Existe-t-il une forme de résistance face à cette notion extratextuelle, à l'image de ce que nous avons pu relever à propos de la correctionnalisation battue en brèche ? Pouvons-nous constater une acceptation de l'intention comme élément déterminant des infractions criminelles et délictuelles ? Ou bien s'agit-il d'une ignorance à son égard ?

Ce sont essentiellement les deux dernières questions qui trouvent application. Les auteurs consultés nous semblent accepter l'intention sans grandes interrogations. Certainement portés par les éléments sur le discernement posés par la loi de 1824 aidant à poser la notion comme légitime, tant qu'elle ne pose pas de problème spécifique, elle est ignorée dans son existence. L'intention est donc présente, non contestée, et non définie. C'est une notion qui paraît « couler de source », naturelle. Nous la retrouvons dans le langage vernaculaire, posée comme communément admise dans les actions du quotidien. Il n'est donc pas étonnant que l'intention puisse s'épanouir dans le droit pénal, même sans définition. C'est peut-être cet aspect « naturel » de l'intention qui en justifie l'absence de définition, à un moment même où sont clamés haut et fort les nouveaux principes cardinaux du droit pénal. Si *a posteriori* nous pouvons y déceler une forme de contradiction, il est certain que les auteurs s'en accommodaient parfaitement et ne relevaient pas de discordance sur ce point.

Ils étaient d'ailleurs confortés par la lecture jurisprudentielle des éléments constitutifs des infractions (§ 1). De fait, les traités et autres cours de droit pénal n'accordent que peu d'importance à l'intention/à l'élément intellectuel de l'infraction/à la volonté : cette dernière serait « naturelle » (§ 2).

⁸³³ Les auteurs ont été choisis en essayant d'être représentatifs de notre période d'étude ; de surcroît, ce sont des auteurs qui se citent entre eux pour se contredire. Nous avons donc estimé intéressant de confronter leur point de vue sur la question intentionnelle afin d'y chercher un consensus ou non.

§ 1. Une doctrine acquise à la lecture jurisprudentielle du Code pénal

Alors que le *Code pénal* de 1810 est demeuré mutique sur la question de la définition des infractions, la jurisprudence de la Cour de cassation est venue imposer la question intentionnelle comme point d'étape obligatoire en procédure. Deux éléments semblent donc émerger de cette mêlée : un élément matériel, qui repose sur les faits relevés par l'enquête ; un élément moral, qui prouve la culpabilité du délinquant. Reprenant les éléments posés par les juges, les cours de droit pénal, contenus notamment dans les traités, reprennent cette catégorisation des infractions en évoquant un élément matériel et un élément moral ou élément intellectuel de l'incrimination. Nous retrouvons effectivement les éléments caractéristiques de l'infraction, qui ont su être construits en marge des textes, ce qui peut nous interroger une nouvelle fois sur l'articulation de cette création avec le principe de la légalité criminelle (A).

Par ailleurs, puisque nous trouvons dans le plan des ouvrages une distinction entre élément matériel et élément moral – avec, parfois, des questionnements sur la présence d'un élément légal –, nous y voyons donc assez logiquement des précisions sur l'intention. Néanmoins, ces précisions sont celles d'une forme de service minimum effectué. Alors que le *Code pénal* de 1810 ne fait pas l'effort d'imposer et donc de définir ce qu'est l'intention dans les infractions, la doctrine produit des ouvrages à son image en restant très évasive sur la composition de l'élément moral des incriminations. De fait, si nous pouvons effectivement relever une présence formelle de l'intention dans les manuels, nous n'en trouvons pas de définition opérante : les éléments sont élusifs et permettent uniquement de conforter l'expression d'une infraction composée de deux éléments distincts et nécessaires (B).

A. La présence des éléments caractéristiques de l'infraction

Alors que le *Code pénal* de 1810 semble oublier de poser une définition formelle de ce que sont les infractions⁸³⁴ de manière concrète, la doctrine pénale s'organise et est plus prolixe sur ce point. S'éloignant parfois d'une présentation article par article

⁸³⁴ Sur le défaut de précision du législateur sur le fond même des infractions, voir Céline SAPHORE, *La jurisprudence criminelle de la Cour de cassation sous la Révolution et l'Empire (1790-1810)*, op. cit., p. 374 ; sur le manque de définition, de manière générale, des infractions, voir Jacques-Henri ROBERT, « L'Histoire des éléments de l'infraction », art. cit., p. 269-284.

de la législation⁸³⁵, elle opère une forme de systématisation pour tenter de comprendre ce qu'est une infraction, mais surtout, pour justifier l'absence de définition du *Code pénal*. C'est un mouvement intéressant et paradoxal, puisque sous couvert d'une critique – l'absence de définition –, ressort finalement une appréciation méliorative du Code qui, sans parvenir à nous satisfaire sur ce point, arrive finalement à être convenable.

Pour illustrer cela, nous renvoyons aux propos d'Eugène Trébutien (1820-1866) qui articule ces contradictions pour les éliminer, en exposant que :

Le Code pénal dans son art. 1^{er} divise les infractions en trois classes ; **mais il ne définit pas l'infraction elle-même**. Il importe cependant, avant de passer outre, de s'en faire une juste idée.

Le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV disait dans son art. 1^{er} : « Faire ce que défendent, ne pas faire ce qu'ordonnent les lois qui ont pour objet le maintien de l'ordre social et de la tranquillité publique, est un délit ».

Il y a dans cette définition la consécration de beaucoup de principes vrais. Il en ressort, en effet, très-clairement que le droit de déterminer les faits punissables appartient exclusivement au pouvoir social ; qu'il n'existe d'autres faits punissables au point de vue social que ceux désignés dans la loi positive promulguée ; qu'enfin on ne doit pas se laisser entraîner par la considération de l'immoralité des faits restées en dehors des dispositions de cette loi : or cela est rigoureusement exact.

Cependant cette définition ne suffit pas pour donner une juste idée de l'infraction au point de vue du Code pénal. Il en résulterait en effet que toute violation d'une loi positive, ayant pour objet le maintien de l'ordre et de la tranquillité publique, constituerait une infraction et ferait encourir une peine à son auteur. En cela, la définition est inexacte, et l'art. 4 du Code pénal en est la preuve évidente. Elle tendrait à faire confondre deux choses fort distinctes, la faute et l'infraction. Or, si la violation d'une loi est toujours une faute, cette faute ne constitue une infraction qu'autant que la loi la déclare punissable, ce qu'elle ne fait pas toujours.

Il nous paraît plus exact de dire que *l'infraction résulte d'un fait ou d'une omission prévue et punie par une loi pénale française proprement dite*⁸³⁶ [nous soulignons].

Plusieurs éléments sont ici intéressants. L'auteur va puiser dans la législation révolutionnaire pour se constituer un fondement réflexif, en partant à la recherche d'une once de définition de ce que pourrait être l'infraction. Ce qui est remarquable,

⁸³⁵ Comme le fait, par exemple, Alfred BERTAULD, *Cours de Code pénal et leçons de législation criminelle*, 3^e éd., Paris, Cosse, 1864.

⁸³⁶ Eugène TRÉBUTIEN, *Cours élémentaire de droit criminel*, Paris, Durand, 1854, p. 71-72.

c'est qu'il en fait découler un raisonnement qui, s'appuyant sur un article du *Code pénal* de 1810, en vient à construire une réflexion paratextuelle, qui nous apparaît textuelle. Cette présentation de définition de l'infraction nous semble être celle qui provient du Code, alors qu'elle est créée de toutes pièces par Trébutien.

Un autre élément doit attirer immédiatement notre attention : le fait que la faute morale soit prégnante dans l'interdit pénal. Cet élément n'est pas non plus posé par le Code, mais l'auteur vient nous affirmer que « la violation d'une loi est toujours une faute », ce qui renvoie instinctivement à l'imputabilité et la culpabilité, deux notions intimement liées à celle d'intention⁸³⁷. De fait, sans évoquer directement l'intention, l'auteur nous fait comprendre que ce sont des actions fautives – donc intentionnelles – qui ouvrent le droit à punition. C'est un élément qui semble dissimulé de sa définition finale selon laquelle l'infraction « résulte d'un fait ou d'une omission prévue et punie par une loi pénale française proprement dite ». Il faut alors en conclure que la faute est intrinsèque à la violation de la loi qui est, par nature, intentionnelle. *In fine*, nous retrouvons bien ici les différents éléments constitutifs de l'infraction, avec un élément matériel et une intention qui surplombe l'ensemble. La carence législative est comblée par ce travail doctrinal.

Trébutien n'est pas le seul à aller dans ce sens, et nous pouvons supposer qu'il s'agit d'un mouvement d'ensemble, particulièrement fort à la suite du revirement en termes de responsabilisation à la suite de la réforme de 1832⁸³⁸. La tendance à définir l'infraction semble donc plus franche à partir de cette date. Néanmoins, il ne faudrait pas oblitérer les tentatives antérieures qui viennent renforcer le statut de l'intention. Bavoux, par exemple, suit un plan bien déterminé dans ses *Leçons préliminaires sur le Code pénal*. Il balaye, infraction par infraction, les difficultés qui peuvent se poser, la constitution matérielle de l'action réprimée, etc. pour en arriver, en fin d'ouvrage, à une remarque brève, mais là encore déterminante, à propos de l'intention. Alors que cette dernière n'est pas mise en avant dans le reste de son ouvrage, elle bénéficie de

⁸³⁷ Hugues PARENT, *Responsabilité pénale et troubles mentaux, Histoire de la folie en droit pénal français, anglais et canadien*, op. cit., p. 129-130 et 279-280 ; Céline SAPHORE, *La jurisprudence criminelle de la Cour de cassation sous la Révolution et l'Empire (1790-1810)*, op. cit., p. 492-494.

⁸³⁸ Nous en retrouvons des traces également chez Eugène LERMINIER, *Philosophie du droit*, 3^e éd., Paris, Guillaumin, 1853, p. 100-117 : discutant des différents courants philosophiques, notamment les théories portées par Kant, il met en lumière la distinction manichéenne entre le bien agir et le mal agir, qui repose dans les consciences humaines.

développements finaux qui peuvent et doivent rejaillir sur le reste de ses propos. Il affirme en effet que :

Quoiqu'on puisse dire qu'il se soit rendu coupable du fait qui a amené la mort, qu'il doit répondre devant la loi d'un acte qui la procure de suite ou à une époque plus ou moins éloignée, toujours est-il qu'il est impossible d'accorder qu'il y ait même culpabilité pour celui qui a entrevu la mort et la voulait, que pour celui dans l'idée duquel elle ne s'est pas présentée et qui n'a donné aucun consentement positif à ce qu'elle arrivât⁸³⁹.

Il milite donc pour une prise en considération générale de l'intention, qui vient faire varier le degré de culpabilité, et donc de responsabilité. Nous ne sommes pas surpris de retrouver de telles affirmations chez un auteur qui aura favorisé la prise en compte des circonstances atténuantes, preuve de son souci d'essayer de s'approcher le plus possible de la *vérité du crime*, dans son entièreté. Finalement, chez cet auteur, nous finissons par trouver les éléments matériels de l'infraction au gré des différentes incriminations qu'il étudie dans son ouvrage, puis un élément intentionnel donné en fin du livre, qui vient remplir les vides laissés auparavant.

Ortolan, pour sa part, de manière assez similaire à Trébutien, organise son plan non pas autour des infractions, mais de manière thématique. Une fois encore, ces thématiques présentent les éléments nécessaires pour constituer une infraction à savoir, un fait matériel⁸⁴⁰ ainsi qu'une intention⁸⁴¹. Ce dernier, néanmoins, ne critique pas l'absence de définition de ce qu'est une infraction ; en lieu et place, il propose sa propre définition sans l'annoncer : il pose différents éléments qu'il estime nécessaires, sans que le Code ne les impose formellement ; nous sommes donc face à une forme de création paratextuelle.

Il en ressort que pour la doctrine, dans les trois premiers quarts du XIX^e siècle, l'infraction paraît effectivement composée d'un élément matériel et d'un élément moral. Parfois, il sera fait mention du manque de précision du Code sur ce point, auquel cas l'auteur se chargera d'y remédier ; d'autres fois, les éléments seront posés sans autre discussion sur le fond, laissant penser que l'organisation législative suit

⁸³⁹ François Nicolas BAVOUX, *Leçons préliminaires sur le Code pénal*, op. cit., p. 566.

⁸⁴⁰ Joseph Louis Elzéar ORTOLAN, *Résumé des éléments de droit pénal*, Paris, Plon, 1867, p. 92-115.

⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 72.

cette logique invariable. Nous retrouvons donc, effectivement, les éléments caractéristiques de l'infraction en doctrine. Cela peut d'autant plus nous surprendre que l'intention est chaque fois formellement présente, alors qu'elle est absente du *Code pénal* de 1810, preuve d'une perméabilité entre la jurisprudence criminelle et la doctrine sur ce point.

B. La présence formelle de précisions sur l'intention

En ne définissant pas les éléments constitutifs de l'infraction⁸⁴², le *Code pénal* de 1810 ne prévoit pas non plus que les actions doivent être intentionnelles. Néanmoins, la jurisprudence impose très tôt une action intentionnelle pour punir convenablement, comportement qui sera copié en matière délictuelle. Cet acquis sera repris par la doctrine pénaliste, devenant une forme de point de passage obligatoire, quitte à n'en offrir que de maigres développements.

Si nous reprenons l'exposé de Bavoux en matière intentionnelle, il dit notamment que :

On verra souvent un homme commettre un crime ou un délit sans entrevoir les suites qu'il peut avoir. Il a bien voulu le premier acte ; il n'a pas découvert le deuxième ; plutôt que de le commettre il se fût peut-être sérieusement arrêté.

Quoiqu'on puisse dire qu'il se soit rendu coupable du fait qui a amené la mort, qu'il doit répondre devant la loi d'un acte qui la procure de suite ou à une époque plus ou moins éloignée, toujours est-il qu'il est impossible d'accorder qu'il y ait même culpabilité pour celui qui a entrevu la mort et la voulait, que pour celui dans l'idée duquel elle ne s'est pas présentée, et qui n'a donné aucun consentement positif à ce qu'elle arrivât⁸⁴³.

Il vient donc, effectivement et factuellement, nous préciser ce qu'il faut entendre par intention. Surtout, nous comprenons que l'intention est importante comme élément constitutif, mais plus encore comme élément de compréhension et d'appréhension de la responsabilité. En variant, le degré d'intentionnalité doit

⁸⁴² Sur les tergiversations doctrinales qui mènent à la construction du contenu des infractions, voir Jacques-Henri ROBERT, « L'Histoire des éléments de l'infraction », art. cit., p. 269-284.

⁸⁴³ François Nicolas BAVOUX, *Leçons préliminaires sur le Code pénal*, op. cit., p. 565-566.

moduler la culpabilité, ce qui altère la responsabilité⁸⁴⁴. Dans ce système fortement perméable avec la morale, il serait indécent de punir de manière identique la personne qui faute intentionnellement du début à la fin, et celle qui faute initialement sans prévoir toutes les conséquences de son action – nous avons donc les prémices de la distinction du dol éventuel qui se dessinent sous la plume de cet auteur.

Trébutien vient lui aussi apporter quelques précisions sur l'intention en annonçant que :

Les *délits* comprennent tous les faits punis en vue de l'intention coupable qu'ils révèlent. Les *contraventions* comprennent, au contraire, toutes les infractions dans lesquelles on punit plutôt le fait matériel en lui-même que l'intention. Cette division est peut-être la seule qui satisfasse complètement la logique, parce qu'elle est à l'abri de l'arbitraire et facile à saisir⁸⁴⁵.

Nous retrouvons l'intention comme moyen d'opérer une gradation entre différentes espèces d'actions. Alors que Bavoux mobilisait cet exemple pour démontrer l'échelonnement qui pouvait exister entre plusieurs hypothèses d'homicides, Trébutien met en avant la distinction entre les contraventions et les délits⁸⁴⁶, imposant que seuls les délits soient intentionnels. Nous rappelons que cette affirmation n'a pas de fondement légal certain. Pourtant, il persévère et consacre un titre à la « volonté perverse, nécessaire comme second élément constitutif d'une infraction »⁸⁴⁷. Il affirme alors que :

Les conditions du fait externe, premier élément constitutif de l'infraction, viennent d'être déterminées, et nous les supposons remplies. Elles ne suffisent pas ; il faut un second élément, l'élément moral, la volonté, qui détermine en définitive la criminalité de l'infraction.

Ce second élément n'est pas moins indispensable que le premier : si le fait externe n'est pas l'œuvre libre d'un agent qui a la conscience de ses actes, il n'est qu'un accident de force majeure, un produit du hasard. La société peut bien chercher à prévenir ces sortes de fait : elle peut *se défendre* contre eux, mais elle n'a pas le droit de les punir⁸⁴⁸.

⁸⁴⁴ Édouard BOITARD, *Leçons sur les Codes pénal et d'instruction criminelle*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 226-227 : cet auteur nous en donne une illustration en mobilisant l'hypothèse d'un homicide commis en état d'ivresse. Pour lui, le degré d'intention est différent, et donc la culpabilité et la responsabilité doivent varier.

⁸⁴⁵ Eugène TRÉBUTIEN, *Cours élémentaire de droit criminel*, *op. cit.*, p. 74

⁸⁴⁶ Étant entendu que le terme « délit » est utilisé pour désigner le délit et le crime.

⁸⁴⁷ Eugène TRÉBUTIEN, *Cours élémentaire de droit criminel*, *op. cit.*, p. 106 et s.

⁸⁴⁸ *Ibid.*, p. 106.

Pour cet auteur, la mesure de l'intention constitue un point de passage obligatoire dans la constitution de l'infraction posant, de fait, des éléments formels sur la notion. Il n'y a toujours pas de référence à un article du Code pour justifier cette affirmation.

Pour sa part, Rossi développe l'intention exclusivement sous le prisme de l'imputabilité⁸⁴⁹, en partant du constat selon lequel les humains sont libres :

Car l'homme, être *intelligent*, peut connaître, autant du moins que l'imperfection humaine le permet, la nature, le but et les conséquences de ses actions ; *libre*, il est maître de diriger ou de suspendre l'exercice de sa volonté, de l'appliquer plutôt à un objet qu'à un autre ; il est maître de faire, de ne pas faire, de choisir⁸⁵⁰.

Bien que l'intention ne soit pas directement présente ici, on en décèle la marque par des références à la liberté et à la volonté. Une nouvelle fois, nous relevons une présence formelle de l'intention en doctrine, alors même que le Code n'impose pas cette condition pour punir.

Ortolan ne dit pas autrement en faisant plusieurs références à l'intention pour différencier les délits et les contraventions⁸⁵¹, ou encore lorsqu'il s'efforce de distinguer les faits constitutifs de l'infraction et les circonstances aggravantes ; dans cette dernière hypothèse, il mobilise l'exemple de l'assassinat qui n'est qu'un meurtre aggravé par la préméditation ou le guet-apens⁸⁵².

Ainsi, bien que le *Code pénal* de 1810 soit mutique sur la question intentionnelle et, plus encore, que le terme d'« intention » n'y apparaisse pas⁸⁵³, la doctrine semble pour sa part acquise aux théories de la responsabilité subjective. Ce faisant, les auteurs déploient des précisions sur l'intention qui devient un instrument de mesure de la responsabilité ou un outil de distinction des délits. Ils contribuent alors, dans un mouvement parallèle à celui initié en jurisprudence, à consolider la place d'une intention pourtant absente de la législation. Cette création en marge des textes ne les

⁸⁴⁹ Pellegrino ROSSI, *Traité de droit pénal*, 2^e éd., tome 1, *op. cit.*, p. 319-326.

⁸⁵⁰ *Ibid.*, p. 320.

⁸⁵¹ Joseph Louis Elzéar ORTOLAN, *Résumé des éléments de droit pénal*, *op. cit.*, p. 72

⁸⁵² *Ibid.*, p. 125-126.

⁸⁵³ Du moins, pas avant 1832, et concernant une hypothèse bien spécifique, celle des coups et blessures entraînant la mort sans intention de la donner.

émeut pas et aucun ne relève de contradiction avec l'interprétation stricte des textes ou le principe de la légalité criminelle. Alors que les yeux contemporains peuvent y voir un oxymore, nous posons l'hypothèse que cette articulation était « naturelle » pour les auteurs du XIX^e siècle, pour qui l'infraction était nécessairement intentionnelle pour exister.

§ 2. L'acceptation du système « naturel » de responsabilité subjective

L'intention est formellement présente dans les manuels et autres ouvrages de la doctrine pénale. Néanmoins, la simple présence formelle ne présume pas de la qualité de ce qui y sera inscrit, et force est de constater que les éléments apportés sont plus faibles et techniques, puisque les fondements de la responsabilité subjective, qui appelle l'intention, ne sont pas questionnés : ils sont acceptés. Dès lors, au même titre que sont acceptés la responsabilité subjective et les éléments qui en découlent, l'intention n'est pas remise en cause et semble donc *naturelle*. Puisqu'elle est naturelle, qu'il s'agit d'un donné semi-divin – pour certains auteurs – il est donc inutile de venir définir concrètement ce qu'elle est (A).

Sans définition opérante de l'intention donnée par la doctrine, nous posons alors l'hypothèse que cette dernière est reçue comme un élément naturel, qui embaume la société dans son entier et que, au même titre qu'il serait inutile de prouver que le coupable respirait au moment de son action, il serait superfétatoire de s'attacher précisément à essayer de décrypter quelle était sa véritable intention (B).

A. L'absence de définition opérante de l'intention en doctrine

Avant d'étudier les propos des auteurs de manuels de droit pénal, nous avons souhaité étudier les répertoires juridiques. Ces derniers paraissent tout indiqués pour exposer une définition de ce que serait l'intention dans les infractions. Nous avons décidé de travailler sur l'un des répertoires les plus fameux, à savoir le *Répertoire Dalloz*⁸⁵⁴. Ce recueil est censé renfermer tous les mots les plus importants de la matière

⁸⁵⁴ Ainé DALLOZ et Armand DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale.

juridique, pour les disséquer en étudiant les avancées doctrinales sur ces points, l'état de la jurisprudence, etc. Or, il n'y a pas de référence à l'intention ou à l'élément moral. Notons également que l'élément matériel n'y est pas plus défini, mais nous ne nous attarderons pas sur ce point, l'élément matériel n'étant pas sujet à discussions du fait de sa relative simplicité de compréhension⁸⁵⁵. Tout au plus cette absence nous conforte dans une autre idée que nous avons développée, faisant valoir que l'infraction reste généralement mal définie dans sa globalité sur notre période⁸⁵⁶. Bien qu'il soit fortement critiquable que l'élément matériel manque à l'appel dans ces recueils, ne posant pas de réel problème, nous pouvons comprendre cet oubli. En revanche, concernant l'intention, par sa complexité d'acceptation et de définition, l'absence de définition ou même de tentative de définition se fait plus criante.

D'un point de vue méthodologique, nous avons dans un premier temps recherché, de manière frontale, la présence de l'élément moral dans ces écrits, puisque c'est cette notion qui semblait avoir la faveur de certains des auteurs étudiés⁸⁵⁷. Nous sommes donc allés aux tomes correspondants en recherchant l'occurrence « élément »⁸⁵⁸ qui aurait pu nous guider vers l'expression complète d'élément moral. Face au manque de résultat, nous avons étendu cette recherche au terme simple de « moral », espérant un renvoi, mais sans plus de succès. La terminologie de l'époque étant variable⁸⁵⁹, nous avons recherché les termes « intentionnel » et « intellectuel »⁸⁶⁰ avec pour seul résultat, un blanc. Nous avons alors tenté une approche moins directe, mais dont les termes renvoient foncièrement à notre notion première. Nous avons

⁸⁵⁵ Il s'agit de relever matériellement le résultat de l'infraction, qu'elle soit tentée ou achevée. Il n'existe pas véritablement de débats en doctrine sur l'existence et la qualification de l'élément matériel des infractions.

⁸⁵⁶ Constat partagé par Jacques-Henri ROBERT, « L'Histoire des éléments de l'infraction », art. cit., p. 269-284.

⁸⁵⁷ Comme c'est par exemple le cas d'Eugène Trébutien.

⁸⁵⁸ Aîné DALLOZ et Armand DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, tome 20, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1850.

⁸⁵⁹ On utilise les expressions d'intention, d'élément moral, élément intellectuel, etc.

⁸⁶⁰ Aîné DALLOZ et Armand DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, tome 24, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1854.

essayé de trouver les vocables « culpabilité »⁸⁶¹, « responsabilité »⁸⁶² et « volonté »⁸⁶³ ; au risque de nous répéter, cela n'a pas été concluant. Le plus simple serait de dire que nous n'avons trouvé qu'une seule fois l'intention, non pas en tant qu'élément autonome méritant définition, mais en tant qu'illustration d'une autre notion, au sein d'une section sur l'instruction en matière pénale⁸⁶⁴. Sans avoir la prétention d'affirmer que nous ayons étudié tous les tomes de toutes les encyclopédies à la recherche de ces entrées, il reste certain que la difficulté que nous avons rencontrée à trouver ces expressions est démonstrative du manque de représentativité de ces notions dans le répertoire analysé.

Nous ne sommes pas bien mieux lotis avec les quelques auteurs que nous avons choisi d'étudier ; ces auteurs ont retenu notre attention parce qu'ils sont représentatifs de la diversité doctrinale. Par ailleurs, ce sont des auteurs qui sont classiquement mobilisés par l'historiographie contemporaine ; nous le rappelons, notre objectif n'est pas tant d'exhumer des sources inexploitées jusqu'à présent, que de mobiliser les auteurs généralement étudiés pour relire leurs travaux à la lumière de la question intentionnelle.

Berriat Saint-Prix (1802-1870), par exemple, définit l'intention *a contrario* en estimant qu'« Il n'y a crime, ni délit, lorsqu'on a été contraint à un fait répréhensible par une force à laquelle on n'a pu résister, ou lorsqu'on était en démence au temps de ce fait [...] La règle du texte est fondée sur ce que *en général*, il ne peut y avoir de délit sans intention criminelle »⁸⁶⁵. Ainsi, il ne donne pas de définition de l'intention et se contente de dire qu'une action contrainte, donc sans intention, ne peut donner lieu à poursuites. Pour lui, les questionnements sur l'intention n'arrivent que dans les hypothèses où elle peut éventuellement faire défaut :

⁸⁶¹ Aîné DALLOZ et Armand DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, tome 14, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1853.

⁸⁶² Aîné DALLOZ et Armand DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, tome 39, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1858.

⁸⁶³ Aîné DALLOZ et Armand DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, tome 44, partie 2, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1864.

⁸⁶⁴ Aîné DALLOZ et Armand DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, tome 28, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1854, notamment p. 69, 406, 517, 839 et 891. Notons qu'une référence est faite aux « facultés intellectuelles » ou encore à la « capacité intellectuelle », sans définir non plus ce que recouvrent ces notions.

⁸⁶⁵ Charles BERRIAT-SAINT-PRIX, *Cours de droit criminel*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 6.

Bien plus, quoique le consentement soit en général nécessaire à la criminalité, le défaut d'intention n'excuse pas toujours. C'est ce qui a lieu lorsque le délit a été commis dans un état d'ivresse, ou lorsqu'il s'agit en général d'infractions à des lois de finances, telles que celles des contributions indirectes ou droits réunis, et des douanes, ou aux lois sur les eaux et forêts⁸⁶⁶.

Dès lors, aucune précision ne nous est fournie sur la manière de prouver l'intention ou de la comprendre. Charge au lectorat de comprendre que l'intention signifie... l'intention. Sauf à dire que l'action doit être intentionnelle, les explications sont bien maigres. Or, affirmer que l'action se doit d'être intentionnelle ne donne pas de précisions sur la manière dont on doit appréhender l'intention, la prouver et la retranscrire.

C'est pourtant peu ou prou le même constat que nous devons porter sur les autres tentatives des auteurs lorsqu'ils évoquent l'intention⁸⁶⁷. Les analyses sont vagues, générales, et ne rentrent pas dans le fond de la notion comme ils peuvent pourtant le faire avec les éléments matériels. En effet, l'élément matériel bénéficie des meilleurs développements ; il est posé, prouvé et discuté. En comparaison, les éléments sur l'intention font pâle figure. Surtout, lorsque le texte se borne à étudier successivement les différentes infractions⁸⁶⁸, les précisions sur l'élément matériel sont données à chaque fois ; si le texte prend le parti de systématiser l'ensemble, comme cela est plus souvent le cas dans la seconde moitié du XIX^e siècle, une partie est généralement consacrée à l'élément matériel, alors que les précisions sur l'élément moral sont à rechercher dans divers recoins⁸⁶⁹.

La meilleure synthèse nous est certainement fournie par Bertauld (1812-1882) dans son *Cours de Code pénal*, lorsqu'il affirme de manière lapidaire et implacable que « Toute infraction est punissable lorsque l'infracteur, au moment où il l'a commise, était intelligent et libre. Le développement de l'art. 64 du Code pénal, voilà toute notre leçon »⁸⁷⁰.

⁸⁶⁶ Charles BERRIAT-SAINT-PRIX, *Cours de droit criminel*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 71.

⁸⁶⁷ François Nicolas BAVOUX, *Leçons préliminaires sur le Code pénal*, *op. cit.*, p. 565-566 ; Eugène TRÉBUTIEN, *Cours élémentaire de droit criminel*, *op. cit.*, 1854, p. 106 et s. ; Pellegrino ROSSI, *Traité de droit pénal*, 2^e éd., tome 1, *op. cit.*, p. 319-326 ; Joseph Louis Elzéar ORTOLAN, *Résumé des éléments de droit pénal*, *op. cit.*, p. 72 et 125-126.

⁸⁶⁸ À l'image du travail de François Nicolas BAVOUX, *Leçons préliminaires sur le Code pénal*, *op. cit.*

⁸⁶⁹ Nous posons ce constat au regard des autres auteurs étudiés dont, par exemple, Édouard BOITARD, *Leçons sur les Codes pénal et d'instruction criminelle*, 3^e éd., *op. cit.*

⁸⁷⁰ Alfred BERTAULD, *Cours de Code pénal et leçons de législation criminelle*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 325.

Il en découle que, si la doctrine prend en considération l'intention, elle se refuse de lui octroyer une définition claire et opérante, qui puisse être comprise et mobilisée. Alors que l'élément matériel des infractions est donné et analysé, l'intention n'est appréhendée que de manière extrêmement générale et lacunaire. Le constat se voit renforcé par l'absence d'entrées sur les termes afférents à l'intention dans le *Répertoire Dalloz*. L'hypothèse que nous avançons pour expliquer ce manque de considération à l'égard de l'élément intentionnel est qu'il est vu comme quelque chose de naturellement compréhensible, sans qu'il ne soit nécessaire de s'appesantir sur le sujet.

B. L'intention comme élément naturel

Plusieurs anomalies défilent sous nos yeux lorsque nous lisons les manuels de droit pénal. Plus précisément, des éléments qui nous semblent désormais problématiques, avec notre recul, mais qui étaient certainement acceptés par la doctrine du XIX^e siècle. La première, qui nous semble être la plus importante, tient dans la contradiction entre l'imposition d'une intention pour punir, et le principe de la légalité criminelle ; en générale, dans un système legaliste, nous pouvons avoir un élément moral et un élément matériel, qui doivent être prévus par le texte. Ce n'est pas ce qui a été fait. Aucun des auteurs que nous avons choisi d'étudier ne précise que l'intention n'est pas un prérequis des incriminations. Ils font le choix, qui nous semble délibéré, d'éluder cette donnée qui a pourtant son importance.

En effet, le droit criminel a été construit autour de principes forts, qui sont protégés par les textes véhiculant la valeur symbolique la plus importante, à l'image de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789, laquelle dispose notamment que « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites »⁸⁷¹. La précision est importante puisqu'il est effectivement affirmé qu'il faut respecter non seulement les cas qui sont posés par la loi pénale, mais également le faire en respectant le contenu précis qui y est inscrit. Or, ajouter un élément intentionnel aux infractions ne semble pas répondre à ce prérequis.

⁸⁷¹ *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789, art. 7.

Plusieurs explications peuvent se confronter. Nous pourrions concéder que le fait d'ajouter l'intention est un critère plutôt généreux pour les accusés, dans la mesure où cela vient écarter les hypothèses de purs accidents, ou les infractions commises par des personnes qui ne peuvent être responsables – et sont donc couvertes par l'article 64 du *Code pénal* de 1810⁸⁷². Dans la mesure où ce caractère vient atténuer la sévérité du Code, peut-être qu'il a été décidé de ne pas relever la contradiction avec le principe de la légalité, lequel imposerait que l'intention ne soit présente uniquement pour les infractions qui y font clairement et directement référence⁸⁷³.

Une autre hypothèse tiendrait dans le fait que l'intention serait tellement intégrée dans les acquis sociaux, qu'il serait inutile de relever une quelconque contradiction avec le principe de la légalité⁸⁷⁴. Le problème se trouverait alors inversé et il serait logique que les auteurs se concentrent à expliquer les éléments matériels, en délaissant l'aspect intentionnel. Les éléments matériels sont ici vus comme la « nouveauté », ce qui vient perturber le déroulement logique des choses, l'aspect problématique. Définir clairement et concrètement les interdits importerait donc plus que s'attacher à expliquer l'intention mauvaise qui doit accompagner l'action. Cette hypothèse explique parfaitement le désintérêt manifeste de la doctrine, en règle générale, pour l'intention et sa définition. L'ensemble est alors censé tenir sur les acquis sociaux, des valeurs *naturellement* partagées qui imposent que l'on sache, à coup sûr, ce que signifie l'intention, au même titre que nous savons ce qu'est une table ou un escabeau⁸⁷⁵.

⁸⁷² Pour plus de précisions sur l'article 64 du *Code pénal*, voir notamment Geneviève VINEY, « La responsabilité », art. cit., p. 275-292 ; Hugues PARENT, *Responsabilité pénale et troubles mentaux, Histoire de la folie en droit pénal français, anglais et canadien, op. cit.*, p. 254 ; Jean-Christophe SAINT-PAU, « Trouble mental, usage de stupéfiants et irresponsabilité pénale : la raison et l'émotion », *Lexbase pénal*, 38 (2021), p. 25-27.

⁸⁷³ Barthélémy MERCADAL, « Recherches sur l'intention en droit pénal », art. cit., p. 3.

⁸⁷⁴ La notion de liberté de choix, et donc d'intention, était déjà fortement ancrée dans la pensée romaine ; elle a donc eu le temps d'intégrer les rapports sociaux et d'organiser nos relations au prisme de cette connaissance. Sur ce point, voir Yan-Patrick THOMAS, « Acte, Agent, Société. Sur l'homme coupable dans la pensée juridique romain », art. cit., p. 63-83.

⁸⁷⁵ Barthélémy MERCADAL, « Recherches sur l'intention en droit pénal », art. cit., p. 1 : pour lui, il est évident que l'intention est un élément qui appartient à la culture sociale. Il mobilise l'exemple d'un enfant qui aurait fait une bêtise et dirait « je n'ai pas fait exprès », ce qui démontre un défaut d'intention, comportement qui est donc utilisé très tôt, dès l'enfance. Il dit même que c'est alors un comportement primitif de défense. Or, pour qualifier cela de comportement primitif de défense, il faut bien que l'intention soit acceptée comme un acquis social, ce qui semble être le cas assez rapidement, certainement sous l'influence de l'Église. Pour un rapide aperçu des relations entre la responsabilité subjective et les valeurs judéo-chrétiennes, voir Hugues PARENT, *Responsabilité pénale et troubles mentaux, Histoire de la folie en droit pénal français, anglais et canadien, op. cit.*, p. 129

La seconde anomalie que nous relevions s'évanouit une fois la première expliquée, puisqu'il s'agissait du manque de cohérence dans l'appréciation des éléments constitutifs de l'infraction criminelle. En effet, d'un côté les auteurs étudiés se proposent de remédier au défaut de définition du Code ; d'un autre côté, leurs apports sont légers en termes de propos définitionnels, pour ne pas dire absolument abscons concernant l'intention.

En conséquence, le facteur unique qui nous permet d'expliquer cette situation qui pourrait sembler ambiguë tient en ce que l'intention serait vue comme un élément naturel, découlant naturellement d'une responsabilité logiquement subjective. Le virage est assez radical si l'on compare la situation avec la promulgation du *Code pénal* de 1810, époque où dominait l'utilitarisme matérialiste, notamment porté par Target⁸⁷⁶.

⁸⁷⁶ Xavier MARTIN, « Du temps des Lumières à 1810 : anthropologie et droit criminel », *Bicentenaire du Code pénal, 1810-2010*, Paris, Les Colloques du Sénat, 2010, p. 79-82.

Conclusion du chapitre

L'intention est un élément qui se dérobe, se cache, se dissimule. Plus nous essayons de la saisir, et plus la notion s'échappe dans une brume évanescence. Pourtant, elle réussit presque miraculeusement à pénétrer notre droit criminel, sans bruissement de page ; aucun texte ou presque n'aura été modifié dans un premier temps.

Prenant la suite des doctrines matérialistes et utilitaristes du début du XIX^e siècle, certains auteurs oseront saisir leurs plumes pour tenir des propos acides à l'encontre de la législation napoléonienne : encore fallait-il que le maître disparaisse pour que les élèves causent du chahut. C'est donc dans un mouvement de contestation du passé, de l'autoritarisme napoléonien qui transpirait de sa législation, que les premières fondations pour la relecture intentionnelle du Code ont été posées. Cette relecture prend appui sur les quelques indices, semés au hasard d'un *Code pénal* plutôt matérialiste, pour construire un système de responsabilité subjective, en franche opposition avec la doctrine précédente.

Ce sont donc les changements de régime, à la suite de l'Empire, qui sont une première cause accidentelle de regain de puissance pour cet élément intentionnel qui fut sauvé de l'oubli, de justesse. Absent, ou réduit à sa plus simple expression dans les codes précédents, les auteurs du second tiers du XIX^e siècle savent s'appuyer sur une jurisprudence proluxe pour conforter ce retour vers une responsabilité subjective qui fait la part belle au système intentionnel. Portée par le spiritualisme qui lui est intimement liée, l'intention vit.

C'est dans cette même lancée que d'autres réformes, qui peuvent nous sembler sans incidence sur l'aspect intentionnel des infractions, seront déployées. Dans la veine d'une critique acerbe contre l'absence de possibilité d'amendement des condamnés, et militant pour une *juste* peine, les circonstances atténuantes font leur entrée dans une législation criminelle qui ne savait qu'aggraver la pénalité. D'abord confiées aux magistrats professionnels, c'est dans un objectif de lutte active, voire proactive contre

les acquittements et modifications factuelles des jurés, qu'elles seront généralisées et octroyées aux jurés citoyens par la loi d'avril 1832. Mais que viennent faire ces réformes en matière intentionnelle ? Alors que ces textes et leurs avancées ont déjà été multiples étudiés par l'historiographie contemporaine, l'aspect intentionnel à, ici encore, été laissé de côté. Pourtant, selon nous, il s'agit d'une étape marquante, si ce n'est la plus importante dans l'histoire contemporaine de l'intention en tant qu'élément constitutif des incriminations.

En effet, que les jurés se décident selon leur intime conviction est une chose. Ils pouvaient alors y insérer leurs ressentiments subjectifs et toutes autres curiosités, puisque la loi ne leur demandait aucun compte sur la manière d'aboutir à leur verdict. Néanmoins, selon nous, l'un des facteurs qui poussaient les jurés à modifier les actions criminelles pour amoindrir la pénalité voire, acquitter, était leur sentiment profond que la peine qui aurait été prononcée aurait été injuste, parce que l'accusé ne répondait pas à tous les critères de responsabilité de manière pleine et entière. Or, jouer sur la dose de responsabilité, c'est faire varier le degré d'intentionnalité dans l'action. Untel a tué sa femme parce qu'elle le trompait régulièrement ? En principe, la peine de mort l'attendait sans détour. Oui, mais, *quid* de cette circonstance qui, dans les mœurs de l'époque, passait pour atténuante – si ce n'est juridiquement, au moins moralement ? Elle était intégrée, digérée, et rejaillissait au moment de se prononcer sur la culpabilité.

Ainsi, en posant légalement les circonstances atténuantes, le jugement sur le degré d'intentionnalité dans l'action ne revient plus aux magistrats qui bénéficiaient d'une marge de manœuvre entre un minimum et un maximum pour prononcer une peine, mais aux jurés. Le jury peut donc, et sans qu'on lui demande de rendre de compte, reconnaître des circonstances atténuantes quand bon lui semblera. Pour nous, il est possible de considérer que ces circonstances atténuantes prendront appui dans la dose d'intention qu'ils imaginent en reconstruisant la scène criminelle.

Face à ce mouvement, la doctrine demeure muette. Acceptant de définir une infraction que le Code ne jugea ni bon, ni utile de préciser, ils en profitent pour asseoir la jurisprudence constante de la Cour de cassation sur l'intention et considèrent qu'un élément moral est nécessaire, en plus d'un élément matériel, pour punir convenablement. D'aucuns pourraient soulever le problème de légalité d'une telle affirmation. Il nous semble que c'est bien là une remarque contemporaine et que la

doctrine, en son époque, n'y voyait aucune contradiction tant il semblait *naturel* que la responsabilité soit empreinte de subjectivité et réponde, de fait, à une intention tournée vers le mal. C'est également pour cette raison que nous ne trouvons pas de questionnements profonds sur la définition de l'intention, les auteurs se contentant généralement de survoler la notion.

Il en découle que l'intention a été naturalisée dans le fonctionnement juridique, ou peut-être plus précisément, a été renaturalisée. La première renaturalisation est opérée par glissement dans la lecture des incriminations, permis par un renouveau des conceptions philosophiques qui tendent à se rattacher à l'idéalisme. La seconde renaturalisation, c'est celle d'une amélioration des textes pour essayer de juguler les acquittements des jurés ; cela offre, au passage, une tribune magistrale pour que l'intention s'exprime, secrètement, dans les circonstances atténuantes. La dernière renaturalisation, c'est celle d'une doctrine qui sait prendre acte de la poussée jurisprudentielle et qui finit par considérer que l'intention est effectivement et naturellement présente dans les infractions.

Conclusion de la Partie 1

La construction de l'intention telle que nous la connaissons encore aujourd'hui s'est donc faite en deux temps : il lui fallait d'abord réapparaître, avant de pouvoir définitivement s'affirmer. Lorsque nous évoquons une forme de « réapparition », cela ne doit pas signifier que l'intention avait un jour quitté les rives de notre droit ; il faut plutôt y voir la réapparition et la construction de la conception contemporaine d'intention criminelle.

Dans cette partie, nous nous sommes saisis de textes législatifs bien connus, d'ouvrages doctrinaux déjà étudiés, etc. il y a donc peu d'originalité sur la forme de notre analyse. Cependant, les choses se mettent en place pour constituer un véritable objet d'étude dès lors que ce panel de sources n'a pas été confronté au système intentionnel. L'intention n'a pas été interrogée dans ce *corpus*, laissant une forme de vide historiographique, qui peut même toucher notre droit positif.

Nous avons donc essayé, à partir de documents déjà connus pour la plupart, de réfléchir sur cette intention et même, à partir de cette notion. Il est déjà intéressant de constater qu'un point aussi essentiel du fonctionnement de notre droit, quelle qu'en soit la spécialité, ne soit pas ou très peu creusé. La lacune est encore plus grande, selon nous, lorsqu'elle marque du sceau de l'insuffisance le champ pénal. Le droit criminel tel que pensé et construit à partir du XVIII^e siècle se doit d'être exemplaire : parce qu'il s'agit du droit qui peut frapper des peines les plus lourdes, c'est également celui qui doit répondre au plus grand nombre de restrictions pour ne pas être attentatoire aux libertés fondamentales.

Or, nous avons pu constater que dans les tout premiers instants de l'intention contemporaine, cette dernière n'a pas été définie et sa présence était plutôt caractérisée par l'aléa : tout dépendait finalement des circonstances et des personnages impliqués dans l'affaire.

Après une mise en crise du système intentionnel par le matérialisme structurel du siècle des Lumières, l'intention parvient néanmoins à se frayer un chemin dans quelques textes de la période impériale. Sa présence n'est pas franche, mais l'œil expert peut en deviner la place par endroits. Il faut avouer que cette notion est particulièrement aidée dans son ascension par le travail des magistrats qui, très tôt, considèrent qu'une infraction est composée par un élément matériel et un élément intentionnel, ce que confirmera la doctrine – mais ne sera jamais posé par le législateur.

L'intention se construit donc à partir de textes polysémiques, dans un contexte qui se veut favorable à la magistrature. Néanmoins, elle ne sera pas systématisée par la législation. Certes, le législateur va lui donner encore plus de poids par des réformes qui, une nouvelle fois, visent en creux l'action critiquée des jurés. Cette institution est donc un catalyseur indirect pour le concept d'intention : le jury inspire l'intime conviction qui permet une percée de l'intention de manière *praeter legem* ; il favorise le regain de confiance dans la magistrature et son travail, légitimant sa jurisprudence, favorable à l'intention ; il pousse le législateur à intervenir pour reconnaître les circonstances atténuantes, qui sont vectrices d'une meilleure prise en considération de l'intention.

S'il est bien un terme qui pourrait qualifier l'émergence de l'intention, ce pourrait être celui d'« accident ». L'intention apparaît presque par *accident* dans notre droit, portée par des éléments qui ne la visent pas directement, mais qui posent un cadre de développement qui lui est favorable ; cela se confirme en doctrine, avec des auteurs qui ne questionnent plus la pertinence de retenir ou non un élément intentionnel dans la qualification des infractions, mais discutent de l'intention, à la marge, dans les hypothèses problématiques – liées par exemple à l'âge ou à la folie. L'intention *est*, c'est désormais un fait. Néanmoins, de bien sombres nuages s'amoncellent autour de ces créations juridiques, véritables fictions. Les secousses auront-elles raison de l'intention ?

Partie 2. La confirmation de l'intention (1870-1994)

Après avoir été construite, notre acception contemporaine de l'intention va être soumise à de sévères tensions. En effet, les turbulences vont affecter l'ensemble du système intentionnel qui repose sur les deux autres notions cardinales : la faute et la liberté. L'intention est opérante en droit pénal s'il y a eu intention de mal faire, dans un cadre libre. En somme, seule l'action délibérée subit la réponse pénale la plus intense.

Alors que la fin du XVIII^e siècle s'est montrée chargée en innovations pour le droit, et particulièrement le droit criminel, la seconde moitié du XIX^e siècle n'est pas en reste. Nous nous concentrerons plus particulièrement sur le dernier tiers de ce siècle, dominé par des batailles idéologiques retentissantes, qui font vaciller de son piédestal le libre arbitre, rappelant qu'il s'agit d'un postulat idéologique et non pas une vérité absolue. Ce faisant, c'est tout l'appareil systémique pénal qui se trouve mis en crise, que nous visions la composition des infractions, le type de responsabilité, comme la peine qui doit être appliquée.

Néanmoins, quoique puissent apporter les plus critiques du libre arbitre, l'intention semble chaque fois sortir son épingle du jeu. Le droit pénal est attaqué et semble marginalisé par le développement des sciences criminelles qui entendent l'englober, et le conserver comme l'un des éléments d'étude du phénomène criminel. Or, le droit pénal est défendu par certains penseurs comme un objet autonome de toute autre science ; lorsqu'il doit y avoir cohabitation, celle-ci doit être organisée autour du droit pénal, et non pas de concert : le droit criminel pose le cadre, et les sciences auxiliaires viennent apporter leurs savoirs pour l'enrichir, rien de plus. Dans ces attaques, ce qui se trouve mis en cause, toujours de manière incidente, c'est l'intention. Elle est cette fois visée par le type de responsabilité que l'on souhaite faire prévaloir, ce qui est particulièrement prégnant avec la critique positiviste de la fin du XIX^e siècle. Cependant, l'intention en sortira victorieuse et se trouvera même confortée par ces attaques ciblées, qui démontrent finalement sa robustesse (**Titre III**).

C'est donc assez logiquement que les futures critiques qui toucheront le droit pénal seront formulées dans le respect du cadre intentionnel. Le postulat déterministe est de nouveau écarté pour faire place de manière hégémonique au système de responsabilité fondé sur la culpabilité d'une faute commise librement. Ce sera le cas, par exemple, des contestations qui seront formulées au sortir de la Seconde Guerre mondiale.

Ne manque plus, alors, qu'un seul élément à cette notion à qui tout semble sourire : une consécration textuelle. L'intention apparaît en marge des textes, portée par une jurisprudence favorable qui repose sur une législation nébuleuse, et est confortée par la doctrine presque dans son entièreté. La présence textuelle, qui permettrait de répondre aux exigences du principe de la légalité criminelle, semble bien être le dernier pont à franchir. Ce sera chose faite avec le *Code pénal* de 1994, qui viendra sacraliser et figer près de deux siècles d'évolutions par à-coups et avancées par chemins de traverse (**Titre IV**).

Titre III. La résistance de l'intention (1870-1945)

La mise en crise du système intentionnel passe par la mise en crise du système pénal dans son entièreté. La période qui s'étale de 1870 à 1945 est très riche, ne serait-ce que par les évènements particuliers qui viennent la secouer : défaite de Sedan, Commune de Paris, affaire Dreyfus, Première Guerre mondiale, Seconde Guerre mondiale, pour ne citer que ces quelques grandes étapes.

Le contexte est donc plutôt électrique et le droit criminel, main armée des pouvoirs centraux sur la population, sera certainement modulé au gré des nécessités pour répondre à des politiques pénales déterminées. Ce faisant, il n'est pas à exclure qu'un jeu sur l'intention fasse jour.

Surtout, ce qui nous intéressera à titre principal, ce seront les crises sociales qui secoueront la France et feront émerger le socialisme et le solidarisme. Cette contestation de l'individu pris en tant qu'entité autonome, libre et égale, pour tenter d'imposer une vision plus sociale, presque holiste de la vie en société, a des répercussions sur l'intention dans le droit. À partir du moment où l'on tente de démontrer que les individus ne sont pas forcément libres ou ne sont pas forcément égaux, nous venons renverser la table des convictions bien établies telles que l'autonomie de la volonté ou le libre arbitre.

Ce n'est donc pas uniquement le droit pénal ou l'intention prise seule qui sont attaqués, mais bien tout un système, celui de la responsabilité, et même celui de la création du droit. Sans nous plonger dans les études de sociologie qui vont débiter à ce moment-là, et considèrent le droit comme un fait social¹, il sera néanmoins important que nous puissions étudier les conséquences de ce mouvement, en ce qu'elles touchent la responsabilité. Mettre un terme ou contester la responsabilité

¹ Émile DURKHEIM, *Cours de science sociale. Leçon d'ouverture* [[en ligne](http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/sc_soc_et_action/texte_1_01/cours_sc_sociales.pdf)], Chicoutimi, Édition électronique, 2002 [rééd. 1888], p. 20-21, URL : http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/sc_soc_et_action/texte_1_01/cours_sc_sociales.pdf.

individuelle, au profit, peut-être, d'une responsabilité collective, c'est déplacer le curseur intentionnel voire, le nier (**Chapitre 5**).

Il faudra tout de même relever que, quelles que soient la force et la portée des attaques, qu'elles soient ciblées ou plus générales, l'intention reste droite, bastille imprenable. Ses défenseurs classiques sauront redoubler d'ingéniosité pour conserver un système reposant tout entier sur la faute individuelle et la responsabilité qui y est rattachée. Dans ce même mouvement, l'individu en tant qu'objet est scruté, analysé objectivement et dans sa subjectivité. De manière paradoxale, les sciences qui tendent à objectiver la responsabilité contribuent à subjectiver la réponse pénale par un jeu bien orchestré de reprise de certaines avancées des sciences sociales, tout en abandonnant les éléments les plus embarrassants sur le bas-côté. Il en ressort alors que l'intention est invariablement victorieuse (**Chapitre 6**).

Chapitre 5. La mise en crise du système intentionnel

Les débuts de la III^e République sont marqués par des turbulences virulentes, qui vont pousser les pouvoirs publics à modifier la politique pénale voire, à moduler les pratiques pénales. Or, lorsque l'on modifie l'un ou l'autre, la manière de concevoir, comprendre, et appréhender l'intention va diverger.

Pour ce qui nous concerne, la mise en crise du système intentionnel est véhiculée par la contestation du volontarisme. Alors qu'une forme de consensus doctrinal commence à se former pour lire chez Kant les prodromes de notre système juridique, d'autres auteurs auront à cœur de contester la croyance dans l'individu libre et égal de ses comparses. C'est dans le fond de ces crispations que vont apparaître de nouveaux avatars de l'intention, à l'instar de l'autonomie de la volonté. En effet, pour combattre un système, encore faut-il pouvoir en nommer les ennemis, et c'est ce que s'attache à réaliser une poignée d'auteurs qui n'auront de cesse que de combattre la notion d'autonomie de la volonté – et donc d'humains absolument libres, ce qui entraîne, par un effet domino, la mise en tension d'un système reposant sur l'intention (**Section I**).

En parallèle de cette tendance, et dans un mouvement qui n'est certainement pas étranger à la crise de fond sur l'autonomie de la volonté, nous trouvons les auteurs positivistes de cette fin de XIX^e siècle. Poussés par le renouveau des sciences et dopés par les réponses favorables qu'ils obtiennent dans l'opinion publique et auprès des pouvoirs politiques, ces théoriciens redoublent d'inventivité pour poser de nouvelles thèses qui visent à expliquer le crime. En faisant fi d'explications religieuses ou morales, les traits sont à rechercher dans des éléments quantifiables et analysables, ce qui plaît, puisque leurs théories sont éminemment pratiques et faciles à mettre en œuvre si besoin. Seulement, pencher vers les théories déterministes, c'est renier une nouvelle fois la prégnance de l'intention : le concept devient inutile puisque les comportements sont privés de la condition nécessaire de survie de l'intention, à savoir, la liberté. Les individus ne seraient donc pas libres, mais contraints par des forces endogènes ou exogènes. L'émergence de ces déterminismes anti-intentionnels

constitue autant de contestations de la responsabilité subjective fondée sur la faute morale de l'accusé (**Section II**).

Enfin, les magistrats qui bénéficiaient d'une certaine reconnaissance après avoir su affronter les affres des changements de régime tout au long du XIX^e siècle, subissent de nouvelles déconvenues. Certes, il n'est plus question du juge automate voulu pendant la Révolution. Cependant, les vagues d'épurations lors de la mise en place de la toute nouvelle III^e République contribuent à amoindrir la force de cette institution. En même temps, des réflexions commencent à se porter sur la manière dont il est possible de devenir juge et le système de nomination, dans lequel nous pouvons retrouver quelques similitudes avec le fonctionnement de la fin de l'Ancien Régime, devait prendre fin à la faveur d'un focus réalisé sur de nouvelles aptitudes à acquérir. Or, nous l'avons déjà diversement constaté, les magistrats sont plutôt de fervents défenseurs du système de responsabilité individuelle qui fait la part belle à l'intention dans son fonctionnement (**Section III**).

Section I. L'émergence lexicale des avatars de l'intention

L'intention est un terme initialement absent de la législation pénale de 1810 ; nous n'y trouvons, en effet, que des termes dérivés. Or, pour combattre une notion, encore faut-il la nommer pour mieux la cerner. Il en va de même pour la défendre. C'est ici cette construction lexicale de l'« Autre » qui est importante et qui va nous intéresser ; cette démarche ressemble à ce que Lamartine faisait en construisant la figure de l'Oriental dans le projet orientaliste².

En l'espèce, à la suite des grands bouleversements sociaux de la seconde moitié du XIX^e siècle³, de nouvelles voies sont ouvertes et prennent les traits du socialisme et du solidarisme. Alors que le socialisme est généralement vu comme plus radical, le solidarisme est adopté par quelques juristes pour réformer le système sans le renverser⁴. Il faut cependant faire attention en manipulant ces notions puisque leurs contours demeurent assez flous⁵ et Durkheim, notamment, expliquera que le socialisme n'est pas radical⁶. Pour notre part, nous ne nous intéresserons pas tant à ces querelles linguistiques qu'à l'ambiance générale qui en découle : celle d'une contestation rampante de l'individualisme et du libéralisme⁷ (§ 1).

Pour que ces critiques puissent se développer, il a été nécessaire de mobiliser un champ lexical spécifique autour de la notion d'intention, afin d'être en mesure de la battre en brèche. C'est donc en cette fin de XIX^e siècle que commencent à émerger les termes d'autonomie de la volonté ou de libre arbitre ; avant, ces expressions

² Pour une référence générale sur ce sujet, voir Edward SAÏD, *L'Orientalisme*, Paris, Points, 2015 [rééd. 1978].

³ Pour un exemple de crise visant la contestation du droit étatique, voir Claire VACHET, *Le droit saisi par l'anarchisme. Étude du discours des militants libertaires (1870-1926)*, thèse dactyl., droit, Bordeaux, 2020 ; pour un exemple de crise visant particulièrement le droit des contrats, voir François CHÉNÉDÉ, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, du mythe à la réalité », art. cit., p. 175 ; etc. Ce sentiment de crise est renforcé par la perception qu'ont les artistes de leur propre époque ; nous renvoyons ici à Émile Zola et son réalisme trivial pour décrire la situation ouvrière. Voir notamment Émile ZOLA, *L'Assomoir*, Paris, Charpentier, 1878.

⁴ Jean-François NIORT, *Homo civilis, contribution à l'histoire du Code civil français, op. cit.*, p. 371 : il nous explique ici que le solidarisme est une voie médiane, entre l'individualisme et le socialisme.

⁵ *Ibid.*, p. 445 et s. : selon cet auteur, en droit, coexistent le solidarisme de Capitant, Duguit ou Saleilles, et le socialisme juridique de Mater ou Lévy qui est beaucoup plus radical et qui œuvrent, pour les derniers, pour la construction d'un système juridique repensé, articulé autour du principe du collectif.

⁶ *Ibid.*, p. 414 et s. : le solidarisme est récupéré par nombre d'auteurs et un certain flou entoure l'utilisation de ces termes. Fouillée, Durkheim ou même Ferri tentent d'y mettre de l'ordre, sans que cela ne soit un franc succès.

⁷ De manière générale, nous renvoyons à deux ouvrages sur ces points : Carlos-Miguel HERRERA (dir.), *Par le droit, au-delà du droit : textes sur le socialisme juridique*, Paris, Kimé, 2003 ; Carlos-Miguel HERRERA (dir.), *Les juristes face au politique : le droit, la gauche, la doctrine sous la Troisième République*, Paris, Kimé, 2005.

n'existaient vraisemblablement pas ou, du moins, n'étaient pas mobilisées. C'est en venant donner corps à ces idées pour les contester ou les défendre que ces enveloppes sémantiques vides viennent être remplies (§ 2).

L'intention se trouve, une fois encore, au cœur des débats sans pour autant apparaître clairement. Cependant, il reste certain qu'une expression comme celle d'autonomie de la volonté vise l'intention de la personne, de manière assez directe. Cette remarque vient donc démontrer avec force comment l'intention pénale n'est qu'un reflet d'une intention plus générale, qui sait conquérir le système législatif dans son ensemble.

§ 1. La contestation du volontarisme

Les recherches qui tentent de débusquer les criminels avant leur passage à l'acte ne remontent pas à Lombroso uniquement⁸, et sont plus anciennes⁹. Pour autant, il nous semble intéressant de constater que le courant déterministe des positivistes italiens et français se fait de manière concomitante avec cette contestation de plus en plus franche du volontarisme. D'un côté est déconstruite l'idée selon laquelle le délinquant agit avec intention pour y préférer le schéma caricatural du criminel-né ; d'un autre côté, on conteste la liberté dans le contractualisme. De fait, bien que les deux théories aient déjà fait l'objet d'études, aucune ne s'est intéressée au lien entre les deux : la mise en crise du projet intentionnel.

C'est dans cet objectif que nous nous consacrerons dans un premier temps à l'étude des racines internationalistes de la crise intentionnelle. La question se pose initialement concernant le choix de la loi applicable par des parties qui ne sont pas de

⁸ Cesare LOMBROSO, *L'uomo delinquente, Studiato in rapporto alla antropologia, alla medicina legale ed alle discipline carcerarie*, Milan, Hoepli, 1876.

⁹ Par exemple, dès 1822 le Dr Gall contestait le libre arbitre et cherchait des formes physiques d'explication du passage à l'acte, en exposant des théories phrénologiques ; cela est rappelé par Alexandre Lacassagne lors du premier congrès international d'anthropologie criminelle. Alexandre LACASSAGNE, « Congrès d'anthropologie criminelle de Rome », *Archives d'anthropologie criminelle*, 1 (1886), p. 169. Pour des rappels généraux, voir notamment Martine KALUSZYNSKI, « Quand est née la criminologie ? Ou la criminologie avant les Archives... » [en ligne], art. cit. ; ou encore Marc RENNEVILLE, « Le criminel-né : imposture ou réalité ? » [en ligne], art. cit. Des traces sont également visibles sous la plume de médecins des prisons en Angleterre dès le milieu du XIX^e siècle. Sur ce dernier point, voir Davie NEIL, « The Role of Medico-Legal Expertise in the Emergence of Criminology in Britain (1870-1918) » [en ligne], *Criminocorpus*, publié le 10 octobre 2010 [consulté le 26 septembre 2019], URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/316>.

même nationalité. Ce faisant, est dégagée au fur et à mesure l'idée de l'autonomie de la volonté, qui n'est donc pas présente dans le *Code civil* de 1804 : il s'agit d'une création doctrinale, dans des perspectives bien déterminées¹⁰. Tout en faisant progresser l'autonomie de la volonté, les auteurs qui s'y attachent critiquent la notion, ce qui pose selon nous le cadre de la crise intentionnelle. En effet, critiquer l'autonomie de la volonté, c'est revenir sur le postulat de la liberté et donc de la volonté libre des humains (A).

En droit interne, cette remise en cause de l'autonomie de la volonté provoque un renouvellement de la pensée sur le contrat. Vu comme un échange de volontés libres, certains auteurs s'emparent d'exemples pratiques, comme celui des contrats d'adhésion, pour reconsidérer la forme et la nature de l'obligation conventionnelle. Plus loin, ils cherchent véritablement à moraliser la formation du contrat. Or, pour arriver à cette fin, encore faut-il prendre conscience des limites qui existent. C'est donc en suivant une forme de réflexion baignée de réalisme juridique que ces auteurs que nous étudierons se proposent de définir la formation du contrat au prisme de nouvelles notions. Chemin faisant, l'intention se trouve une nouvelle fois sous les feux des projecteurs puisque les études sur la liberté débordent vers les études sur la volonté. Or, la volonté est une sous-distinction de l'intention. L'intention est donc présente, bien que fantomatique, puisque nécessaire au bon fonctionnement du libéralisme et de l'individualisme. Elle est une composante de cette pensée matricielle puisqu'on ne peut concevoir l'action humaine individuelle sans lui accoler d'intention. Ainsi, lorsque l'on critique ces théories qui débordent le cadre intentionnel, on critique pourtant, également, l'intention en tant que notion fondamentale du droit ; le droit pénal n'y fait pas exception. Dès lors, si les premières passes d'armes se font sur le terrain du droit international privé, nous postulons que le droit pénal national en subira les secousses, en résonnant par sympathie avec les autres notions érigées et attaquées (B).

¹⁰ François CHÉNEDÉ, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, du mythe à la réalité », art. cit., p. 158 et s.

A. Les racines internationalistes de la crise intentionnelle

Lorsque nous évoquons le manque de clarté du *Code civil* à propos des éléments intentionnels en son sein, nous étions revenus sur l'influence kantienne qui avait été surévaluée. Il semblerait que cette surévaluation de la lecture kantienne du Code apparaisse à la fin du XIX^e siècle, dans un mouvement de construction et de confirmation du droit international privé autour de la question du droit applicable.

Ces propos s'éloignent volontairement du droit pénal pour démontrer toute l'emprise du système intentionnel dans notre droit national¹¹. Surtout, cela nous permet de prendre un peu de recul pour aller chercher de nouveaux éléments explicatifs de la percée intentionnelle en droit criminel.

En droit international privé, la question s'est portée davantage sur la notion d'autonomie de la volonté que sur celle, directement, d'intention. Cela n'est pas sans nous rappeler les critiques ou constructions accidentelles de l'intention, en passant par d'autres opérateurs. En l'espèce, l'autonomie de la volonté fait référence à l'intention en ce qu'elle partage un mot-jumeau : la volonté. Souvent sont confondues volonté et intention – quoiqu'une distinction puisse apparaître chez certains auteurs, qui disposent que la volonté désigne l'acte, et l'intention vise le dessein derrière l'action¹².

En plus du terme « volonté », l'autonomie de la volonté fait donc, logiquement, la part belle à la notion d'autonomie. Cette dernière est censée renvoyer à la liberté, qui va de pair avec l'autonomie. L'expression en son entier signifie alors que les personnes sont libres ou non de contracter, de choisir les éléments qui entrent dans le contrat et, *in fine*, de déterminer la loi applicable au contrat selon ce principe d'autonomie.

¹¹ L'autonomie de la volonté appelle la notion de volonté, d'autonomie, de liberté et d'intentionnalité, qui forment les fondements de l'économie philosophique du droit moderne ; nous voyons toutes les implications que cette conception peut avoir, nous projetant dans le modèle d'une personne qui agit librement et avec autonomie, ce qui a des répercussions en termes de responsabilité, d'imputation, de préméditation, de décision ou de jugement. Sur ce dernier point, voir Baudoin DUPRET, *Droit et sciences sociales* [[en ligne](#)], *op. cit.*

¹² En l'occurrence, pour les auteurs qui distinguent volonté et intention, la volonté est une composante de l'intention. De fait, l'infraction intentionnelle est celle pour laquelle sont manifestées deux volontés : la volonté de l'acte en lui-même ; la volonté de ses conséquences. L'infraction non intentionnelle est une infraction pour laquelle la volonté de l'acte ou la volonté de ses conséquences fait défaut. Le périmètre de l'intention est donc plus large que celui des volontés, qui sont donc des éléments sous-distinctifs de l'intention. Sur ce point, voir Jean-Claude BERREVILLE, « Quelques réflexions sur l'élément moral de l'infraction », art. cit., p. 866.

Le parallèle avec l'intention pénale est donc poignant : il suffit de remplacer la notion de contrat, par celle de délit ou de crime, pour comprendre que les termes sont finalement très proches l'un de l'autre. Au lieu d'affirmer que les personnes sont libres ou non de contracter et de décider des éléments du contrat, nous pouvons en effet dire qu'elles sont libres ou non de passer à l'acte, selon les modalités dessinées par l'*iter criminis*. De fait, il est intéressant de comparer l'émergence de la conception d'autonomie de la volonté dans un moment où l'intention pénale est mise en crise par les déterministes¹³.

L'autonomie de la volonté apparaît en plusieurs phases selon Véronique Ranouil¹⁴. Précisons que, dans un premier temps, c'est Fœlix (1791-1853) qui nourrit l'expression d'autonomie des personnes, en puisant ses références philosophiques en Allemagne¹⁵. En effet, Fœlix affirme dans son *Traité du droit international privé* que :

II. La matière des actes licites de l'homme ou leurs solennités internes sont régies :

1° Par la loi personnelle [...].

2° Par le statut réel, en tout ce qui concerne les immeubles.

3° Par le libre arbitre ou l'autonomie de l'homme, relativement à tous les actes qui ne tombent pas dans l'application du statut personnel ou du statut réel ; cependant, la substance ou la matière de tous les actes abandonnés à l'autonomie des citoyens se trouvent soumises, par l'usage des nations, à des règles d'interprétation que voici : [...]¹⁶.

Non seulement cet auteur mobilise la notion d'autonomie pour qualifier les actes contractuels licites, mais, de surcroît, il nous offre une comparaison intéressante et importante avec le libre arbitre : il affirme que le libre arbitre est un synonyme de l'autonomie des personnes. Cela confirme le fait que l'intention pénale peut ne pas être éloignée de tels développements.

¹³ Voir notamment Jean PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, op. cit., p. 87 et s. ; Yoshifusa IKEDA, « La notion d'« imitation » dans la criminologie tardienne » [en ligne], *Champ pénal/Penal Field*, publié le 14 septembre 2005 [consulté le 25 septembre 2018],

URL : <https://journals.openedition.org/champpenal/265> ; Jean-Christophe COFFIN, « L'anthropologie criminelle en Italie » [en ligne], *Criminocorpus*, publié le 1^{er} janvier 2006 [consulté le 27 septembre 2018], URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/136> ; Marc RENNEVILLE, « Quelle histoire pour la criminologie en France ? (1885-1939) » [en ligne], *Criminocorpus*, publié le 27 juin 2014 [consulté le 12 septembre 2018], URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/2752>.

¹⁴ Véronique RANOUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, op. cit.

¹⁵ Jean-Louis HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 145.

¹⁶ Jean-Jacques GASPARD FœLIX, *Traité du droit international privé ou Du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, 2^e éd., Paris, Joubert, 1847, p. 91.

Pour que l'expression entière d'autonomie de la volonté soit consacrée, il faut attendre que Brocher (1811-1884) l'évoque en premier, avant d'être popularisée par Weiss (1858-1928)¹⁷. Il nous importe ici de constater que, si Brocher est le premier à raccrocher les termes autonomie et volonté, c'est pour mieux encadrer le concept :

Nous avons déjà vu qu'on ne saurait admettre un statut d'autonomie reposant uniquement sur la volonté individuelle, parce qu'aucun fait juridique ne peut être considéré comme indépendant de toute loi. Le sens traditionnel du mot statut conduit, d'ailleurs, au même résultat : il signifie une catégorie de règles se rapportant à telle matière de droit ou à telle catégorie de faits.

L'article 1134 du Code civil porte, il est vrai, que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; mais il n'y a rien dans ce texte ni dans la nature des choses d'où l'on puisse conclure à une abdication de la loi, ni à sa volonté de considérer la volonté individuelle comme son égale ou sa supérieure. C'est elle-même, et sous toutes réserves, qui investit cette autonomie de l'autorité dont elle trouve convenable de la revêtir ; c'est encore elle qui domine sous cette forme ; les termes dont elle se sert ne permettent pas d'en douter¹⁸.

Il use de l'expression *autonomie de la volonté*, pour mieux la réduire dans sa portée, et nous rappeler qu'elle est soumise à la loi. C'est la loi, et elle seule, qui donne un cadre d'expression à l'autonomie de la volonté ; de fait, cette autonomie qui permet aux parties de choisir leur droit ne peut outrepasser la loi. Certes, les conventions tiennent lieu de lois à ceux qui les font ; mais cette affirmation reste valable tant que la loi elle-même est respectée. Nous voyons donc une expression encadrée d'autonomie de la volonté, qui n'est et ne peut être absolue.

Weiss ne semble pas non plus s'écarter de cette voie dans son *Traité élémentaire de droit international privé* de 1886¹⁹. Dans cet ouvrage, le concept d'autonomie de la volonté est mobilisé plus largement – avec au moins 15 occurrences. Il y consacre d'ailleurs une section entière²⁰, ce qui lui permet de poser le principe de l'autonomie de la volonté, avant de le décliner dans des hypothèses spécifiques comme dans le

¹⁷ Véronique RANOUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, op. cit., p. 40-41 : alors que l'expression dans son entier et avec sa portée est posée par Brocher, c'est Weiss qui la systématise le mieux et qui bénéficie d'une renommée plus importante, ce qui lui permet de populariser ce concept.

¹⁸ Charles-Antoine BROCHER, *Cours de droit international privé suivant les principes consacrés par le droit positif français*, tome 2, Paris, Thorin, 1883, p. 79.

¹⁹ André WEISS, *Traité élémentaire de Droit international privé*, Paris, Larose et Forcel, 1886.

²⁰ *Ibid.*, p. 527-529.

mariage²¹ ou le testament²², par exemple. Dans sa définition de l'autonomie de la volonté, il déclare que :

La volonté joue dans certains actes de la vie civile un rôle important ; elle devient la seule loi des parties, ce que l'on exprime en disant quelle [sic] est *autonome* ; et il en est ainsi dans un testament, dans un contrat. [...]

Ce que nous disons du testament n'est pas moins vrai de l'obligation qui naît d'un contrat. C'est l'accord de deux ou plusieurs volontés qui l'engendre ; et tout ce qui, en elle, dépend du libre arbitre des contractants, échappe à l'application *nécessaire* de leur législation nationale. La loi qui gouverne dans cette mesure l'obligation contractuelle est celle que les parties ont choisie, à laquelle elles ont voulu se soumettre. Et souvent, dans le silence du contrat, il faudra recourir à des présomptions interprétatives de leur volonté²³.

Il est intéressant de relever que cet auteur, comme l'avait effectué Brocher, fait directement le parallèle entre l'autonomie de la volonté et le libre arbitre, ce qui renforce, encore, les liens avec l'intention entendue dans son sens large. En outre, et de manière similaire au premier auteur cité, il pose comme limite à la volonté la loi. Nous ne sommes donc pas face à une liberté débridée de la volonté : elle est autonome, en respectant un certain cadre, même si le choix du cadre peut faire partie des attributions des parties.

De manière plus directe et spécifique, il ajoute vers la fin de son ouvrage, en visant les obligations conventionnelles, que :

« Les conventions, dit l'article 1134 du Code civil, tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». La loi proclame ainsi l'*autonomie* des parties contractantes ; elle leur permet de régler à leur gré, dans les limites de la capacité qu'elle leur reconnaît, de l'ordre public et des bonnes mœurs, leurs relations juridiques, de disposer de leur patrimoine, de créer des obligations. Rien même ne les empêche de s'en rapporter, par une stipulation formelle, aux dispositions d'une loi étrangère, qu'elles incorporent à leur convention, en se l'appropriant. L'autonomie peut donc être *expresse*. Elle peut aussi s'exercer *tacitement* ; ce qui arrive si la volonté des contractants ne s'est pas affirmée de manière expresse, ou tout au moins avec une clarté suffisante ; alors il est nécessaire d'interpréter le silence qu'ils ont gardé, de recourir à des présomptions (C. civ.,

²¹ André WEISS, *Traité élémentaire de Droit international privé, op. cit.*, p. 670 et s.

²² *Ibid.*, p. 527-528.

²³ *Ibid.*

art. 1156) : l'article 1159 dispose que « ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé »²⁴.

Nous retrouvons là les limites classiques qui touchent la volonté, qui doit répondre de conditions minimales de validité. De plus, il est intéressant de faire le parallèle avec la reconstitution du crime. Quand les parties ne s'expriment pas de manière expresse, nous raisonnons alors par présomptions pour leur attribuer une volonté générale, forme de standard de ce qui doit avoir été voulu. Ne fait-on pas la même chose, plus ou moins consciemment, en droit pénal ? Lorsque les juges ou les jurés sont face à l'accusé, pour avoir une intention, ne reconstruisent-ils pas les faits selon une logique généralement admise, la plus consensuelle ? C'est l'hypothèse que nous proposons.

Une fois le point de départ du concept d'autonomie de la volonté posé, les auteurs de la doctrine internationaliste²⁵, mais également en droit civil²⁶, s'en saisissent pour essayer d'en poser le cadre. Dans leur travail, ils tentent de surmonter les obstacles de l'autonomie de la volonté ou, au contraire, d'en souligner les lacunes. De manière analogue, la critique débute en droit international²⁷ et se poursuit ensuite en droit interne²⁸.

Il reste que la naissance du concept et sa mise en crise, quasiment simultanée, proviennent essentiellement de la doctrine internationaliste. Il n'en est pas moins intéressant de constater que cette tension, apportée d'abord par Brocher, puis propagée avec d'autres, intervient dans un moment où, par mimétisme, l'intention est questionnée en droit pénal²⁹. La crise de la volonté et, plus loin, du volontarisme juridique nous semble donc concordante avec la percée des positivismes italiens puis français. Il nous faut donc analyser cette crise de l'autonomie de la volonté comme une crise siamoise de celle rencontrée par le libre arbitre en philosophie pénale ; cette affirmation se trouve confortée par le fait que les penseurs de l'autonomie de la volonté raisonnent, également, sur le libre arbitre.

²⁴ André WEISS, *Traité élémentaire de Droit international privé*, op. cit., p. 796.

²⁵ Véronique RANOUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, op. cit., notamment p. 65 et s.

²⁶ *Ibid.*, notamment p. 85 et s.

²⁷ *Ibid.*, p. 99 et s.

²⁸ *Ibid.*, p. 129 et s.

²⁹ Voir notamment, Paul FAUCONNET, *La responsabilité, étude de sociologie*, op. cit., p. 179.

De fait, nous posons l'hypothèse selon laquelle les déterministes de la fin du XIX^e siècle seraient influencés par cet état de fait. Nous supposons que ces questionnements qui apparaissent en droit international, et innervent finalement la doctrine civiliste, sont également des éléments influents en doctrine pénale. Certes, il fallait alors lutter contre la récidive qui était vue comme un fléau particulièrement important dans les premières années de la III^e République³⁰. Néanmoins, il nous semble raisonnable de penser que ces courants qui viennent limiter – voire nier – le libre arbitre participent d'un même ensemble qui questionne, indirectement, la place et la valeur des intentions. C'est dans cette continuité que nous nous intéresserons, plus spécifiquement, à la moralisation du contrat comme vecteur d'une remise en cause de la liberté.

B. La moralisation du contrat : lame de fond d'une crispation sur l'intention

Dans cette lutte contre le volontarisme débridé, pétri de libéralisme et d'individualisme, la moralisation du contrat occupera une place particulière. Or, nous l'avons déjà constaté, le contrat et l'infraction peuvent être rapprochés grâce à la notion de cause³¹. Plus généralement encore, revoir les fondements du contrat revient à analyser de nouveau la manière dont on conçoit la responsabilité pénale.

En effet, en faisant varier la dose d'intentionnalité dans le contrat, en considérant, par exemple, que les parties ne sont pas toujours libres, ces réflexions peuvent – et vont – certainement se refléter en droit pénal, à deux titres. Premièrement, parce que nombre de pénalistes sont encore des civilistes de formation³² ; la

³⁰ Nous renvoyons, par exemple, à l'étude de Martine Kaluszynski, qui démontre comment l'identification des récidivistes devient un enjeu d'importance pour la toute jeune III^e République ; cela explique en partie les progrès scientifiques en la matière puisqu'existent des appels du pied, de la part des autorités, pour trouver des solutions. Martine KALUSZYNSKI, « Alphonse Bertillon et l'anthropométrie judiciaire. L'identification au cœur de l'ordre républicain » [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 12 mai 2014 [consulté le 9 octobre 2018], URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/2716>.

³¹ Voir notamment Jean PINATEL, « La théorie pénale de l'intention devant les sciences de l'Homme », *op. cit.*, p. 190.

³² Esmein nous le rappelle lorsque, s'exprimant pour présenter le projet de réforme de l'agrégation en droit, il déclare : « Mais d'autre part, le droit criminel est appliqué par les tribunaux judiciaires comme le droit civil ; il est interprété par les mêmes jurisconsultes dans la pratique et par les mêmes méthodes. Enfin, bien que nous rompons avec le passé, nous ne pouvons oublier que, dans nos concours jusqu'en 1891, le droit criminel est resté constamment marié au droit civil ; c'est cette union traditionnelle que nous proposons de maintenir » (Adhémar ESMEIN, « La réorganisation de l'agrégation des facultés de droit », *Revue internationale de l'enseignement*, 32 [1896], p. 248).

spécialisation du droit pénal n'interviendra que plus tard encore³³. Deuxièmement, parce qu'alors nous sommes amenés à imaginer que le délinquant n'est peut-être pas pleinement tributaire de sa faute : en somme, il peut y être contraint.

Nous ne confondons pas ici la contrainte légitime qui existait déjà dans *Code pénal* de 1810 et a été largement expliquée par la doctrine³⁴. Cette hypothèse de contrainte vise des cas bien spécifiques comme l'ordre légitime de la loi, par exemple. Au contraire, nous visons ici la contrainte endogène ou exogène, qu'elle soit sociale ou économique par exemple³⁵. L'un des exemples de ce réveil de la contrainte économique sera la célèbre décision du juge Magnaud³⁶.

Concernant le contrat, la doctrine classique met la volonté au barycentre de ses éléments constitutifs. Toute la force obligatoire du contrat, dans cette conception, provient de l'échange des volontés. Ainsi, le contrat est juste parce que l'homme libre ne peut pas consentir à s'engager dans une obligation qui lui serait nuisible. En somme, la nature volontaire du contrat est la garantie de l'équité de l'obligation contractuelle³⁷.

Néanmoins, les changements économiques et sociaux ou encore, la montée en puissance des sciences sociales obligent les auteurs de l'époque à ré-évaluer cette donnée dans un sens différent ; en somme, de *moraliser* les contrats. Jhering (1818-1892) mettait lui-même en avant une forme d'inégalité entre les cocontractants, obligeant parfois à intervenir pour faire respecter les obligations contractuelles :

je veux parler de la douceur et de l'indulgence montrées au débiteur aux dépens du créancier. Je crois que l'on peut établir en thèse générale que c'est le signe d'une époque affaiblie que de sympathiser avec les débiteurs. Elle-même appelle cela de

³³ Sur l'autonomie fonctionnelle du droit pénal, voir notamment Gaston STÉFANI (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal – Études de droit criminel*, Paris, Dalloz, 1956.

³⁴ Cela peut s'expliquer parce que l'article 64 du *Code pénal* de 1810 prévoit de manière effective l'hypothèse de la contrainte. Par ailleurs, il existe d'autres cas pour lesquels la loi demande d'agir, et qui peuvent passer pour des infractions. Ces hypothèses sont également couvertes par la doctrine, comme l'expose, par exemple, Joseph-Louis-Elzéar ORTOLAN, *Éléments de droit pénal : pénalité, juridiction, procédure*, 3^e éd., tome 1, Paris, Plon, 1863, p. 185 et s.

³⁵ Voir, par exemple, Yoshifusa IKEDA, « La notion d'“imitation” dans la criminologie tardienne » [[en ligne](#)], art. cit.

³⁶ Jean LEBRET, « Essai sur la notion d'intention criminelle », art. cit., p. 448 ; Jean-Louis HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 180 ; Emmanuelle JOUANET, « La motivation ou le mystère de la boîte noire », art. cit., p. 282 ; Christophe JAMIN, « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique. Un exercice de lecture comparée », *Droits*, 1 (2010), p. 144-145 ; Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 311 ;

³⁷ Véronique RANOUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, op. cit., p. 133.

l'humanité. Une époque forte soigne avant tout pour que le créancier obtienne son droit, et elle ne craint pas même la rigueur contre les débiteurs, lorsqu'elle est nécessaire pour maintenir la sûreté des relations, la confiance et le crédit³⁸.

L'imprégnation des idées de moralisation du contrat en droit français pousse, notamment, à poser la théorie du contrat d'adhésion³⁹. Dans le contrat d'adhésion, les auteurs mettent en avant le fait que les parties ne sont pas égales. L'un des contractants impose des conditions, et l'autre n'a d'autre choix que de les accepter. L'un des premiers auteurs à soulever ce point n'est autre que Raymond Saleilles (1855-1912)⁴⁰. Il sera suivi en ce sens par Dollat (1882-1959)⁴¹ et Dereux (18??-19??)⁴².

Là encore, les ponts entre le droit civil et le droit pénal sont saillants : Saleilles, qui milite pour la prise en considération du contrat d'adhésion, preuve irréfragable d'un manque d'égalité entre les contractants, est également celui qui voudra, coûte que coûte, individualiser les peines⁴³. Nous retrouvons donc cette influence moralisatrice en droit civil, qui innerve également le droit criminel. Certes, Raymond Saleilles est un personnage singulier en doctrine⁴⁴ ; néanmoins, nous pensons déceler dans ce parallèle entre le droit contractuel et le droit pénal une tendance d'ensemble qui vise une meilleure prise en considération des intentions, dans un moment où le concept de libre arbitre est questionné⁴⁵.

Dans un même mouvement, certains considèrent également le contrat non plus comme une production unique de volonté, mais comme le produit d'un fait social. Nous y retrouvons, très certainement, l'influence de Durkheim (1858-1917) qui considère le droit comme un fait social – et plus généralement l'influence d'une époque

³⁸ Rudolf VON JHERING, *La lutte pour le droit*, Paris, Marescq, 1890, p. 95-96.

³⁹ On sait que Jhering a inspiré directement Capitant ou Saleilles, par exemple. Sur ce dernier point, voir Jean-François NIORT, *Homo civilis, Contribution à l'histoire du Code civil français*, op. cit., p. 426.

⁴⁰ Voir François CHÉNÉDÉ, « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *La semaine juridique*, 27 (2016), p. 1334-1338, renvoyant notamment à Raymond SALEILLES, *De la déclaration de volonté : Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, Pichon, 1901, p. 229-230.

⁴¹ Jacques DOLLAT, *Les contrats d'adhésion*, Paris, Larose, 1905.

⁴² Georges DEREUX, « De la nature juridique des "contrats d'adhésion" », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1910, p. 503-541. Sur la tendance doctrinale à développer la théorie du contrat d'adhésion, voir Véronique RANOUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, op. cit., p. 134.

⁴³ Raymond SALEILLES, *L'individualisation de la peine, étude de criminalité sociale*, Paris, Alcan, 1898.

⁴⁴ Pour en saisir toute la complexité, nous renvoyons à l'ouvrage de Frédéric AUDREN, Christian CHÈNE, Nicolas MATHEY, et Arnaud VERGNE, *Raymond Saleilles et au-delà*, Paris, Dalloz, 2013.

⁴⁵ Avec, là encore, un double questionnement puisque la doctrine civiliste commence à interroger la volonté des cocontractants dans son rapport de force, et la doctrine pénaliste envisage le libre arbitre comme un postulat qui n'est plus une vérité indiscutable.

marquée par l'expansion du socialisme et du solidarisme. Il l'affirme d'ailleurs directement dans l'introduction de son cours de sociologie, en disant que :

Mais ce que prouve ce scrupule c'est que les meilleurs esprits reconnaissent aujourd'hui qu'il est nécessaire pour l'étudiant en droit de ne pas s'enfermer dans les études de pure exégèse. Si en effet, il passe tout son temps à commenter les textes et si, par conséquent, à propos de chaque loi, sa seule préoccupation est de chercher à deviner quelle a pu être l'intention du législateur, il prendra l'habitude de voir dans la volonté législative la source unique du droit. Or ce serait prendre la lettre pour l'esprit, l'apparence pour la réalité. **C'est dans les entrailles mêmes de la société que le droit s'élabore, et le législateur ne fait que consacrer un travail qui s'est fait sans lui.** Il faut donc apprendre à l'étudiant comment le droit se forme sous la pression des besoins sociaux, comment il se fixe peu à peu, par quels degrés de cristallisation il passe successivement, comment il se transforme. Il faut lui montrer sur le vif comment sont nées les grandes institutions juridiques, comme la famille, la propriété, **le contrat**, quelles en sont les causes, comment elles ont varié, comment vraisemblablement elles varieront dans l'avenir⁴⁶ [nous soulignons].

Ainsi, non seulement Durkheim affirme-t-il que le droit est un fait construit par la société, mais encore donne-t-il l'exemple, direct, du contrat au rang des constructions sociales – et en profite pour critiquer l'exégèse. Cet élan est saisi par d'autres auteurs comme Tarde (1843-1904)⁴⁷, Demogue (1872-1938)⁴⁸ ou, une nouvelle fois, Saleilles⁴⁹ lui-même, bien que des différences existent entre Durkheim et ces derniers. Dans cette conception qui fait du contrat un fait social, l'autonomie de la volonté est limitée puisqu'on ne prend en compte que la volonté exprimée, celle matérialisée dans le monde sensible, et non la volonté interne. De fait, les vices du consentement sont appréciés objectivement eux aussi. Conséquemment, pour interpréter un acte, le magistrat ne doit retenir que les circonstances extériorisées, qui permettent de prouver et trouver dans la volonté déclarée, les éléments qui permettent de se rapprocher de la volonté réelle⁵⁰ – ce qui, là encore, ressemble à s'y méprendre à la recherche d'intention en droit pénal telle que nous la supposons.

⁴⁶ Émile DURKHEIM, *Cours de science sociale. Leçon d'ouverture [en ligne]*, op. cit., p. 20-21.

⁴⁷ Gabriel TARDE, *Les transformations du droit*, Paris, Alcan, 1893, p. 107-108 : il explique ici, par exemple, que ce sont les innovations qui contribuent à modifier les contrats. Il dit par exemple, que le contrat de louage ne devient possible qu'une fois l'agriculture découverte. De fait, il voit dans l'activité humaine la source première des contrats qui sont donc, par analogie, des faits sociaux.

⁴⁸ René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du Droit privé*, Paris, Rousseau, 1911, p. 147 et s.

⁴⁹ Raymond SALEILLES, *De la déclaration de volonté : Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, op. cit., p. 11 et s.

⁵⁰ Véronique RANOUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, op. cit., p. 138-139.

Par la socialisation du contrat, il y a donc un glissement vers l'objectivisation qui s'opère. Cette conséquence est, somme toute, assez logique dans la mesure où le fait social est observable ; c'est le matériel premier des études en sociologie. En transposant le travail empirique du sociologue sur son objet d'étude, nous nous trouvons donc face à un contrat empirique, qui s'objective en se matérialisant ; or, cette matérialisation semble bien être le fruit d'une quête de moralisation.

En effet, c'est la moralisation du droit qui pousse vers ces conclusions et conséquences. Par moralisation, nous entendons l'ensemble des théories juridiques qui cherchent à rééquilibrer les conventions. En mettant en crise la conception de l'autonomie de la volonté, les éléments qui en découlent, à l'image de la liberté ou de l'égalité, doivent eux aussi être revus et corrigés. Il était devenu inconcevable de continuer d'affirmer que l'ensemble des cocontractants étaient positionnés sur un pied d'égalité, notamment face aux contrats d'adhésion. Cette crise pousse donc à rechercher d'autres fondements aux engagements et, par l'action des sciences sociales balbutiantes, ce sont vers des concepts plus objectifs que les juristes se tourneront ; or, la même tendance doit être observée en droit criminel avec les avancées des sciences criminelles qui cherchent à objectiver le passage à l'acte⁵¹, nous y reviendrons. Il en ressort que la moralisation du contrat est en partie effectuée par une conception sociale du lien contractuel.

Dans ce contexte, l'intention est donc prise en compte, puisqu'elle est reconnue. On la trouve exprimée multiples fois lorsqu'arrive une assertion sur le libre arbitre, sur l'autonomie de la volonté, ou encore sur la volonté tout court. Néanmoins, cette prise en considération est effectuée pour en diminuer la portée : l'intention seule n'est plus aussi puissante que par le passé⁵². L'idéalisme pur doit laisser place à un idéalisme mesuré⁵³. Sans prétendre renverser absolument la table des convictions idéologiques de l'époque, il est désormais certain que le volontarisme peut être excessif et qu'en en

⁵¹ Les auteurs positivistes, en effet, cherchent à fonder la responsabilité sur des éléments objectifs qui sont quantifiables et mesurables la plupart du temps. L'intention n'est plus reine ici ; elle peut être amoindrie, voire supprimée entièrement.

⁵² Le volontarisme seul devient donc, à présent, insuffisant pour expliquer les relations contractuelles entre les différentes parties. Notons, cependant, que le volontarisme n'était pas le seul facteur d'explication et que d'autres éléments y étaient mêlés comme la croyance dans la sagesse de la loi et l'antériorité du droit. Sur ce dernier point, voir notamment Nader HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, op. cit., p. 62 et s.

⁵³ De la même manière que l'idéalisme en philosophie pénale, se trouvait limité par l'utilité sociale, dans le spiritualisme cousinien.

corrigeant les excès, on vient diminuer la place et la portée de l'intention dans le droit⁵⁴ – en l'espèce, en droit civil.

En conséquence, nous voyons bien, désormais, comment la critique contre le volontarisme juridique a permis de mener une attaque plus ou moins frontale sur le terrain de l'intention. Une nouvelle fois, cette dernière ne nous semble pas visée de manière directe par les auteurs, qui y préfèrent l'expression de libre arbitre ou d'autonomie de la volonté. Ce dernier concept, forgé en droit international privé pour expliquer et résoudre les conflits de lois, est pourtant baigné d'intention, ne serait-ce que par l'immixtion du terme « volonté » en son sein. Dans le même temps, la montée en puissance du socialisme et du solidarisme pousse les auteurs à reconsidérer la formation du contrat, en amoindrissant la place de l'intention libre de contracter.

Ces éléments nous intéressent non seulement parce que nous y voyons un pendant certain avec le droit pénal qui, au même moment, connaît lui aussi une crispation sur la formation des infractions⁵⁵ ; mais encore, parce que cette réflexion sur l'autonomie de la volonté pousse à qualifier les termes connexes à l'intention pour mieux les cibler, ce qui nous permet d'avoir des précisions sur le vocabulaire à employer.

§ 2. La construction d'un champ lexical dédié

Dans un contexte de réaction hostile à l'individualisme et au libéralisme, l'autonomie de la volonté semblait toute désignée pour se transformer en fer de lance de la critique du système juridique en place. Il est assez logique que cette contestation apparaisse d'abord en droit privé, et plus spécifiquement en droit civil, dans la mesure où l'enseignement est attaché au *Code civil* – lequel bénéficie encore d'une aura particulière⁵⁶. C'est dans ce mouvement de remise en cause de l'autonomie de la

⁵⁴ Jean-Louis HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 145 et s. ; Jean-François NIORT, *Homo civilis, Contribution à l'histoire du Code civil français*, op. cit., p. 424 et s.

⁵⁵ Le déterminisme pousse à renier le libre arbitre et donc, à remettre en cause la prégnance de l'intention dans la constitution des infractions. Sur ce point, voir notamment Henri ROLIN, « De la responsabilité sans faute. Étude de droit comparé », art. cit., p. 79 et s. ; également, Mario CALDERONI, « Formes et critères de la responsabilité », art. cit., p. 179 et s.

⁵⁶ Aura qui continue dans le temps et poussera Demolombe puis, plus tard, Carbonnier, à parler du *Code civil* comme de la « constitution civile » de France. Sur ce dernier point, voir Pierre MAZEAUD, « Le Code civil et la conscience collective française », art. cit., p. 155.

volonté que l'intention tient le devant de la scène pour faire l'objet de remarques, parfois acides.

Tout l'enjeu de l'apparition de cette expression, et donc de la mise en avant de l'intention – de manière toujours indirecte –, tient selon nous dans un souci de pouvoir cibler l'élément problématique. En effet, pour lutter contre les conséquences d'une conception contractualiste fondée sur l'autonomie de la volonté, encore faut-il *voir* cette autonomie de la volonté (A).

Dès lors, les auteurs qui souhaitent mener un combat contre l'intention en tant qu'élément fondamental des obligations contractuelles se trouvent-ils dans l'obligation de nommer cette autonomie de la volonté, ce libre arbitre. En donnant corps à un concept existant avant sa formalisation dans le langage, ils tentent alors de combattre le mal par le mal : ils font exister la chose, pour mieux pouvoir la contester (B).

A. Une nécessaire opération de signification

« Les frontières de mon langage sont les frontières de mon monde »⁵⁷.

Par cette assertion, Wittgenstein entend exposer le fait que l'indicible n'existe pas, dans l'objectif de clarifier la pensée philosophique. Cette affirmation est donc marquée par le projet de l'auteur de donner un sens aux questions philosophiques qui, selon lui, se sont perdues en chemin. Il souhaite exprimer le fait que, puisque le monde est logique, si nous disposons de frontières verbales qui marquent l'indicible, le monde dispose également de frontières. Or, nous ne pouvons pas dire ce qui n'existe pas, de manière absolue, car alors nous nous comporterions comme des observateurs étrangers à ce monde, qui arriverions à passer de l'autre côté de la barrière et observerions le monde depuis l'autre rive, de l'autre côté des frontières.

Fondamentalement, Ludwig Wittgenstein entend clarifier le langage pour clarifier le positionnement de la philosophie. Néanmoins, il nous semble pouvoir détourner cette phrase et l'appliquer au cas clinique de l'autonomie de la volonté et,

⁵⁷ Ludwig WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, *op. cit.*, p. 93.

plus loin, de l'intention juridique. Pour mieux comprendre les dynamiques qui sont, selon notre hypothèse, en action, nous proposons un parallèle avec la construction sociale des couleurs.

Le choix des couleurs n'est pas innocent ; elles sont utilisées pour étudier dans quelle mesure la culture, par le truchement du langage, peut influencer la pensée⁵⁸. Ainsi, Jules Davidoff nous explique que le bleu n'était pas perçu par nos ancêtres, parce que justement le mot *bleu* n'existait pas. Il semblerait donc qu'existe une corrélation entre la perception et la compréhension, avec l'existence d'un vocable ; à défaut, l'humain ne distingue pas les choses⁵⁹. En l'occurrence, sans mot *bleu*, la couleur n'existe pas : les frontières de mon langage sont les frontières de mon monde ; la maxime de Wittgenstein semble bien trouver application dans les sciences cognitives.

En basculant de nouveau dans la sphère juridique, nous pourrions postuler que, tant que l'expression d'autonomie de la volonté n'existe pas, l'autonomie de la volonté n'a pas de prise sur la réalité non plus. Tant que le contrat d'adhésion n'est pas nommé, il n'a pas de réalité tangible lui non plus. Il n'y a donc rien à chercher, à contester, ou remettre en cause, puisque les choses existent de manière immatérielle, mais nous n'avons pas de prises sur elles. Le ciel était déjà bleu pour nos ancêtres, mais ils ne le voyaient pas ainsi puisque le terme n'existait pas ; l'autonomie de la volonté jouait de manière *naturelle*, elle était présente, mais intangible puisque non nommée.

Ce n'est d'ailleurs peut-être pas un hasard si les relectures kantienne du *Code civil* de 1804 interviennent au même moment, dans la dernière partie du XIX^e siècle⁶⁰. Une fois que certains termes sont posés, comme l'autonomie de la volonté, les auteurs adoptent peut-être une démarche analogue à la nôtre concernant le ciel bleu, et revoient les actes antérieurs à la lumière de cette nouvelle appellation. Alors que la volonté et ses dérivés étaient très peu présents et peu pris en compte lors de la

⁵⁸ Debi ROBERSON, Jules DAVIDOFF, Ian DAVIES et Laura SHAPIRO, « Colour Categories and Category Acquisition in Himba and English », dans Nicola Pitchford et Carole Biggam (dir.), *Progress in Colour Studies: Volume II. Psychological aspects*, Amsterdam, John Benjamins Publishing, 2006, p. 159.

⁵⁹ Jules DAVIDOFF, « Colour as Cultural Constructs » [[en ligne](https://www.artbrain.org/journal-of-neuroaesthetics/journal-neuroaesthetics-5/colour-categories-as-cultural-constructs/)], *Journal of Neuroaesthetics*, publié en juillet 2005 [consulté le 3 mars 2019], URL : <https://www.artbrain.org/journal-of-neuroaesthetics/journal-neuroaesthetics-5/colour-categories-as-cultural-constructs/>.

⁶⁰ Jean-Louis HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 144 et s. ; Jean-François NIORT, *Homo civilis, Contribution à l'histoire du Code civil français*, op. cit., p. 640 et s. ; Christian ATIAS, « L'influence des doctrines dans l'élaboration du Code civil », art. cit., p. 115-116.

publication du *Code civil*, ces termes qui sont désormais poignants quand ils écrivent sont appliqués de manière rétroactive pour expliquer, à rebours, le fonctionnement social : ils voient de la volonté partout, au même titre que nous ne concevons pas le ciel autrement que bleu, et que nous projetons cette image dans le passé.

Si cette représentation est valable pour les auteurs qui voient de l'influence kantienne là où il n'y en avait pas nécessairement, nous postulons encore qu'elle n'est pas moins vraie pour les auteurs qui cherchent à limiter la notion d'autonomie de la volonté en se saisissant d'exemples concrets, comme l'est le contrat d'adhésion⁶¹.

Ils perçoivent un signe qui n'a pas encore de réalité matérielle, et auquel manque une signification. C'est ainsi qu'ils s'attellent à créer une nouvelle expression pour étendre les frontières de leur monde : désormais, l'autonomie de la volonté peut exister puisqu'elle est un élément de langage qui rentre dans le périmètre du dicible. Le signifiant est installé, et ils cherchent ensuite à le définir, par une opération de signification ; c'est le processus que nous décrivions ci-avant, avec une doctrine qui donne une réalité matérielle à l'autonomie de la volonté, tout en réduisant sa portée en posant une définition et des exceptions.

Conséquemment, le périmètre de l'intention se trouve enrichi par l'autonomie de la volonté. Parce que l'autonomie de la volonté va de pair avec le libre arbitre⁶², mais également parce qu'elle met en jeu des volontés⁶³, nous sommes persuadés que l'intention constitue une forme de trame générale qui vient guider les propos des auteurs étudiés. Dès lors, sans intention, il n'y aurait tout simplement pas d'autonomie de la volonté ; mais à l'inverse, en précisant et en restreignant le cadre de l'autonomie de la volonté, on vient préciser et restreindre également l'intention dans l'une de ses composantes. Nous postulons que cela participe d'un mouvement plus large de remise en cause de l'intention fondée sur le postulat du libre arbitre, tel que le démontrent les

⁶¹ C'est le cas par exemple de Dollat (Jacques DOLLAT, *Les contrats d'adhésion*, *op. cit.*). C'est en prenant conscience de ces exemples que certains auteurs découvrent que l'autonomie de la volonté ne peut être absolue ; en effet, il est impossible de continuer d'affirmer que les cocontractants sont toujours sur un même pied d'égalité lorsque des exemples concrets viennent mettre en crise cette perception.

⁶² Lorsque des propos sont posés à propos de l'autonomie de la volonté, la liberté ne semble jamais bien loin de tels développements. Voir par exemple Jean Jacques Gaspard FÉLIX, *Traité du droit international privé ou Du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 91 : il semble percevoir l'autonomie de la volonté comme un synonyme du libre arbitre et donc de la liberté.

⁶³ Le lien entre autonomie de la volonté et volonté est assez net puisque l'expression fait apparaître le terme de *volonté* en son sein. En évoquant l'autonomie de la volonté, nous sommes donc dans un système qui croit dans la réalisation des volontés, leur existence.

positivistes qui détruisent ce cadre conceptuel pour tenter d'en imposer un autre⁶⁴, bien différent.

Ainsi, l'opération de signification était rendue nécessaire pour que le concept d'autonomie de la volonté devienne *réel*. Néanmoins, il y a un risque à créer cette nouvelle image du monde, risque qui se concrétise lorsque les auteurs relisent les textes du *Code civil* à la lumière d'une volonté surpuissante ; or, le but d'un groupe de la doctrine était inverse, et consistait à limiter l'autonomie de la volonté, et donc la volonté, pour mieux répondre aux signaux contradictoires qu'ils recevaient de la pratique sociale. Alors, créer l'expression d'autonomie de la volonté n'est-il pas un acte qui démontre l'acuité d'une autre expression, celle de « soigner le mal par le mal » ?

B. Soigner le mal par le mal

Soigner le mal par le mal, ou encore combattre le mal par le mal : cela signifie que pour traiter le mal, il faut mobiliser les mêmes ressources que ce dernier ; il ne faut pas hésiter à plonger dans les tréfonds pour en sortir victorieux. Pour nous, c'est cette idéologie qui semble avoir guidé les auteurs qui cherchent à combattre le volontarisme, qu'il soit civil⁶⁵ ou pénal⁶⁶.

De prime abord, nous justifions l'appellation « mal », par le point de vue de nos auteurs qui luttent contre le libre arbitre sans limite. Selon eux, ce serait mal faire que de laisser se développer les pratiques en se disant guidé par une autonomie de la volonté, alors même que des garanties doivent justement être posées. C'est dans ce

⁶⁴ L'exemple le plus célèbre revient à Cesare Lombroso qui, avec son étude des crânes, tend à démontrer que certains humains ne sont pas libres, mais physiquement contraints : il n'y a pas de place réelle pour la volonté dans ce système. Voir Cesare LOMBROSO, *L'uomo delinquente, Studiato in rapporto alla antropologia, alla medicina legale ed alle discipline carcerarie*, op. cit.

⁶⁵ Comme c'est le cas, notamment, chez Charles-Antoine BROCHER, *Cours de droit international privé suivant les principes consacrés par le droit positif français*, op. cit. ; Gabriel VAREILLES-SOMMIÈRES, *La synthèse du droit international privé*, Paris, Pichon, 1897 ; Emmanuel GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912 ; ou encore, Jean-Paulin NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 16 (1928), p. 5-115.

⁶⁶ Ici, nous positionnons les auteurs qui cherchent à combattre ou à diminuer le libre arbitre, de manière plus ou moins directe. C'est notamment le cas de Cesare LOMBROSO, *L'uomo delinquente, Studiato in rapporto alla antropologia, alla medicina legale ed alle discipline carcerarie*, op. cit. ; Enrico FERRI, *Teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitro*, Florence, Barbèra, 1878 ; Raffaele GAROFALO, *Criminologia, Studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, Turin, Fratelli Bocca, 1885 ; ou encore, en France, notamment chez Gabriel TARDE, *La criminalité comparée*, op. cit.

contexte d'une forme de lutte que nous écrivons ; il y a donc, pour eux, une forme de *mal* dans ce qui se passe et les pousse à écrire.

Pourquoi alors soigneraient-ils le mal par le mal ? La réponse est encore plus évidente : parce que ce sont eux qui donnent corps au concept qu'ils cherchent à vaincre ou, *a minima*, à amoindrir. En effet, nous posons l'hypothèse selon laquelle sont créés l'intention et ses avatars pour mieux les combattre⁶⁷.

L'intention existait déjà en tant que terme dès la première édition du *Dictionnaire de l'Académie française* de 1694 ; il y était précisé que l'intention se caractérisait par un « Dessein, mouvement de l'ame par lequel on tend, on vide quelque fin. Bonne intention. Mauvaise intention. Droite, loüable intention [...] »⁶⁸. Alors que la définition demeure stable dans les éditions suivantes⁶⁹, une précision fait son apparition en 1835, sous forme de question : « Cet homicide a-t-il été commis avec intention ? »⁷⁰. Ultérieurement, il sera également donné l'exemple de l'homicide involontaire, illustré par les coups et blessures intentionnels entraînant la mort sans intention de la donner⁷¹. Il semble donc que ce dictionnaire vienne entériner les avancées qui sont faites sur le terrain du droit pénal et, plus encore, que la question intentionnelle semble intimement liée à la matière pénale, puisque des exemples de droit criminel sont mobilisés pour illustrer la notion.

⁶⁷ Véronique Ranouil pose l'hypothèse selon laquelle l'expression « autonomie de la volonté » est créée en doctrine, parce qu'il était besoin de revenir sur cette notion pour la préciser, la limiter voir, l'annihiler. Sur ce dernier point, voir Véronique RANOUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, op. cit., p. 76 et s. Nous prenons le parti d'avancer une hypothèse selon laquelle ce serait l'ensemble de l'appareil intentionnel qui serait remis en cause. L'autonomie de la volonté n'est qu'une expression de l'intention, qui est plus large que ce sous-ensemble. En croisant le droit civil et le droit pénal, nous nous apercevons que la critique sur le libre arbitre touche l'ensemble du droit privé et est donc effectivement plus vaste que la simple critique de l'autonomie de la volonté ; c'est sur ce terrain que nous souhaitons, pour notre part, avancer.

⁶⁸ V° « Intention », *Dictionnaire de l'Académie française* [en ligne], 1^{re} éd., 1694 [consulté le 4 novembre 2021], URL : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A1I0093>.

⁶⁹ V° « Intention », *Dictionnaire de l'Académie française* [en ligne], 2^e éd., 1718 [consulté le 4 novembre 2021], URL : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A2I0644> ; V° « Intention », *Dictionnaire de l'Académie française* [en ligne], 3^e éd., 1740 [consulté le 4 novembre 2021], URL : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A3I0662> ; V° « Intention », *Dictionnaire de l'Académie française* [en ligne], 4^e éd., 1762 [consulté le 4 novembre 2021], URL : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A4I0816> ; V° « Intention », *Dictionnaire de l'Académie française* [en ligne], 5^e éd., 1798 [consulté le 4 novembre 2021], URL : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A5I0912>.

⁷⁰ V° « Intention », *Dictionnaire de l'Académie française* [en ligne], 6^e éd., 1835 [consulté le 4 novembre 2021], URL : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A6I0997>.

⁷¹ V° « Intention », *Dictionnaire de l'Académie française* [en ligne], 7^e éd., 1878 [consulté le 4 novembre 2021], URL : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A7I1122> : « Blessures faites volontairement, mais sans intention de donner la mort ».

L'intention existait, ce n'est donc pas sur le terrain d'une création de termes que jouent les auteurs, mais sur la signification qui doit vaincre lorsque l'intention ou des vocables afférents sont mobilisés.

Dans un mouvement assez global de contestation des doctrines fondées sur le libre arbitre, une poignée d'auteurs vont alors consacrer quelques pages de leurs ouvrages pour démontrer le statut de postulat de cette notion – comme nous l'avons déjà étudié. Ainsi, l'intention est elle aussi un postulat, puisque le libre arbitre dont elle dépend est vu comme une construction de l'esprit et non plus une vérité invincible. Attention cependant : l'affirmation du statut de postulat n'est pas directe. En effet, il ne nous apparaît pas que les auteurs étudiés, dont Brocher et Weiss, font montre de clarté sur ce point : ils n'affirment pas directement que la liberté est un postulat ; ils critiquent cette dernière ce qui, incidemment, nous permet d'avancer qu'il s'agit d'une option idéologique, une croyance⁷².

Effectivement, à partir du moment où une vérité est contestée, elle perd sa qualité de vérité pour devenir une idée comme les autres, sujette à débats. En l'occurrence, lorsque des auteurs commencent à imprimer la marque déterministe sur certains criminels⁷³, ils démontrent par conséquent que leur liberté n'existe pas ou n'est pas pleine. De fait, il faut admettre que la liberté peut faire défaut, alors même que nous sommes dans un système articulé autour d'une notion de liberté généralisée pour tout le monde⁷⁴ ; la liberté est la mesure de l'action humaine. Puisque certaines

⁷² De fait, en France, il n'est pas affirmé clairement et nettement que croire dans la liberté des humains est un postulat ; en revanche, dans d'autres systèmes comme aux États-Unis ou au Canada, le statut de postulat de cette affirmation est énoncé. Sur ce dernier point voir notamment Louis LEBEL, « La consolidation des fondements de la responsabilité pénale en droit criminel canadien depuis l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés* », art. cit. ; ou encore Thomas Andrew GREEN, *Freedom and criminal responsibility in American legal thought*, op. cit.

⁷³ L'exemple le plus fameux, qui sera également le plus contestable et contesté par la suite, nous est donné par Lombroso avec son criminel-né et les marques atavistiques du crime. Sur ce dernier point, voir Cesare LOMBROSO, *L'uomo delinquente, Studiato in rapporto alla antropologia, alla medicina legale ed alle discipline carcerarie*, op. cit.

⁷⁴ En effet, la liberté est le ciment qui fait tenir les fondations de nombreuses fictions juridiques, comme le consensualisme, l'autonomie de la volonté, la liberté contractuelle, la responsabilité subjective articulée autour de la notion de faute personnelle, l'imputabilité du crime, etc. Les hypothèses qui démontrent un défaut de liberté sont traitées comme des anomalies juridiques, puisqu'il s'agit d'exceptions. Par défaut, il est présumé que la liberté était dans l'action, que l'on regarde un contrat, comme un crime. La liberté fait d'ailleurs l'objet d'une consécration par la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789, laquelle déclare, en son article 1^{er}, que : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ». Le positionnement de cette affirmation n'est pas innocent et, même s'il serait illogique d'opérer une gradation entre les dispositions de la *Déclaration* qui ont toutes la même valeur juridique, nous remarquons néanmoins que la liberté arrive en pole position.

personnes n'en sont pas douées, le trouble est semé : la liberté n'est donc plus une vérité, mais une idée, au même rang que le déterminisme.

En outre, puisqu'ils travaillent sur les notions intentionnelles pour montrer lorsqu'elles font défaut, ils leur donnent une certaine assise : ils essaient, dans un premier temps, de comprendre ce que sont ces notions pour, dans un deuxième mouvement, les mettre en crise.

Ainsi, paradoxalement, ce sont eux qui travaillent peut-être le mieux l'intention. Les auteurs qui, comme Beudant (1829-1895) ou Worms (1838-1918), embrassent les idées individualistes et volontaristes, ne questionnent pas le fondement de leur doctrine⁷⁵ ; ils acceptent une forme de vérité immuable et naturelle, qui n'a pas besoin d'être discutée, puisqu'elle relève de l'évidence – comme nous l'avons vu en nous concentrant sur l'intention naturalisée. De fait, la liberté n'est pas démontrée et l'intention ne fait pas défaut dans leur construction. Pour les autres, qui cherchent justement à amoindrir les effets du volontarisme, que nous regardions en droit civil comme en droit criminel, ce sont des notions sur lesquelles ils s'arrêtent, même brièvement, pour mettre en crise leurs fondements. Il en va ainsi des auteurs déterministes qui vont nier la liberté pour mieux pouvoir imposer leur étude positiviste, par exemple⁷⁶.

C'est donc en cherchant à amoindrir la portée des notions précitées que les auteurs construisent le vocabulaire qui renvoient vers elles. Il est alors nécessaire qu'une forme de critique voie le jour pour que l'intention et ses avatars prennent véritablement vie en étant l'objet de débats. Puisqu'elle n'est plus une *donnée*, elle doit faire l'objet de développements explicatifs, même minimes : les auteurs ne sont pas fleuves sur ces questions, préférant se consacrer à l'édification de nouvelles théories ;

⁷⁵ Il en va par exemple, de Charles Beudant qui, définissant ce qu'est le droit, pose les notions d'autonomie de l'humain avec une liberté et une volonté qui ne sont pas questionnées : Charles BEUDANT, *Le droit individuel et l'État : introduction à l'étude du droit*, Paris, Rousseau, 1891, p. 146 : « Le droit, c'est l'autonomie de l'être humain, la faculté inhérente à sa nature de ne dépendre que de lui-même dans la direction de sa pensée et de ses actes : inviolabilité de la personne, liberté dans ses diverses manifestations, propriété enfin qui n'est qu'un corollaire de la liberté individuelle ». Nous trouvons un raisonnement analogue chez René WORMS, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*, Paris, Giard, 1891.

⁷⁶ Comme le fait, par exemple, Enrico FERRI, *Teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, op. cit., p. 20 et s., lorsqu'il nous explique ce qu'est le libre arbitre et comment il peut être amoindri voire, supprimé. Par ailleurs, il développe une théorie déterministe fondée non pas sur l'atavisme de Lombroso, mais sur des causes sociales. Dans un premier temps, il y a donc effectivement une négation assez franche du libre arbitre pour, dans un second temps, échafauder sa théorie du crime.

il reste que leurs propos sont plus complets que chez les auteurs qui acceptent le système libéral et volontariste.

Ainsi, c'est effectivement en combattant, en soignant le mal par le mal, qu'émergent les termes de l'intention. C'est en se saisissant des objets du libéralisme juridique que la contestation a pu se dresser et essayer de mettre en avant des modes alternatifs de fonctionnement en droit civil comme en droit pénal.

Section II. Les déterminismes anti-intentionnels

Dans ce vaste mouvement de remise à plat des conceptions juridiques et philosophiques, le droit pénal n'est pas en reste. Le contexte n'y est certainement pas étranger⁷⁷ : nous avons posé l'hypothèse selon laquelle les questionnements qui entourent le volontarisme sont les marqueurs d'une époque qui cherche de nouvelles réponses aux problèmes posés par la société changeante de la fin du XIX^e siècle.

Les bouleversements sociaux sont majeurs, alors que le régime politique cherche à se renouveler avec l'adoption de la III^e République en 1870, renforcée par les lois constitutionnelles de 1875⁷⁸. Néanmoins, alors que la doctrine civiliste s'échine à comprendre les liens contractuels à la lumière de nouveaux enseignements, la même démarche semble poindre également en droit pénal. Le problème, ici, n'est pas de comprendre la convention entre personnes qui ne sont pas sur un pied d'égalité, mais de réduire la criminalité galopante sous la toute jeune république⁷⁹.

Un point est particulièrement saillant : la lutte contre la récidive⁸⁰. Cette bataille acharnée contre ceux qui commettent des crimes et délits en état de récidive ne date pas d'hier, mais elle prend une tournure particulière alors que les fondements subjectivistes de la responsabilité semblent être remis en cause. Dans le même temps, les techniques s'affinent pour repérer les criminels et particulièrement les récidivistes

⁷⁷ Sur ce point, voir notamment Alain CHATRIOT, « Réformer le social sous la Troisième République », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 5 (2009), p. 40-53.

⁷⁸ *Loi du 24 février 1875*, relative à l'organisation du Sénat ; *loi du 25 février 1875*, relative à l'organisation des pouvoirs publics ; *loi constitutionnelle* du 16 juillet 1875, sur les rapports des pouvoirs publics. Ces lois sont suivies de révisions constitutionnelles, parmi lesquelles nous pouvons compter la *loi du 21 juin 1879*, portant abrogation de l'article 9 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 ; la *loi du 14 août 1884*, portant révision partielle des lois constitutionnelles ; la *loi constitutionnelle du 10 août 1926*, compétant la loi constitutionnelle du 25 février 1875.

⁷⁹ Voir notamment Paul FAUCONNET, *La responsabilité, étude de sociologie*, *op. cit.*, p. 317 et s. ; Jean PINATEL, « Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale, le point de vue criminologique et pénologique », *art. cit.*, p. 758 ; Marc RENNEVILLE, « La criminologie perdue d'Alexandre Lacassagne (1843-1924) » [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 1^{er} janvier 2005 [consulté le 12 décembre 2018],

URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/112> ; Sylvie CHÂLES-COURTINE, « Le corps criminel dans les *Archives d'anthropologie criminelle* » [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 1^{er} janvier 2005 [consulté le 21 septembre 2018], URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/124> ; Jean-Lucien SANCHEZ, « Les lois Bérenger (loi du 14 août 1885 et du 26 mars 1891) » [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 1^{er} janvier 2005 [consulté le 26 septembre 2018],

URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/132> ; Anne WYVEKENS, « La rétention de sûreté en France : une défense sociale en trompe-l'œil (ou les habits neufs de l'Empereur) », *Déviance et société*, 4 (2010), p. 515.

⁸⁰ Voir notamment Martine KALUSZYNSKI, « La récidive, une mise à l'épreuve de la République », dans Jean-Pierre Alline et Mathieu Soula (dir.), *Les récidivistes. Représentations et traitement de la récidive, XIX^e-XXI^e siècle*, Rennes, PUR, 2010, p. 141-154.

puisqu'elle commence à se développer l'anthropométrie policière et judiciaire, avec une meilleure identification des délinquants – ce qui permet, *in fine*, de détecter si cette personne dispose déjà ou non d'un casier judiciaire.

Il y a donc un double enjeu : il faut lutter contre les récidivistes d'une part, tout en réussissant à mieux identifier les criminels d'autre part. Les racines sont donc communes, et servent le même objectif, qui tient dans une tentative active de faire diminuer la criminalité.

C'est dans ce contexte particulier, mais néanmoins favorable, que se développeront les idées déterministes qui semblent pouvoir apporter des réponses rapides et efficaces à cet objectif dual. En effet, les études déterministes permettent non seulement d'identifier les criminels ou, plus généralement, les causes de la criminalité, tout en luttant de manière proactive contre la délinquance. La réception de ces idées est donc plutôt favorable, du moins, dans un premier temps (§ 1).

De fait, force est de constater que les théories doctrinales sortiront du cadre rigoureusement scientifique pour percer dans les discours politiques et obtenir une concrétisation législative. Si toutes les idées posées par les déterministes ne sont pas reprises, il en est certaines qui seront consacrées par des lois spécifiques, adoptées pour améliorer le fonctionnement de la machine judiciaire (§ 2).

§ 1. Une lutte proactive contre le crime : les déterminismes positivistes

Chercher des éléments matériels pour expliquer voire, prévoir le passage à l'acte n'est pas une démarche propre à la fin du XIX^e siècle. En effet, d'autres par le passé s'y sont essayés, avec des théories plus ou moins convaincantes⁸¹. En revanche, il est certain que ce sont les théories des positivistes italiens et français qui réussissent le mieux à s'imposer dans les débats doctrinaux et de politique criminelle. La raison

⁸¹ À l'occasion du premier Congrès international d'anthropologie, Alexandre Lacassagne a notamment rappelé les racines plus anciennes de la criminologie : Alexandre LACASSAGNE, « Congrès d'anthropologie criminelle de Rome », art. cit., p. 169. Pour quelques éléments généraux sur ce point, voir Martine KALUSZYNSKI, « Quand est née la criminologie ? Ou la criminologie avant les *Archives...* » [[en ligne](#)], art. cit. ; également, Marc RENNEVILLE, « Le criminel-né : imposture ou réalité ? » [[en ligne](#)], art. cit.

tient certainement en ce que le contexte était particulièrement propice à de tels développements.

Dès lors, bien que des études antérieures aient existé sur les criminels, nous faisons généralement remonter la création de la criminologie à Cesare Lombroso (1835-1909) qui théoriserait l'homme criminel – *l'uomo delinquente*. Partant de constats simples selon lesquels les criminels disposeraient de marqueurs physiques visibles, il déroule toute une théorie sur le crime et le passage à l'acte, mais également sur la distinction entre plusieurs formes de criminalité. Bien accueillie dans un premier temps, cette théorie sera pourtant bien vite battue en brèche lors des premiers congrès de droit pénal et de criminologie (A).

Il reste qu'en jetant le premier pavé dans la mare, Lombroso crée une forme d'émulation intellectuelle qui poussera toute une frange de penseurs à s'engouffrer dans les études criminologiques, et qui chercheront à expliquer le passage à l'acte. Ces recherches se font avec comme étalon la *dangerosité* du criminel : plus un délinquant est dangereux, plus les risques d'un passage à l'action sont élevés et nécessitent qu'on lui applique des mesures spécifiques pour éviter le drame. L'heure n'est donc plus à l'observation des intentions ou de la liberté, mais à la prévention objective de la délinquance (B).

A. *L'uomo delinquente* : point de départ d'une controverse doctrinale

Lorsqu'il publie *L'Uomo delinquente* en 1876⁸², Lombroso peut s'enorgueillir d'une étude bien pensée, pratique et efficace, reposant sur l'analyse systématisée d'un grand nombre de données pour asseoir sa théorie. D'ailleurs, notons qu'en parallèle de son livre, il publie un « Atlas »⁸³, qui contient quarante planches explicatives, dessins, graphiques, illustrations, etc. Sûr de lui et de ses chiffres, il annonce dans la préface que :

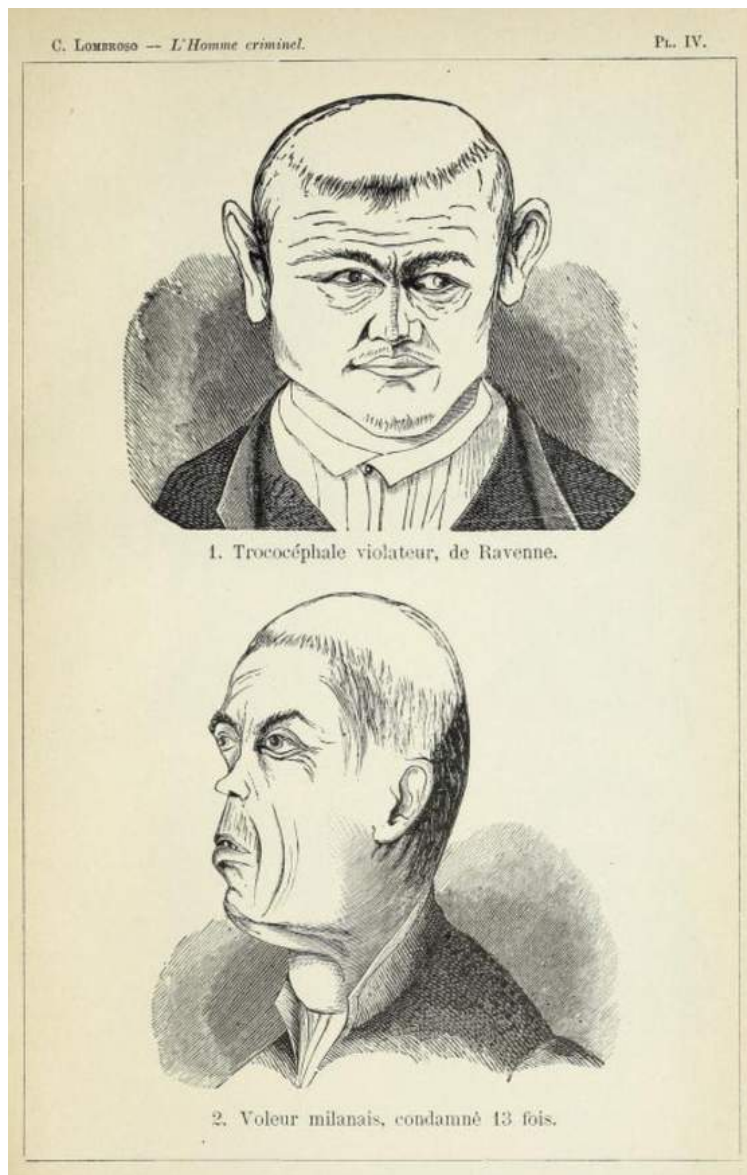
⁸² Cesare LOMBROSO, *L'uomo delinquente, Studiato in rapporto alla antropologia, alla medicina legale ed alle discipline carcerarie, op. cit.*

⁸³ Cesare LOMBROSO, *L'homme criminel, Atlas, XL planches, 2^e éd., Turin, Bocca, 1888.*

Le but principal de cet Atlas a été d'offrir au lecteur le moyen de saisir et de contrôler, par lui-même, la vérité de nos assertions, sans porter atteinte à l'économie d'espace et de temps qui est requise dans un livre⁸⁴.

Par ses dessins, il entend prouver que des stigmates physiques démontrent l'appétence des individus pour le crime. Véritables caricatures, les images sont pourtant très expressives⁸⁵ :

Illustrations de Lombroso sur l'homme criminel

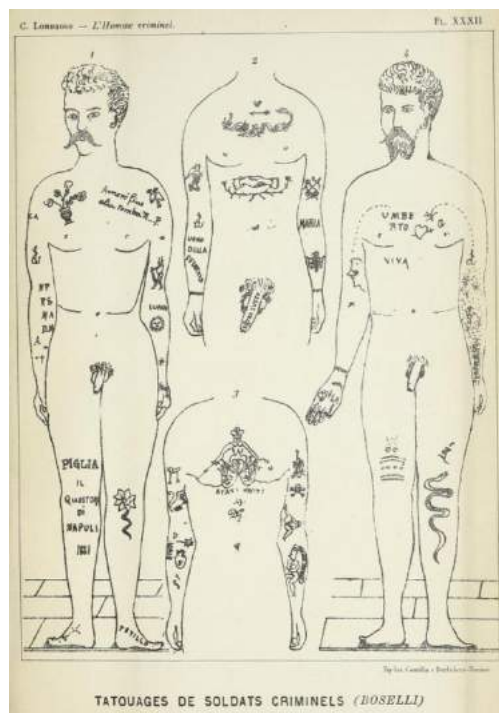
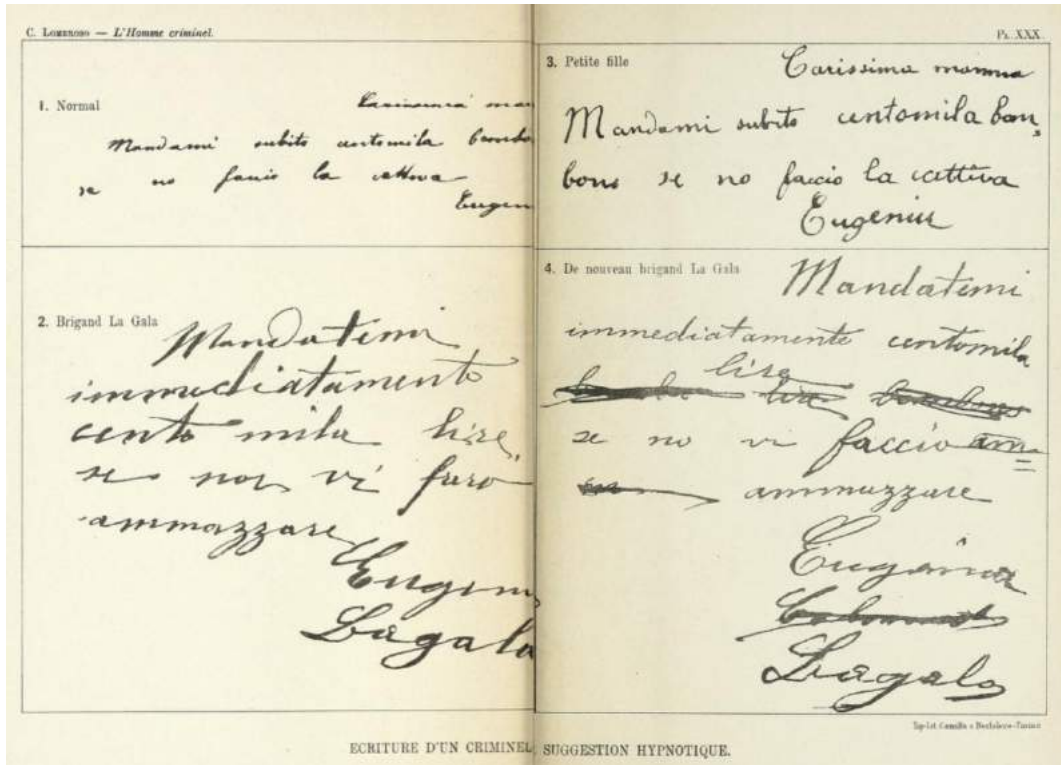


⁸⁴ Cesare LOMBROSO, *L'homme criminel*, Atlas, XL planches, 2^e éd., op. cit., p. 3.

⁸⁵ *Ibid.*, planche IV.

Outre la forme du crâne, il examine les tatouages⁸⁶ ou encore l'écriture⁸⁷ des délinquants étudiés :

Illustrations de Lombroso sur l'écriture ou les tatouages des criminels



⁸⁶ Cesare LOMBROSO, *L'homme criminel*, Atlas, XL planches, 2^e éd., op. cit., planche XXX.

⁸⁷ *Ibid.*, planche XXXII.

Tout le travail de Lombroso est donc de démontrer que des marques physiques attestent d'un certain penchant pour le crime. Ce faisant, il s'oppose frontalement aux doctrines du libre arbitre. En effet, selon la vision classique, c'est un humain libre qui produit une faute, et qui mérite alors d'être responsable et de se voir appliquer une peine. Dans le système pensé par Lombroso, le libre arbitre est fortement amoindri et le système intentionnel abattu, à la faveur de critères objectifs, quantifiables et mesurables.

D'ailleurs, le préfacier de la 4^e édition de l'ouvrage de Cesare Lombroso, faisant un résumé de l'œuvre, ne s'y trompe pas en déclarant notamment que :

Ce sont des doctrines métaphysiques, virtuellement ruinées par les progrès de la science, qui mettent à l'aise la conscience des juges et des législateurs. En dépit des faits, qui protestent avec éclat, on enseigne et l'on affirme que l'homme est libre, toujours libre, d'accomplir ou non tel acte. Commet-il des actes réputés immoraux ou illégaux, c'est méchanceté pure, et la transgression commise exige une punition, une vengeance plutôt. [...] **L'antique philosophie du droit pénal nous fait aujourd'hui pitié. Le libre arbitre et la vengeance ; cela constitue une base bien fragile et un but bien misérable**⁸⁸ [nous soulignons].

Lombroso ne pense et n'écrit pas autrement lorsqu'il déclare que :

Mais voyez la bizarrerie ! Pendant que ces mêmes critiques protestent contre toute tentative faite pour supprimer le danger de légiférer sans avoir étudié l'homme et sans le connaître, et cela uniquement par horreur d'une alliance étrangère, on voit la plupart d'entre eux subir, rechercher même, non pas seulement l'alliance, mais la dictature d'une science étrangère au droit, et peut-être à toutes les sciences : je veux parler de la métaphysique. Et ils ont eu le courage d'établir sur elle, même dans ses hypothèses les plus combattues, dont celle du libre arbitre, par exemple, les lois dont dépend la sécurité sociale !⁸⁹

Nous constatons donc que le préfacier, comme l'auteur, militent contre le postulat du libre arbitre, qui serait à reconsidérer à la lumière des nouveaux savoirs anthropologiques. De fait, l'intention prend du plomb dans l'aile puisqu'elle dépend

⁸⁸ Charles LETOURNEAU, « Préface », dans Cesare Lombroso, *L'Homme criminel*, 4^e éd., Paris, Alcan, 1887, p. III.

⁸⁹ Cesare LOMBROSO, *L'Homme criminel*, 4^e éd., Paris, Alcan, 1887, p. XVI-XVII.

toujours de ce même libre arbitre : si le jeu des volontés n'est plus libre, alors il ne peut y avoir de véritable intention opérante.

Néanmoins, l'exposé de Lombroso est bien loin de faire l'unanimité et se trouve confronté à un vent de critiques, particulièrement dans sa réception en France. Alors que dans un premier temps, certains auteurs, dont Gabriel Tarde, trouvent chez Lombroso des idées intéressantes, bien vite ses théories n'auront plus le vent en poupe et seront vertement contestées, parfois même lors de grandes occasions. Le cas de Tarde est particulièrement démonstratif de cette réception en deux temps, puisqu'après avoir trouvé chez notre auteur des axes intéressants, il s'éloigne de plus en plus de lui à mesure que les années passent⁹⁰.

De manière plus générale, il est à noter qu'une série d'attaques coordonnées viennent dénoncer les raccourcis excessifs, voire les erreurs, de Lombroso. La première salve remonte au premier Congrès international de criminologie qui se tenait à Rome en 1885. Léonce Manouvrier (1850-1927) déclame que « L'explication de l'assassin par l'atavisme nous semble pécher par un excès de simplicité »⁹¹. Lacassagne (1843-1924) ira encore plus loin en exposant que :

J'ajoute que cette théorie est dangereuse au point de vue pratique : on lance dans la circulation ou dans le langage juridique, ce gros mot d'atavisme dont certainement on abusera, parce qu'on n'en comprendra pas la valeur. [...] Les savants peuvent prendre des mensurations, relever des angles ou des indices, mais les législateurs ou les hommes d'État n'ont qu'à se croiser les bras ou à faire construire des prisons, des asiles pour recueillir les malformés. [...] Pour nous, le problème est tout autre. L'important est le milieu social⁹².

Lacassagne a donc conscience de la portée éminemment pratique d'une théorie comme celle formulée par Lombroso, facile à comprendre, exporter, appliquer. C'est

⁹⁰ Gabriel TARDE, *La criminalité comparée*, op. cit., p. 138 : le libre arbitre, pour lui, semble être une notion illusoire. Il n'obéirait qu'à des inflexions de la volonté, laquelle ne serait que le fruit d'intériorisations sociales, privant l'humain d'une liberté réelle. Néanmoins, dans les ouvrages suivants, il revient sur ce point et nous semble faire la part belle au relativisme en acceptant de dire que le champ d'action de l'humain a beau être limité, il n'en reste pas moins un minimum libre. Ici voir notamment Gabriel TARDE, *Études pénales et sociales*, Paris, Masson, 1892 ; Gabriel TARDE, *Les transformations du droit : étude sociologique*, op. cit. ; ou encore Gabriel TARDE, *La philosophie pénale*, 5^e éd., op. cit. En parallèle de ses réflexions sur le libre arbitre, c'est son accointance avec les théories de Lombroso qui sont également, et progressivement, écartées de ses œuvres.

⁹¹ Léonce MANOUVRIER, « Les crânes des suppliciés », *Archives de l'anthropologie criminelle*, 1 (1886), p. 125.

⁹² Alexandre LACASSAGNE, « Rapport de M. Ferri », *Archives de l'anthropologie criminelle*, 1 (1886), p. 182.

pour cela, peut-être, que la critique est véhémement, pour s'assurer que la théorie atavique ne sorte pas du champ purement spéculatif qu'est celui de la recherche scientifique expérimentale.

Le deuxième Congrès international d'anthropologie criminelle de 1889 n'est pas moins tendre pour Lombroso et démarre sur les chapeaux de roues. La première thématique étudiée n'est autre que « Existe-t-il des criminels nés », comme un pied de nez au penseur italien. En effet, cette première session sera l'occasion, pour nombre d'auteurs dont Manouvrier, Drill et Lacassagne, pour chahuter Lombroso dès le matin, à l'ouverture des débats⁹³.

Dès lors, bien que largement documentée, la théorie de Lombroso n'arrive pas à s'imposer nettement dans le paysage français, à l'image de l'ambivalence chez Gabriel Tarde : au prix d'une forme de revirement de sa pensée, d'abord proche de Lombroso, Tarde finit par laisser place à l'acceptation d'un libre arbitre conditionné par les circonstances sociales. Cela est notamment démontré lorsque Lacassagne écrit que :

M. Tarde croit, lui aussi, qu'il n'existe pas de caractères anatomiques nets incontestables, mais qu'il peut y avoir des prédispositions organiques et physiologiques au crime. Il admet surtout la prépondérance du milieu social⁹⁴.

Le sens de la phrase de Lacassagne suit le développement de la pensée chez Tarde : d'abord il pouvait croire dans une certaine dose d'atavisme, mais finalement, ce qui compte le plus, ce n'est pas tant l'empreinte physique que les causes sociales du crime.

Bien que combattu voire, parfois, humilié, Lombroso a le mérite d'avoir été l'étincelle qui embrase la pensée pénale de la fin du XIX^e siècle. Sa théorie est si puissante – quoique démontrée fautive –, que nombre de penseurs se sont donné la tâche de la combattre, ce qui a permis de réveiller un courant criminologique en gestation. Père de la criminologie pour beaucoup, son œuvre a su mettre en crise la conception classique de la responsabilité fondée sur le libre arbitre et l'intention. En effet, le criminel-né, archétype de la personne dangereuse, ne dispose pas réellement

⁹³ Alexandre LACASSAGNE, « Compte rendu des séances. Deuxième congrès d'anthropologie criminelle et des sciences pénales », *Archives de l'anthropologie criminelle et des sciences pénales*, 4 (1889), p. 533 et s.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 535.

de son libre arbitre. C'est en cherchant à le contrer ou à améliorer sa théorie qu'un champ disciplinaire s'est spécialisé dans l'analyse du criminel, ce que nous qualifions de diversification des critères objectifs de mesure de la dangerosité.

B. La diversification des critères objectifs de mesure de la dangerosité

Dans un mouvement déjà initié par Adolphe Quételet (1796-1874)⁹⁵ ou Paul Mougeolle (années de naissance et de mort inconnues)⁹⁶, la recherche s'oriente plutôt vers une compréhension sociale du fait criminel. Là encore, le contexte plus général n'est pas sans lien avec cette recherche plutôt versée dans la sociologie⁹⁷. Pour rappel Émile Durkheim donne la première leçon de sociologie en France, dans la ville de Bordeaux, en 1888⁹⁸.

De fait, alors que le premier mouvement des sciences criminelles encore balbutiantes cherchait plutôt des facteurs endogènes d'explication du crime, le mouvement de réaction face aux thèses de Lombroso est plutôt celui d'une recherche de facteurs exogènes. Plus spécifiquement, nous regarderons essentiellement la place de la société dans la création des criminels.

À titre d'exemple, alors que Lombroso et son atavisme sont contestés, les recherches de Ferri (1856-1929), elles, semblent encensées :

Lombroso, le créateur du criminel-né, a exposé ses vues avec une conviction ferme et plus enjouée que précise. Nous ne dirons pas qu'ils les a changées ; il les a

⁹⁵ Quételet développera très tôt une thèse reposant sur l'influence des saisons, du climat, ou de la démographie, sur la criminalité ; il introduit également les sciences mathématiques dans l'étude des êtres humains, en expliquant que les différents caractères que l'on retrouve chez l'humain sont répartis de manière quantifiable. Ce sont ces mêmes caractères qui jouent lors du passage à l'acte criminel. Sur ce dernier point, voir Quételet tel que repris par Gabriel TARDE, *La criminalité comparée, op. cit.*, p. 153.

⁹⁶ Paul Mougeolle, lui, s'inscrit dans une tendance explicative de la criminalité en affirmant que les gens civilisés vont vers le Nord, et les autres, vers le Sud. Cela a une influence sur le passage à l'acte criminel. Voir Paul MOUGEOLLE, *Statistique des civilisations*, Paris, Leroux, 1883.

⁹⁷ Auguste Comte le premier pose le terme de sociologie pour désigner la science des faits sociaux, au milieu du XIX^e siècle. Sur ce dernier point, voir Franck VARENNE, *Modéliser le social*, Paris, Dunod, 2011, p. 23 et s.

⁹⁸ Bien que nous fassions généralement remonter la sociologie à Auguste Comte, dont les idées innoveront les travaux de Durkheim, une controverse existe sur la naissance de cette discipline. En effet, certains la font remonter au XVI^e siècle, sous la plume de Ibn Khaldûn ; cet auteur aurait cependant été oublié, avant d'être redécouvert bien plus tardivement. Sur ce dernier point, voir Pierre LÉPAPE, « "Le livre des exemples" d'Ibn Khaldûn. L'inventeur de la sociologie » [en ligne], *Le Monde diplomatique*, publié en janvier 2003 [consulté en décembre 2020], p.33, URL : <https://www.monde-diplomatique.fr/2003/01/LEPAPE/9892>.

atténuées en laissant dans l'ombre l'influence atavistique, celle qu'il donnait à la descendance de l'homme sauvage. E. Ferri, qui a le feu sacré, la foi et l'éloquence a porté dans l'étude du crime, et surtout dans celle de l'homicide, outre sa science très étendue et très sûre, ce même ensemble d'arguments qu'il nous avait présentés à Rome⁹⁹.

Pour cause : Ferri ne développe pas son relativisme face au libre arbitre en suivant les enseignements atavistiques, mais en allant rechercher dans la société les origines du mal. En effet, il écrit que :

Désormais la science criminelle, tout en restant une science juridique sans ses résultats et son but, doit devenir une branche de la sociologie et, par suite, avoir pour fondement l'étude première de l'anthropologie et de la statistique, dans la partie de ces sciences qui étudient l'homme criminel et son activité antisociale¹⁰⁰ [notre traduction, version originale en note de bas de page].

Le projet de cet auteur italien est donc clair lorsqu'il l'affirme à la fin de son ouvrage : les sciences criminelles doivent être une branche de la sociologie. Il n'est donc pas question, pour lui, de s'attarder sur les stigmates physiques qui viendraient prouver un quelconque penchant pour le crime ; son regard est tout entier porté sur les origines sociales du mal. Il n'est donc pas surprenant que Ferri soit bien mieux reçu en France que Lombroso, puisque son appréciation nous apparaît jumelle, en quelque sorte, de celle notamment développée par Gabriel Tarde¹⁰¹.

Dès lors, il semblerait que les approches qui restent attractives pour cribler et comprendre le passage à l'acte, ou endiguer la récidive, sont les approches sociologiques, d'anthropologie, et de médecine légale. C'est d'ailleurs ce que nous retrouvons le plus souvent dans les *Archives de l'anthropologie criminelle*¹⁰². Or, les

⁹⁹ Alexandre LACASSAGNE, « Avant-propos, Deuxième congrès international d'anthropologie criminelle », *Archives de l'anthropologie criminelle et des sciences pénales*, 4 (1889), p. 518.

¹⁰⁰ Enrico FERRI, *Sociologia criminale*, 3^e éd., Turin, Bocca, 1892, p. 767 : « Ed è, che d'ora innanzi la scienza criminale, par rimanedo una disciplina giuridica nei risultati e nello scopo altimo tuttavia nella base e nei suoi mezzi di ricerca deve diventare un ramo della sociologia, che avrà quidi per fondamento le scienze preliminari della antropologia e della statistica, nella parte loro che studia l'uomo delinquente e la sua attività antisociale. »

¹⁰¹ La pensée de Tarde a beau être changeante au fur et à mesure de son éloignement de Lombroso, il reste cependant assez net qu'il laisse une très large part à la sociologie dans son travail. En témoigne le titre même de l'une de ses œuvres : Gabriel TARDE, *Études pénales et sociales*, op. cit. ; ou encore Gabriel TARDE, *Les transformations du droit : étude sociologique*, op. cit.

¹⁰² À ce titre, il n'est donc pas étonnant que Lacassagne et Tarde en soient les deux directeurs de publication emblématiques. Sur ce dernier point voir Marc RENNEVILLE, « *Les archives d'anthropologie criminelle* : une revue pour une science » [en ligne], publié le 1^{er} janvier 2005 [consulté le 12 novembre 2020], URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/104>.

éléments qui sont posés ne plongent pas dans les arcanes de réflexions métaphysiques sur la responsabilité ou l'intentionnalité¹⁰³ ; il y a une bascule qui s'opère, le projecteur n'éclairant plus tant le crime, que le criminel lui-même.

Garofalo (1851-1934) est d'ailleurs très clair sur ce premier point, lorsqu'il annonce dans la préface de son ouvrage que :

Ce livre n'a pas pour but de discuter encore une fois le problème abstrait, et peut-être insoluble de la responsabilité morale individuelle. Il ne contiendra qu'un essai sur la pénalité coordonné à une étude expérimentale du criminel, sans aucune généralisation des idées qui en découlent¹⁰⁴.

L'objectivation de la responsabilité se fait au prix d'un paradoxe, puisque les positivistes viennent subjectiver encore plus la perception du phénomène criminel, en se concentrant sur les individus. Le délinquant est désormais perçu comme un « malade » qu'il convient de « soigner », en lui appliquant la plus juste et nécessaire cure, comme le démontre Lacassagne :

Permettez-moi, à ce propos, Messieurs, de vous rappeler un mot de Corvisart. [...] « Je ne connais pas la pleurésie, dit le maître, je ne puis vous faire voir que des pleurétiques ». Il en est de même pour nos études. Il n'y a pas de crimes, il n'y a que des criminels, et ce sont eux que vous voulez étudier et connaître¹⁰⁵.

C'est justement parce que la délinquance trouve des explications dans la société, et parce que le criminel est appréhendé comme un malade à soigner que nous pouvons parler d'une objectivisation dans la caractérisation de la dangerosité. Si le terme reste périlleux à manier du fait de son imprécision, les auteurs de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle tentent d'en préciser les contours.

C'est par exemple le cas de Gabriel Tarde, lorsqu'il écrit que :

L'article 51 du Code pénal allemand, plus explicite et moins raisonnable sur ce point que l'article 64 du nôtre, exige pour qu'il y ait crime, que, au moment de l'acte, l'agent ait eu la *liberté de sa volonté*. Cette exigence a pour effet inévitable l'acquittement

¹⁰³ Garofalo est très clair sur ce point.

¹⁰⁴ Raffaele GAROFALO, *La criminologie : étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, 2^e éd., Paris, Alcan, 1890, p. XIII.

¹⁰⁵ Alexandre LACASSAGNE, « Congrès d'anthropologie criminelle de Rome », art. cit., p. 170.

de beaucoup de malfaiteurs dangereux. Il est de plus en plus difficile au médecin-expert, commis dans un nombre croissant de cas pour apprécier l'état mental de l'inculpé, d'émettre l'avis que celui-ci a été libre de vouloir autrement qu'il a voulu. S'il exprime cette opinion, c'est en faisant violence à ses convictions scientifiques. Un médecin légiste, M. Mendel a publié un travail destiné à prouver que ses collègues à cette question : l'accusé jouissait-il de son libre arbitre ? doivent s'abstenir de répondre. M. Virchow et d'autres notabilités médicales adoptent cette opinion. Ils ont raison ; penser autrement, c'est de la part d'un expert déterministe, sacrifier la logique à l'utilité, la sincérité peut-être à la routine¹⁰⁶.

De fait, les sciences criminelles de cette époque ont un penchant plutôt marqué pour l'exclusion des éléments obscurs, comme la liberté, qui mènent vers une mauvaise caractérisation de l'action incriminée. Pour eux, il faut un travail rigoureux, d'expertise et d'analyse, pour répondre au besoin sécuritaire de la société.

Le caractère proactif de ces théories découle de leur raison d'exister : celle de contrer le phénomène de la délinquance. En décortiquant des composantes de la société pour comprendre l'origine des actions criminelles, ils proposent également des idées aux gouvernants pour ralentir, voire supprimer, le crime. Dans un premier temps, cela passe par la recherche des racines du phénomène criminel ; pour Gabriel Tarde, il faut y voir une marque d'application de sa théorie sur l'imitation, selon laquelle les crimes sont semés d'une classe sociale vers une autre. Voici ce qu'il expose, par exemple, concernant l'explication des empoisonnements :

L'empoisonnement est maintenant le crime des illettrés ; au dix-septième siècle, encore, il était le crime des hautes classes, comme le prouve l'épidémie d'empoisonnements qui sévissait à la cour de Louis XIV, de 1670 à 1680, à partir de l'importation de certains poisons par l'Italien Exili. La Marquise de Brinvilliers est l'aïeule directe des vulgaires Locustes de nos villages. A la table de tous les rois d'abord, et ensuite de tous les principaux seigneurs, au moyen-âge et jusqu'au seizième siècle, l'usage constant était que nul plat n'était présenté au maître sans avoir été préalablement goûté, « essayé » de peur qu'il ne fût empoisonné. Ce trait montre l'ancienne fréquence de ce crime dans les cours et les châteaux, surtout en Italie. L'Italie au moyen-âge, était la nation-modèle¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Gabriel TARDE, *La philosophie pénale*, op. cit., p. 15.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 329.

L'heure n'est donc plus à essayer de déterminer l'intention qui domine dans les crimes, mais à en chercher l'explication par des démonstrations savantes. C'est ce que Tarde cherche à réaliser en échafaudant sa théorie de l'imitation, et ce que d'autres feront également avec de nouvelles constructions conceptuelles¹⁰⁸.

De fait, par une analyse mathématique de la criminalité, son explication par les différences de climat, la recherche de causes sociales, de médecine-légale, par l'anthropologie, etc. nous sommes effectivement en présence d'un caractère d'objectivation de la criminalité à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle. Ces travaux s'opposent donc directement au courant appelé « classique », qui fait les louanges de la responsabilité fondée sur le libre arbitre.

Alors que la responsabilité subjective ne peut qu'intervenir *a posteriori*, une fois le méfait accompli, ces analyses sont autant d'outils qui doivent permettre au gouvernement d'adopter des mesures spécifiques qui permettront de prévenir le crime. La bascule se fait parce que les auteurs précédents ne faisaient que regarder le crime, donc le résultat de l'action. Les déterministes, eux, regardent le criminel, ce qui leur offre une hauteur de vue leur permettant de remonter aux origines du mal. C'est en cela que nous considérons qu'il s'agit d'armes théoriques proposant une lutte proactive contre la criminalité.

En conséquence, nous faisons effectivement face à des théories qui se proposent de lutter proactivement contre le phénomène criminel. Si Lombroso n'est pas le premier à avoir tenté de trouver sur le corps même des délinquants des stigmates criminels, il reste le catalyseur d'une critique très forte, qui permettra à d'autres branches de la criminologie d'émerger avec plus de puissance encore. Le tout s'inscrit dans un contexte de défiance par rapport à l'intentionnalité puisque, nous l'avons vu, le concept d'autonomie de la volonté est chahuté par la doctrine. De fait, il ressort de ces théories que l'important n'est pas tant la responsabilité morale que l'esprit dangereux qui peut régner chez certains individus¹⁰⁹. Ces idées ont des conséquences

¹⁰⁸ C'est notamment ce que fait Alexandre Lacassagne dans des études de médecine-légale. Il cherche à comprendre le crime par le truchement d'une analyse voulue scientifique, en faisant fi des éléments spiritualistes ou métaphysiques de la responsabilité morale. Sur ce dernier point, voir par exemple Alexandre LACASSAGNE, *Vacher l'éventreur et les crimes sadiques*, Lyon, Storck, 1899.

¹⁰⁹ Sur ce point, voir Jean-Lucien SANCHEZ, « Les lois Bérenger (loi du 14 août 1885 et du 26 mars 1891) » [[en ligne](#)], art. cit. ; Anne WYVEKENS, « La rétention de sûreté en France : une défense sociale en trompe-l'œil (ou les habits neufs de l'Empereur) », art. cit., p. 504.

pratiques directes, qui seront plus ou moins reprises par les réformes pénales, ce qu'il nous appartient désormais d'étudier.

§ 2. Une lutte active contre le crime : la concrétisation matérielle des doctrines positivistes

Tandis que certaines théories juridiques peuvent être trop complexes, trop idéalistes pour bénéficier d'une consécration matérielle dans la législation, il en est d'autres qui sont pensées comme des armes utiles et actives pour lutter contre la criminalité. Alors que la toute jeune III^e République peine à stabiliser le régime secoué par divers événements – dont la Commune¹¹⁰ –, et que la délinquance fait l'objet de nombreuses discussions¹¹¹, ces théories sont accueillies non sans entrain.

En effet, les origines sociales et anthropologiques de la criminalité offrent des outils pour mesurer la dangerosité des délinquants, ce qui peut avoir des conséquences pratiques immédiates. Dans un premier temps, nous pouvons alors distinguer entre les criminels, selon leur degré de dangerosité. Cela nous offre la capacité d'adapter la pénalité au type de personnalité (A).

De manière encore plus concrète, les théories positivistes sont une manne idéologique dans laquelle il est possible de puiser pour inscrire des réformes pénales novatrices. C'est notamment ce qui sera fait en France, avec les fameuses « Lois Bérenger » et les autres réformes de la fin du XIX^e siècle (B).

¹¹⁰ Ici, voir l'analyse sociale, culturelle et juridique de Marc LAGANA, « Un peuple révolutionnaire : la Commune de Paris 1871 », *Cahiers Bruxellois/Brusselse Cahiers*, 1 (2018), p. 175-198 ; ou encore Sebastian HAFFNER, « La Commune de Paris », *Commentaire*, 2 (2018), p. 371-380. Sur les ponts entre les anarchistes et la Commune, voir Claire VACHET, *Le droit saisi par l'anarchisme. Étude du discours des militants libertaires (1871-1926)*, *op. cit.*

¹¹¹ Des discussions qui vont même jusqu'à épinglez les activités de la presse. Certains auteurs, dont Gabriel Tarde, estiment qu'en relayant les détails sordides des affaires criminelles, la presse joue comme une sorte de pousse-au-crime. Voir Roger BAUTIER et Élisabeth CAZENAVE, « La presse pousse-au-crime selon Tarde et ses contemporains » [[en ligne](#)], *Champ pénal/ Penal field*, publié le 14 septembre 2005 [consulté le 24 septembre 2018], URL : <https://journals.openedition.org/champpenal/253>.

A. La distinction entre les différents délinquants

La combinaison des analyses sociales et anthropologiques du crime et, surtout, du criminel permet de poser une distinction entre plusieurs types de délinquants, qu'il ne faut pas traiter de manière identique. Pour continuer l'analogie avec la maladie, il convient d'adapter le traitement au patient, donc la peine au criminel ; c'est d'ailleurs ce que préconise Raymond Saleilles dans son ouvrage sur l'individualisation¹¹².

Bien qu'il existe des différences entre les auteurs, une forme de consensus se fait autour de cinq types de criminels, personnalités qui sont classées selon le degré de dangerosité. On observe donc :

D'abord, il est évident que, dans une classification qui n'est pas exclusivement biologique, et qui doit constituer la base anthropologique de la sociologie criminelle, les criminels aliénés ont tout droit d'être compris. [...]

Les criminels-nés, ou instinctifs, sont ceux qui présentent le plus fréquemment les caractères organiques et psychologiques mis en lumière par l'anthropologie criminelle. [...]

La troisième classe est celle des criminels, qu'après mes études dans les pénitenciers, j'appelle criminels par habitude acquise. [...]

Les criminels par emportement de passion ne sont qu'une variété des criminels d'occasion, mais ils présentent des caractères si spécifiques qu'on peut les distinguer très nettement. [...]

La dernière classe est celle des criminels d'occasion, qui sans avoir une tendance innée et active au délit, y tombent plutôt par les tentations des conditions personnelles ou du milieu physique et social, et n'y tombent ou n'y retombent pas, si ces tentatives disparaissent¹¹³.

Cette catégorisation peut varier entre les auteurs, Ferri le reconnaît lui-même¹¹⁴, mais elle nous semble la plus opérante parce que largement reprise, et encore fournie aux étudiants et étudiantes aujourd'hui¹¹⁵.

Cette différenciation entre les types de criminels nous semble importante, puisqu'elle ouvre la voie à une interprétation différenciée de l'action criminelle, en

¹¹² Raymond SALEILLES, *L'individualisation de la peine, étude de criminalité sociale*, 3^e éd., Paris, Alcan, 1927.

¹¹³ Enrico FERRI, *La sociologie criminelle*, 3^e éd., Paris, Rousseau, 1893, p. 99-114.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 121 et s.

¹¹⁵ Voir, par exemple, Catherine BLATIER, *Introduction à la psychocriminologie*, Paris, Dunod, 2010, p. 39 et s.

regardant le délinquant. En effet, on ne peut plus mettre sur un même plan le criminel aliéné et le criminel d'occasion par exemple. Le criminel aliéné est celui qui est atteint d'une affection mentale ; il sera donc vraisemblablement assujéti au régime mis en place par l'article 64 du *Code pénal*, lequel prévoit des dispositions spécifiques pour les personnes en état de démence au moment de l'action. Le criminel d'occasion, en revanche, ne peut bénéficier de l'application de cet article ; il dispose de tous ses moyens et n'est mis en état de commettre un crime que par le concours de circonstances exogènes. Ferri le précise d'ailleurs avec clarté : si les tentations qui ont poussé le criminel d'occasion disparaissent, il ne sombrera plus dans la délinquance ; le risque de récidive est donc plus faible. Pour ce dernier type de criminel, la question de l'intention semble également écartée, puisque c'est une forme de contrainte qui pousserait l'agent au crime, une contrainte sociale notamment.

De manière générale, l'ensemble de ces catégories donne à voir un paysage délinquantiel renouvelé sur la question de la responsabilité. Aucune des catégories qui sont posées et supposées ne semble en adéquation avec la théorie classique de la responsabilité fondée sur une faute morale personnelle. Chaque fois, des caractères endogènes ou exogènes viennent y faire obstacle.

De même, ces catégories offrent un panel de peines potentiellement intéressant, puisque chacun d'entre eux doit être traité différemment. Là encore, nous trouvons une forme de gradation de la réponse pénale qui va s'adapter au type de délinquance en présence. Nous le comprenons assez facilement à la lecture des propos de Ferri : alors que le criminel-né est un incorrigible, le criminel d'occasion peut, lui, changer et ne pas récidiver. La traduction en termes de pénalité pousserait donc à écarter de la société le criminel-né, qui va forcément récidiver, et appliquer une peine utile au criminel d'occasion, tout en essayant de le soustraire aux éléments de tentation qui peuvent le pousser à l'action néfaste.

De manière très paradoxale, donc, les auteurs dont Ferri qui distinguent des catégories de délinquants, plongent plus loin dans la subjectivité pour en faire ressortir des éléments objectifs de catégorisation. L'école positiviste qui se préoccupe bien plus du traitement du délinquant que du plan légal ne peut donc être rangée sous le rang des doctrines subjectivistes, alors même qu'elle tend à améliorer l'appréhension subjective du criminel. C'est la seule école qui va placer le sujet au centre de toute

l'action pénale, mais c'est également celle qui va opérer un retour finalement objectiviste. Lombroso, en regardant les stigmates du criminel¹¹⁶, Ferri, en observant les causes sociales¹¹⁷, les autres criminalistes¹¹⁸, qui utiliseront les avancées de la médecine, de la psychologie, de la psychanalyse, etc. ne font que poser des critères qui viennent déterminer l'action du délinquant. En somme, ils cherchent des explications au passage à l'acte. Ces explications, dites déterministes, viennent alors nier le libre arbitre, et faire un trait sur les notions de faute et d'imputabilité comme entendues jusqu'à leurs écrits. Pour eux, tout est question de causalité logique, les éléments présents tirent leurs sources de faits antérieurs, qui puisent eux-mêmes leur existence de faits qui leur sont préantérieurs. Lombroso utilisera des données médicales en créant le profil de *l'uomo delinquente*, Quételet, repris par Garofalo¹¹⁹, évoquera l'influence des saisons, des températures, du niveau d'éducation, en somme des causes sociologiques¹²⁰.

Ces quelques éléments, choisis dans ce flot d'informations que nous fournissent la criminologie pénale et ses évolutions historiques, nous permettent de constater qu'effectivement, le délinquant attire désormais tous les regards sur lui. Parfois jugé irrécupérable, il devra alors subir une peine incompressible pour sauvegarder la société¹²¹ ; dans d'autres hypothèses, on lui appliquera la meilleure peine possible pour le soigner.

C'est ainsi que s'est développée l'individualisation des peines sous l'impulsion française de Raymond Saleilles¹²², car chaque personne étant différente, il faut concevoir des sanctions différenciées. De plus, il est nécessaire de pointer le fait que les évolutions en criminologie sont dépendantes des avancées scientifiques, car le propre de cette discipline est de mobiliser des données brutes, issues de champs

¹¹⁶ Cesare LOMBROSO, *L'homme criminel*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 9 notamment.

¹¹⁷ Enrico FERRI, *La sociologie criminelle*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 142-163.

¹¹⁸ Jean LEBRET, « Essai sur la notion d'intention criminelle », *art. cit.*, p. 453 ; Éric DEUZE, « Le Code pénal face aux progrès techniques et scientifiques », *Bicentenaire du Code pénal, 1810-2010*, Paris, Les Colloques du Sénat, 2010 p. 164 ; Olof KINBERG, *Les problèmes fondamentaux de la criminologie*, *op. cit.*, p. 64.

¹¹⁹ Gabriel TARDE, *La criminalité comparée*, *op. cit.*, p. 152.

¹²⁰ Cela explique la tendance à lutter contre les facteurs donnés comme influents à l'exemple de l'illettrisme, de l'alcoolisme, etc.

¹²¹ Il est faux, contrairement à ce que nombre de détracteurs de cette école soutiennent, de dire que les positivistes veulent enfermer ou supprimer l'homme dangereux de la société avant même qu'il ne soit passé à l'acte. Là encore le poids des éléments matériels se fait ressentir puisque la pensée négative, qu'elle soit libre ou non, doit toujours être concrétisée dans le monde extérieur pour donner lieu à sanction.

¹²² Raymond SALEILLES, *L'individualisation de la peine, étude de criminalité sociale*, 3^e éd., *op. cit.*

scientifiques, pour les exploiter dans la sphère criminelle. C'est pourquoi plus les progrès sont grands dans les sciences, plus la criminologie gagne en maturité et en crédibilité¹²³.

Ces éléments, tirés de la distinction entre les différents types de criminels, doivent permettre de lutter activement contre le crime : ce sont des théories ancrées dans la pratique, qui visent à influencer sur les politiques pénales. Ce faisant, l'intention est laissée sur le côté, quand elle n'est pas tout bonnement niée et contestée – de manière plus ou moins directe¹²⁴. Ce côté très pratique est démontré par la reprise dans certains textes de ces avancées, à l'étranger¹²⁵ ou en France. Plus particulièrement, il nous faut désormais étudier en quoi les lois Bérenger sont inscrites dans ce mouvement criminologique, preuve du caractère pratique de ces théories.

B. La concrétisation dans les réformes pénales de la fin du siècle

Trois lois vont ici particulièrement retenir notre attention. La loi du 27 mai 1885, celle du 14 août de la même année et, enfin, la réforme du 26 mars 1891. Pour nous, elles sont le fruit de cette période particulière, celle de la remise en cause du postulat du libre arbitre et du bouillonnement intellectuel autour des questions de la délinquance. Certes, les premiers Congrès d'anthropologie criminelle ne commencent qu'en 1885, et la revue des *Archives de l'anthropologie criminelle* débute son travail en 1886. Pour autant, il serait incomplet de dire que ces réformes sont uniquement le produit de l'école éclectique¹²⁶.

Tout d'abord, l'éclectisme ne pourrait expliquer la grande loi du 27 mai 1885, qui semble trouver ses fondements dans le déterminisme. En effet, cette dernière déclare notamment que :

¹²³ Cela nous rappelle l'importance de conserver et d'observer le contexte de chaque donnée afin d'avoir, certes, un regard critique, mais qui tente de prendre en considération les spécificités de l'époque. Si les idées de Lombroso, par exemple, ont pu être moquées publiquement lors du Congrès de criminologie de 1889 à Paris, il faut garder en tête qu'à ses débuts en 1876, ses idées étaient largement acceptées car séduisantes et en apparence scientifiquement fondées.

¹²⁴ La contestation est directe lorsqu'elle vise l'intentionnalité ; elle est indirecte lorsque les auteurs s'occupent de manière prioritaire de déconstruire le système qui repose sur le libre arbitre.

¹²⁵ La Belgique met parfaitement en exergue l'influence de ce courant au début du XX^e siècle, puisqu'elle adopte une loi dite de « défense sociale ». Pour quelques précisions supplémentaires sur ce point, voir notamment Yves CARTUYVELS, Brice CHAMPETIER et Anne WYVEKENS, « La défense sociale en Belgique, entre soin et sécurité. Une approche empirique », *Déviance et Société*, 4 (2010), p. 615-645.

¹²⁶ École qui débute sous la monarchie de Juillet, avec Guizot, Broglie, Cousin et Rossi, notamment.

Article 1^{er} : La relégation consistera dans l'internement perpétuel sur le territoire des colonies ou possessions françaises des condamnés que la présente loi a pour objet d'éloigner de France¹²⁷.

Le texte ne peut être plus limpide et ne peut plus encore renier l'idée de perfectibilité humaine, qui est la notion phare de l'école éclectique. En effet, alors que le cousinisme poussait à ce que les réformes démontrent une forme de regain de douceur pour les condamnés, voués à un jour meilleur, cette loi fait montre d'un scepticisme à l'encontre d'une certaine catégorie de la population carcérale. L'heure n'est donc plus à la rémission des péchés, mais à l'éloignement de la France, comme le dit très bien la loi par elle-même.

Or, cela n'est pas sans rappeler la catégorie des criminels incorrigibles, qui est développée par Lombroso et consorts¹²⁸ à peu près au même moment. En effet, il n'y a rien à attendre du criminel-né, par exemple, en termes de changement d'orientation et de choix de vie. Ses déterminismes sont trop puissants pour qu'il puisse lutter : il n'y a plus d'intention, mais uniquement de la contrainte. C'est donc la preuve que le libre arbitre est atteint par cette loi, puisqu'elle ne croit pas dans la capacité de ces condamnés à décider autrement.

De manière assez logique, cette loi vise les récidivistes, qui sont la gangrène du moment, et contre qui il convient de lutter. En effet, le texte prévoit que :

¹²⁷ Loi instaurant la relégation des récidivistes du 27 mai 1885, art. 1^{er}.

¹²⁸ René GARRAUD, *La relégation et l'interdiction de séjour*, Paris, Larose et Forcel, 1886, p. 6 : « Un caractère essentiel de la relégation, c'est qu'elle ne doit être appliquée qu'à l'expiration de la dernière peine à subir par le condamné (art. 12). Elle constitue une mesure de police contre les libérés : elle tend à les mettre dans l'impossibilité de nuire ». Cesare LOMBROSO, *Les applications de l'anthropologie criminelle*, Paris, Alcan, 1892, p. 18 : « Ainsi, à commencer par la déportation française, elle paraît à première vue, la meilleure panacée contre les crimes les plus graves, et à lire les chiffres officiels, on le croirait encore très bien ». ; Enrico FERRI, *La sociologie criminelle*, Paris, Alcan, 1905, p. 595 : « Cependant il y a dans la déportation un fond de vérité incontestable : c'est que lorsqu'elle est infligée à perpétuité, et par suite avec la moindre chance possible de rapatriement, elle fournit le meilleur moyen de purger la société de ses membres dangereux et la débarrasse de l'obligation de les entretenir ». Lacassagne, quant à lui, préconise l'application ferme de la peine de mort : il souhaite que la pénalité soit incompressible pour susciter la crainte. Sur ce dernier point, voir Alexandre LACASSAGNE, *Peine de mort et criminalité*, Paris, Maloine, 1908, p. 181-182 : « Le criminel peut être un malade, mais le plus souvent c'est un coupable, un antisocial. Il mérite selon la gravité du fait des châtiments corporels, une peine : le crime doit susciter des haines vigoureuses, sans cela il augmentera de fréquence. [...] Si celle-ci est en progression croissante, la peine de mort sera appliquée. Systématiquement, et pendant au moins une durée de dix ans, la plupart des condamnations capitales ne seront pas commuées ». En contrepoint, Tarde, lui, critique la relégation qui ne serait qu'un échange de délinquants entre les lieux de déportation. Sur ce dernier point, voir Gabriel TARDE, *La philosophie pénale*, op. cit., p. 512-513.

Article 4 : Seront relégués les récidivistes qui, dans quelque ordre que ce soit et dans un intervalle de dix ans, non compris la durée de toute peine subie, auront encouru les condamnations énumérées à l'un des paragraphes suivants :

Premièrement, deux condamnations aux travaux forcés ou à la réclusion, sans qu'il soit dérogé aux dispositions des § 1 et 2 de l'article 6 de la Loi du 30 mai 1854 ;

Deuxièmement, une des condamnations énumérées au paragraphe précédent et deux condamnations soit à l'emprisonnement pour faits qualifiés de crimes, soit à plus de trois mois d'emprisonnement pour : vol ; abus de confiance ; outrage public à la pudeur ; excitation habituelle de mineurs à la débauche ; vagabondage ou mendicité par application des articles 277 et 279 du Code pénal ;

Troisièmement, quatre condamnations, soit à l'emprisonnement pour faits qualifiés de crimes, soit à plus de trois mois d'emprisonnement pour les délits spécifiés au § 2 ci-dessus ;

Quatrièmement [...].

Nous voyons donc, effectivement, que la cible première de cette réforme vise les récidivistes, ceux pour qui nous avons perdu tout espoir d'un changement de cap et qui sont condamnés à répéter des exactions criminelles. Là encore, il n'y a plus de place à l'intention et le système s'avoue vaincu face aux récidivistes, contre qui le seul remède possible tient dans l'éloignement du territoire.

La loi du 14 août 1885, elle, est plus délicate à appréhender, puisqu'elle fait montre d'origines potentiellement variées – il s'agit de la première des « Lois Bérenger ». Adoptée pour lutter contre la récidive, elle met en place des mesures qui démontrent, cette fois, que pour certains délinquants tout n'est pas encore perdu. Le texte est net à ce propos, en prévoyant dès son premier article que :

Article 1^{er}, Un régime disciplinaire, basé sur la constatation journalière de la conduite et du travail, sera institué dans les divers établissements pénitentiaires de France et d'Algérie, en vue de favoriser l'amendement des condamnés, et de les préparer à la libération conditionnelle.

Ici, la question de l'amendement refait surface, il n'y a plus de référence à une délinquance déterminée au crime. Ce travail est essentiellement le fait de René Bérenger (1830-1915), un sénateur qu'il est possible de classer parmi les « paternalistes juridiques »¹²⁹ ; c'est un républicain catholique et, contrairement à l'impulsion démontrée par la loi du 27 mai 1885, il veut croire en l'amélioration des êtres humains ;

¹²⁹ Bernard SCHNAPPER, *La justice, la famille, la répression pénale (XVI^e-XX^e siècles)*, Paris, PUF, 1991, p. 373.

il faut donc mettre en place des mesures d'accompagnement qui sont susceptibles de leur venir en aide dans cette voie¹³⁰.

La loi du 26 mars 1891 s'inscrit dans la même tendance, en prévoyant notamment que :

Article 1^{er} : En cas de condamnation à l'emprisonnement ou à l'amende, si l'inculpé n'a pas subi de condamnation antérieure à la prison ou délit de droit commun, les cours ou tribunaux peuvent ordonner par le même jugement et par décision motivée qu'il sera sursis à l'exécution de la peine.

Si pendant le délai de cinq ans à dater du jugement ou de l'arrêt, le condamné n'a encouru aucune poursuite suivie de condamnation à l'emprisonnement ou à une peine plus grave pour crime ou délit de droit commun, la condamnation sera comme non avenue¹³¹.

Plus simplement, ensemble, ces lois mettent en place le sursis d'exécution de la peine et la libération conditionnelle. La loi de mai 1885, quant à elle, vise les incorrigibles, ceux qui restent corrompus. La marque des travaux d'anthropologie et de sociologie criminelle est pour nous à peu près certaine, puisque ces lois mettent en place un système pénal à deux vitesses, la distinction étant fondée sur une observation du criminel – et pas nécessairement et uniquement de son acte.

Prenant la suite des propos que nous tenions en évoquant les différentes catégories de délinquants, nous en voyons deux ici : les criminels qui peuvent être sauvés et les criminels qui sont déjà perdus. Parmi les criminels qui peuvent être sauvés, pour qui l'amendement est possible, nous plaçons les primodélinquants qui sont ceux visés par les lois Bérenger ; en effet, s'il y a déjà eu une condamnation, alors les mécanismes du sursis ou celui de la libération conditionnelle ne fonctionnent plus.

Plus finement, nous pouvons dire que le sursis ne peut pas s'appliquer en vertu de l'article premier de la loi du 26 mars 1891 ; la libération conditionnelle, en cas de récidive, est quant à elle possible, mais bénéficie d'un contrôle plus rigoureux que pour le primodélinquant :

¹³⁰ Jean-Lucien SANCHEZ, « Les lois Bérenger (lois du 14 août 1885 et du 26 mars 1891) » [[en ligne](#)], art. cit.

¹³¹ *Loi du 26 mars 1891* dite « Sur l'atténuation et l'aggravation des peines », art. 1^{er}.

Article 2 : Tous condamnés ayant à subir une ou plusieurs peines emportant privation de la liberté peuvent, après avoir accompli trois mois d'emprisonnement, si les peines sont inférieures à six mois, ou dans le cas contraire, la moitié de leurs peines, être mis conditionnellement en liberté, s'ils ont satisfait aux dispositions réglementaires fixées en vertu de l'article premier.

Toutefois, s'il y a récidive légale, soit aux termes des articles 56 à 58 du Code pénal, soit en vertu de la loi du 27 mai 1885, la durée de l'emprisonnement est portée à six mois, si les peines sont inférieures à neuf mois, et aux deux tiers de la peine dans le cas contraire¹³².

Se dessine alors en filigrane cette distinction entre le primodélinquant et le récidiviste. Alors que le récidiviste peut parfois être vu comme irrécupérable et se voit relégué, exclu de la société – par application de la loi d'août 1885 –, le primodélinquant doit à tout prix éviter l'emprisonnement et, s'il se voit tout de même indiquer le chemin du pénitencier, doit pouvoir obtenir un aménagement de peine sous réserve d'une bonne conduite.

Ainsi, même si le vocabulaire spécifique des criminalistes ne perce pas dans la législation, nous en retrouvons des marques. Alors que le sénateur Bérenger croit en l'humain perfectible, Waldeck-Rousseau (1846-1904), plus radical, soutient pour sa part la loi du 14 août 1885 sur la relégation. Deux doctrines s'opposent, et c'est assez logiquement que le défenseur des mesures d'aménagement de la peine est le travail d'une personne croyante, René Bérenger étant un fervent catholique. Waldeck-Rousseau, quant à lui, serait beaucoup plus proche des théories déterministes.

Nous avons donc ces deux ensembles qui se mêlent et créent le courant du réformisme pénal de la fin du XIX^e siècle, en portant certaines des lois les plus importantes de notre période d'étude. La question intentionnelle est présente, mais n'est toujours pas traitée. Elle est prégnante quand un personnage comme Bérenger croit dans l'humain perfectible ; il place sa confiance dans un humain qui dispose d'une liberté de volonté, et qui pourra donc dire non au crime à l'avenir. Par opposition, Waldeck-Rousseau est dans une démarche où le libre arbitre serait beaucoup moins fort, voire nié, puisqu'il pense que les criminels récidivistes sont perdus et n'ont donc plus le droit de rester dans la cité¹³³ : il faut, selon la loi du 14 août 1885, supprimer de la société les délinquants irrécupérables, comme peuvent le

¹³² *Loi du 14 août 1885* dite « Sur les moyens de prévenir la récidive », art. 2.

¹³³ Jean-Lucien SANCHEZ, « Les lois Bérenger (lois du 14 août 1885 et du 26 mars 1891) » [[en ligne](#)], art. cit.

préconiser les déterministes italiens par exemple¹³⁴. D'un côté, c'est l'école éclectique qui semble toujours dominer ; d'un autre, nous pouvons y voir la percée des déterministes italiens et français.

Dès lors, nous pouvons effectivement relever qu'une série de mesures sont adoptées pour lutter contre le crime, mais plus encore, pour lutter efficacement contre la criminalité, en évitant de voir dans les peines des mesures qui favoriseront la récidive. Nous pensons donc pouvoir qualifier cette lutte de combat actif, qui est la démonstration des courants idéologiques du XIX^e siècle. Cela rejoint ce mouvement plus grand concernant les crimes, qui pousse vers un assainissement de la société¹³⁵. Lacassagne déclarait d'ailleurs à ce propos que :

Les mesures d'hygiène sociale, constituant la lutte contre l'alcoolisme, l'opium, la syphilis, la tuberculose, seront l'objet des préoccupations constantes des hommes d'État.

La loi interdira, comme contraire aux bonnes mœurs, le récit des crimes, le compte rendu des débats judiciaires et des exécutions capitales, les photographies et portraits des accusés ou des victimes¹³⁶.

¹³⁴ Certains vont même plus loin que l'éloignement ou la suppression de la société, et défendent la peine de mort pour les criminels les plus endurcis. C'est par exemple ce que préconise Raffaele Garofalo. Raffaele GAROFALO, *La Criminologie*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 403 et s.

¹³⁵ Par exemple, l'activité des journaux peut être critiquée par certains criminalistes. En effet, la presse joue un rôle important en relayant les affaires les plus sordides dans ses papiers, que les citoyens s'empressent de lire ; il est certain que le champ pénal a toujours créé sidération et fascination. Sur ce dernier point, voir notamment Roger BAUTIER et Élisabeth CAZENAVE, « La presse pousse-au-crime selon Tarde et ses contemporains » [[en ligne](#)], art. cit.

¹³⁶ Alexandre LACASSAGNE, *Peine de mort et criminalité*, *op. cit.*, p. 182.

Section III. Des magistrats fragilisés

Pour rappel, dès le lendemain de la Révolution de 1789, la magistrature a été une alliée de poids pour la création d'un système de responsabilité morale subjective fondée sur l'intention criminelle. De fait, s'attaquer à la magistrature revient à mettre en crise cette construction qui ne tient que par un effet de fiction, portée par les décisions de justice qui demandent une intention là où les textes ne sont pas nécessairement très clairs.

Le XIX^e siècle est une période politiquement mouvementée, ce qui n'empêchera pas les magistrats de se maintenir et de conforter leurs positions. Certes, quelques épurations sont à relever¹³⁷ mais, dans l'ensemble, c'est un corps qui arrive à conserver sa stature et donc peut continuer de construire le schéma dual de l'infraction, comportant un élément matériel et un élément moral. Il est certain que, quelques fois, les juges doivent rappeler leur fidélité au nouveau régime qui s'installe, ce qui tend à démontrer le manque d'autonomie de la magistrature face aux régimes politiques. Néanmoins, le système fonctionnait et peu de grands bouleversements sont à relever sur la période qui précède.

Ce n'est plus le même constat avec l'arrivée de la III^e République, qui commence en effectuant un tri parmi ses magistrats pour renforcer l'idéologie républicaine. En effet, nombre de magistrats étaient opposés à ce type de gouvernement et étaient bien plus fidèles au fonctionnement monarchique ou impérial (§ 1).

En parallèle des épurations, les modalités pour devenir juge commencent à poser question. Alors que le niveau d'étude demandé n'était pas très élevé et que, souvent encore, de véritables dynasties familiales étaient à relever parmi la caste des juges, tout un courant va développer l'idée selon laquelle il convient de revoir ces modalités d'accession à la fonction, en cherchant à imposer un concours. De fait, la typologie du corps social qui en découlera ne sera pas la même que précédemment, ce qui peut exercer une influence sur la manière dont ils appréhendent et construisent l'intention (§ 2).

¹³⁷ Olivier TORT, « La magistrature française face aux deux Restaurations (1814-1815) », art. cit. ; pour une référence générale, voir Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France, de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit.

§ 1. Les « épurations » sous la III^e République

Les épurations de magistrats sont de deux types sous la III^e République : une épuration officielle, faite par le gouvernement ; une épuration que nous pourrions appeler de passive, puisqu'elle résulte dans le départ de magistrats à la retraite, qui ne sont pas remplacés, du fait d'une crise dans le recrutement. Les deux formes sont pour nous intéressantes dans la mesure où elles viennent modifier la composition sociale et sociologique du corps. Or, puisque l'intention n'a toujours pas de définition stable donnée par les textes, une modification de la composition du corps des magistrats peut entraîner un changement de la perception de cette dernière.

Dans les premiers temps de la République, la magistrature ne semble pas faire l'objet d'une remise en cause directe ; les magistrats peuvent certainement remercier leur statut inamovible. Il reste que le métier est délicat, puisque le traitement n'est toujours pas à la hauteur de la fonction. De fait, ce sont toujours des personnes aisées qui officient. Se fait toujours aussi nette une image de magistrat notable, disposant d'une fortune propre qui lui permet de subvenir à ses besoins sans se reposer sur le modeste salaire qui lui est versé. De surcroît, le métier débutait très généralement par l'obtention du statut de juge suppléant, fonction gratuite¹³⁸.

L'attaque se fait plus vigoureuse avec l'adoption d'une réforme en 1883, qui permet incidemment au gouvernement de mettre à la retraite forcée des magistrats, ce qu'il ne se privera pas de faire. En effet, est adoptée le 30 août 1883 une loi particulièrement attentatoire au statut de la magistrature. Elle contient trois volets principaux : la réduction du nombre des classes dans les tribunaux et l'augmentation du traitement des magistrats ; l'institution d'un régime disciplinaire autour du Conseil supérieur de la magistrature ; l'éviction des magistrats par la suspension de l'inamovibilité¹³⁹. La réduction du nombre de classes permettait, en plus de la suspension de l'inamovibilité, de renvoyer un certain nombre de magistrats, en faisant mine de ne pas procéder à une épuration, mais en affichant une volonté de rationaliser les postes. Il était également affirmé que cette diminution du nombre de postes permettrait d'augmenter les émoluments touchés par les juges¹⁴⁰.

¹³⁸ Marie DE ROUX, « La magistrature et la III^e République », *Revue des deux mondes*, 2 (1943), p. 138.

¹³⁹ Renée MARTINAGE, « L'épuration des Magistrats du Nord en 1883 », *Revue du Nord*, 270 (1986), p. 663.

¹⁴⁰ Marie DE ROUX, « La magistrature et la III^e République », art. cit., p. 142.

Les choses sont présentées de manière assez directe par la loi du 30 août, qui ne cache pas sa volonté de réduire le personnel judiciaire. En effet, elle dispose par exemple que :

Art. 11. – Dans un délai de trois mois à partir de la promulgation de la présente loi, il sera procédé, par application des règles ci-dessus établies, à la réduction du personnel des cours d'appel et des tribunaux.

Les éliminations porteront sur l'ensemble du personnel indistinctement.

Le nombre de magistrats éliminés, soit parce qu'ils n'auront pas été maintenus dans les fonctions judiciaires, soit parce qu'ils n'auront pas accepté le poste nouveau qui leur aura été offert, ne pourra dépasser le chiffre des sièges supprimés.

Ne seront pas maintenus, à quelque juridiction qu'ils appartiennent, les magistrats qui, après le 2 décembre 1851, ont fait partie des commissions mixtes.

La loi est donc limpide : il y aura des « éliminations ». Sont particulièrement visés les magistrats qui ont fait preuve de complaisance à la suite du coup d'État de Louis Napoléon Bonaparte (1808-1873) du 2 décembre 1851. Cette tendance républicaine s'inscrit dans la continuité de l'adoption, le 30 juillet 1881, de la *Loi de réparation nationale en faveur des victimes du 2 décembre 1851 et des victimes de la loi de sûreté générale du 27 février 1858*. Finalement, c'est une forme de chasse à l'encontre des magistrats antirépublicains qui est menée.

De fait, nous avons ici une nouvelle preuve de la perméabilité qui peut exister entre le pouvoir en place, sa doctrine idéologique, et la manière dont il entend faire appliquer cela, y compris par les voies de la justice. Dès lors, si nous sommes dans un système qui fait la part belle à la religion, il n'y a pas de problème à ce que la justice soit assise sur une tradition catholique, comme cela est le cas de la responsabilité individuelle caractérisée par une faute morale. En revanche, lorsque l'État se laïcise, c'est la justice qui doit suivre ce mouvement, avec ou sans consentement – par exemple.

Il n'y a rien d'illogique à cela, puisque les magistrats jugent au nom du peuple ; or, le peuple est une notion mouvante. De manière encore plus théorique, nous pouvons relever le fait que le mot même de « peuple » est un mot politique et polysémique¹⁴¹.

¹⁴¹ Voir par exemple Stéphane PIERRÉ-CAPS, « Le peuple à l'interface du droit constitutionnel et du droit international », *Civitas Europa*, 1 (2014), p. 5-20.

En outre, et de manière plus étendue sur notre période, une crise dans le recrutement de la magistrature entraîne un grand nombre de départs à la retraite qui ne sont pas compensés par de nouvelles recrues. Cela peut s'expliquer par le fait que la profession n'est pas très attrayante avec des revenus particulièrement faibles, malgré la revalorisation, très légère, faite à la suite de la loi du 30 août 1883.

La caste des magistrats est donc en train de s'éteindre. Le recrutement par le biais d'une faveur familiale est de moins en moins courant ; leur statut de notables est également en train de s'effriter : le magistrat n'a donc plus la même stature que par le passé¹⁴².

Ces données causent, là encore, une modification de la composition sociale de la magistrature, qui pousse vers une diversification des origines sociales dans le recrutement. Ce lent mouvement est porté par la République, qui souhaite obtenir une magistrature de carrière et non plus une magistrature qui se transmet par les liens du sang. Nous y trouvons des marqueurs de la pensée républicaine, fondée sur la méritocratie et nettement moins sur l'hérédité, comme cela pouvait être le cas auparavant¹⁴³.

Cette poussée est permise par plusieurs augmentations de salaire postérieures à celle déjà obtenue en 1883. C'est par exemple le cas d'une loi de 1919 qui vient augmenter assez nettement les émoluments au sortir de la guerre, dans un contexte économique délicat ; c'est encore le cas avec des réajustements successifs en 1927, 1929 et 1930¹⁴⁴. Cela n'empêche pas les magistrats de ressentir une forme d'appauvrissement continu¹⁴⁵, ce qui n'aide pas à combler les places vacantes.

Une nouvelle fois, tous ces éléments sont importants pour la question intentionnelle puisque, nous en avons soumis l'hypothèse, il y a de fortes chances pour que les magistrats fassent parler leur intime conviction pour reconstruire l'action criminelle et donc, pour donner corps à la notion floue d'intention. Ainsi, si le corps de la magistrature est changeant, la perception que l'on peut avoir de l'intention peut,

¹⁴² Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 181 et s.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 182.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ Jean-Charles ASSELAIN, *L'argent de la justice. Le budget de la justice en France de la Restauration au seuil du XXI^e siècle*, Bordeaux, PUB, 2009, p. 393 et s.

elle aussi, être modifiée. Le magistrat, homme, fortuné et catholique, n'aura peut-être pas la même manière de comprendre une action qu'un magistrat de carrière, sans argent de côté, républicain et athée¹⁴⁶.

De fait, nous le voyons, la magistrature traverse ici l'une de ses plus grandes crises, ce qui se manifeste par un nombre peu élevé de prétendants aux fonctions à la suite de cela. Une fois le caractère nobiliaire effacé, l'État rencontre donc une forme de pénurie de main-d'œuvre pour rendre la justice. C'est dans ce cadre, et celui d'une volonté réformatrice, que la réflexion débute sur la manière de recruter les magistrats.

§ 2. *La réflexion sur le recrutement des magistrats*

Pendant une courte période lors de la Révolution française, les magistrats auront été élus ; ce moment n'aura pas été auréolé de succès et la procédure élective tomba dans les limbes de l'oubli. Néanmoins, à l'aube de la III^e République, un nouveau courant se fait le vecteur de ce mode de recrutement ; cela constituait même un élément du programme républicain¹⁴⁷.

Il faut attendre 1882 pour qu'une majorité de coalition se forme, de manière presque fortuite, et parvienne à voter en faveur de l'élection des juges le 10 juin de la même année. Néanmoins, le 27 janvier suivant, la Chambre des députés rejetait ce principe, ce qui marquait la fin des tergiversations sur ce sujet¹⁴⁸.

Pour autant, il est intéressant de constater que l'élection ait fait débat dans ce cadre républicain où la méritocratie et la démocratie sont censées dominer. L'élection aurait permis l'épanouissement de ces notions défendues par les républicains qui s'inspirent, très certainement, du modèle des États-Unis dans lequel les juges sont élus et disposent d'une Cour Suprême dont les membres sont nommés à vie¹⁴⁹. Nous aurions donc pu penser que, sur le principe, le fait d'élire les juges aurait été moins

¹⁴⁶ Il s'agit ici de relever quelques-uns des éléments qui forment l'*habitus* bourdieusien des magistrats ; cette liste n'est, bien évidemment, pas exhaustive et de nombreux autres éléments peuvent entrer en considération. Néanmoins, cette approche nous semble valable dans la mesure où les magistrats sont, par principe, absolument libres de déterminer l'intention qui n'est précisée par aucun texte.

¹⁴⁷ Marie DE ROUX, « La magistrature et la III^e République », art. cit., p. 141

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 142

¹⁴⁹ *Ibid.*

sujet à oppositions. Néanmoins, le gouvernement devait également faire preuve de pragmatisme.

En effet, établir le système électoral aurait eu pour objectif de mettre en place des juges républicains, qui soient en conformité avec la doctrine politique du moment. Or, après réflexion et analyse du terrain, on s'apercevait que dans nombre de départements, le suffrage universel des juges aurait écarté des républicains des tribunaux¹⁵⁰.

De plus, le débat autour de cette loi qui aurait mis en place l'élection des juges a été particulièrement riche et a tourné en faveur de Waldeck-Rousseau, s'opposant à Clémenceau (1841-1929). Waldeck-Rousseau expliquait à la tribune que l'élection des juges allait morceler le territoire en autant de circonscriptions judiciaires qu'il y aurait de collèges électoraux. Cela s'inscrivait alors en opposition avec le principe de l'unité nationale. De surcroît, il laissait miroiter le fait qu'en les élisant, les juges allaient constituer un troisième véritable pouvoir, plus fort que les deux autres¹⁵¹. C'est ainsi qu'en réveillant de vieilles peurs, le sentiment général tournait en faveur d'une exclusion de l'hypothèse du vote¹⁵².

Le système de l'élection ayant été battu en brèche, il fallait encore réfléchir à de nouvelles modalités de recrutement de la magistrature. Assez vite, la question des compétences en droit arrive comme une problématique majeure.

Dès 1876, un concours d'entrée est mis en place par le garde des Sceaux, Jules Dufaure (1798-1881)¹⁵³ ; la création de ce concours n'est pas une surprise dans un contexte politique de républicanisme qui pousse vers la méritocratie¹⁵⁴. La surprise, en

¹⁵⁰ Marie DE ROUX, « La magistrature et la III^e République », art. cit., p. 142. Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 138 : « En 1882, avec la victoire de la République, on manque, de peu, revenir au système de l'élection des juges, par fidélité aux principes de 1789 et à l'exemple des États-Unis, d'autant plus qu'on pensait que, la majorité des électeurs étant républicains, cette élection permettrait de remplacer la magistrature conservatrice par des juges eux aussi républicains ». Ces remarques nous rappellent avec force tout l'enjeu du mode de nomination des magistrats, qui, selon les cas, seront plus ou moins représentatifs de la société civile qu'ils doivent juger.

¹⁵¹ Pierre WALDECK-ROUSSEAU, « Débats parlementaires », *Journal officiel*, 26 janvier 1883, p. 139-143.

¹⁵² Jacques POUMARÈDE, « L'élection des juges en débat sous la III^e République », dans Jean-Pierre Allinne (dir.), *Itinéraire(s) d'un historien du droit*, op. cit., p. 420.

¹⁵³ *Décret du 29 mai 1876*. Pour plus de précisions sur ce point, voir Jacques POUMARÈDE, « Jules Dufaure et les premiers concours de la magistrature (1875-1878) », dans Jean-Pierre Allinne (dir.), *Itinéraire(s) d'un historien du droit*, op. cit., p. 426 et s.

¹⁵⁴ Tout en rappelant que ce n'est pas la première fois que l'idée d'un concours est avancée. Sur ce point, nous pouvons par exemple renvoyer aux propos de FOUcart, « De la nécessité d'exiger des candidats

revanche, tient dans la suppression du concours en 1879, sans réelles explications¹⁵⁵. Benoît Garnot avance l'hypothèse selon laquelle « le gouvernement républicain, désirant renouveler de fond en comble le corps judiciaire, ne voulait pas que fût réduit son pouvoir de nomination des juges »¹⁵⁶. Cette hypothèse nous semble plausible dans la mesure où, quelques années plus tard, l'inamovibilité sera suspendue pour permettre de faire un véritable tri au sein des magistrats.

Néanmoins, cette purge qui a été opérée rendait impossible de continuer plus encore dans un système qui favorisait la cooptation, comme ce qui était en place depuis le début du XIX^e siècle de manière incidente – selon une forme dérivée de vénalité des offices d'Ancien Régime. Aussi, alors que les qualifications demandées aux juges de paix vont à la hausse à partir de 1905¹⁵⁷, l'idée du concours fait de nouveau surface et se concrétise sous l'impulsion de Sarrien (1840-1915) – qui donnera son nom au fameux « décret Sarrien ». Ainsi, en 1906, le concours est-il de nouveau demandé pour devenir magistrat¹⁵⁸. Néanmoins, une nouvelle fois, le concours est supprimé peu de temps après, en 1908. Les raisons sont plurielles ; nous pouvons notamment lister le manque de candidats ou encore la volonté de ne pas perdre totalement la main sur le recrutement des juges. Cette raison est une sorte de fil rouge dans la mesure où, après les épurations des années 1880-1883, il est souhaité que des juges républicains prennent les places vacantes ; or, le concours fait jouer le mérite et non les honneurs républicains¹⁵⁹. Enfin, il est important de noter qu'à l'issue du concours, le poste attribué est celui de juge suppléant... lequel n'ouvre pas droit à rétribution financière.

Le concours est donc remplacé par un examen professionnel, octroyant lui aussi un poste de juge suppléant ; notons un changement puisqu'à partir de 1910, ce statut offre finalement une modeste compensation financière. Si l'idée d'un concours ne parvient pas à s'imposer avant 1958, il faut néanmoins relever qu'à partir de 1924, les

à la magistrature des conditions spéciales de capacité. *Projet d'un concours* », art. cit., p. 355 et s. Voir également Jean-Pierre ROYER, « Généalogie de l'École nationale de la magistrature – à propos du mode de recrutement des magistrats depuis la Révolution », art. cit., p. 65-72.

¹⁵⁵ Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 194.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ Jean-Claude FARCY, *Les Carrières des magistrats (XIX^e-XX^e siècles). Annuaire rétrospectif de la magistrature*, Paris, Missions de recherche Droit et Justice, 2009, p. 57.

¹⁵⁸ Catherine FILLON, Marc BONINCHI et Arnaud LECOMPTE, *Devenir juge. Modes de recrutement et crises des vocations de 1830 à nos jours*, op. cit., p. 63 et s. ; Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 195.

¹⁵⁹ Catherine FILLON, Marc BONINCHI et Arnaud LECOMPTE, *Devenir juge. Modes de recrutement et crises des vocations de 1830 à nos jours*, op. cit., p. 63-67 ; Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 195.

candidats ne sont plus classés par ordre alphabétique, mais par ordre de mérite, ce qui tend à rapprocher cet examen professionnel du concours¹⁶⁰. Relevons également que, du fait d'un manque de personnes s'inscrivant au concours, les jurys admettaient les candidats assez largement¹⁶¹. Le niveau juridique pour participer à cet examen mué en demi-concours n'était pas très élevé et la réussite à l'examen n'était pas suivie d'une formation organisée comme cela pourra être le cas plus tard dans le courant du XX^e siècle¹⁶².

L'idée d'un véritable concours et d'une école de formation dédiée n'est jamais oubliée, mais manque de concrétisation pratique. Précisons que ce débat n'est que très rarement ouvert ; il faut attendre les années 1930 pour qu'il gagne en intensité, avant d'exister véritablement lors de la Libération de 1945, au moment même où l'on créait l'École nationale d'administration¹⁶³.

L'ensemble de ces éléments est important pour l'étude de l'intention car, au même titre que les épurations avaient pour but de congédier les magistrats qui s'étaient corrompus dans les régimes précédents – à savoir, ceux qui avaient de fortes accointances avec les systèmes non républicains –, pour n'avoir que des républicains ou presque, les différents modes d'accession à la magistrature sont également des moyens d'opérer un tri. Or, puisque l'intention n'a pas de définition ou de présence véritable dans les textes, nous avons postulé que c'étaient les magistrats qui lui donnaient corps. De fait, si une majorité de magistrats sont favorables au catholicisme, ils verront l'élément moral d'une certaine manière, vraisemblablement comme un élément obligatoire des infractions. En revanche, si les magistrats sont désormais tous favorables au régime républicain, et s'ils sont moins conservateurs, leur raisonnement sur cette notion sans cadre sera potentiellement différent.

De manière générale, comprendre qui sont les magistrats est un élément essentiel de notre travail. L'intention, en tant que notion indéterminée, est une coquille

¹⁶⁰ Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 195.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 195-196.

¹⁶² Sur ce dernier point, voir notamment Frédéric CHAUVAUD, Jacques-Guy PETIT et Jean-Jacques YVOREL, *Histoire de la justice de la Révolution à nos jours*, Rennes, PUR, 2007, p. 91 et s.

¹⁶³ Anne BOIGEOL, « L'histoire d'une revendication, l'École de la magistrature (1945-1958) », *Cahiers du Centre de recherche interdisciplinaire de Vaucresson*, 7 (1989), p. 9-80 ; Jean-Pierre ROYER, « Généalogie de l'École nationale de la magistrature – à propos du mode de recrutement des magistrats depuis la Révolution », art. cit., p. 65-72 ; Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 196.

vide. Cette coquille est ensuite remplie, soit par la doctrine de manière théorique, ou par les magistrats de manière plus pratique. Pour notre part, nous soumettons l'hypothèse selon laquelle, en l'absence de textes certains pour circonscrire leur action concernant l'intentionnalité, ce sera l'*habitus* bourdieusien qui viendra remplir ces vides. Dans cette même voie, il n'est pas étonnant que les théoriciens aujourd'hui posent des idées comme celle dite du « petit déjeuner », pour essayer de comprendre l'aléa judiciaire. Pour nous, l'aléa est toujours présent dans les procès, puisqu'il existe sous les traits de l'intention.

En l'espèce, nous pouvons relever que les magistrats sont de moins en moins des notables, que c'est un corps de métier qui tend à devenir de plus en plus républicain. La magistrature est toujours éminemment masculine¹⁶⁴. Il y a un déclin du catholicisme qui se fait en faveur de la franc-maçonnerie essentiellement¹⁶⁵. En outre, le juge doit être une personne qui sait s'écarter du *commun des mortels*¹⁶⁶. À ce titre, il convient de le sélectionner en respectant des critères stricts, qui répondent aux besoins sociaux du moment. Seulement, comme nous venons de le voir, ces critères sont ceux décidés par le pouvoir, qui peut donc décider de faire prévaloir un certain type de juge par rapport à d'autres possibles – des républicains et non des monarchistes par exemple.

Nous perdons donc en partialité, ne serait-ce que dans la provenance de ces derniers¹⁶⁷. Par ailleurs, afin de combler le déficit de personnes qui se présentent aux examens pour devenir magistrats, la Chancellerie opère une véritable propagande à destination de la jeunesse pour attirer de nouvelles recrues¹⁶⁸. La sélection n'est pas très opérante et des personnes avec un niveau catastrophique en droit se trouvent

¹⁶⁴ Catherine FILLON, Marc BONINCHI et Arnaud LECOMPTE, *Devenir juge. Mode de recrutement et crise des vocations de 1830 à nos jours*, op. cit., p. 152 ; Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 220-224.

¹⁶⁵ Sur ce point, voir Jean-Louis DEBRÉ, *La Justice au XIX^e siècle, Les magistrats*, op. cit., p. 117 et p. 130 et s. ; il est également à relever qu'un certain nombre de magistrats préfèrent démissionner plutôt que de prendre cause contre Dieu. Sur ce dernier point, voir Jean-Pierre ROYER, Renée MARTINAGE et Pierre LÉCOQ, *Juges et notables au XIX^e siècle*, op. cit., p. 384 et s.

¹⁶⁶ Expression tirée de l'ouvrage de Catherine FILLON, Marc BONINCHI et Arnaud LECOMPTE, *Devenir juge. Mode de recrutement et crise des vocations de 1830 à nos jours*, op. cit., p. 3. Voir également la citation de Portalis à la même page de cet ouvrage : les juges doivent avoir des qualités telles que « [...] l'instruction ou les lumières, l'intégrité, l'indépendance, et la dignité ou les mœurs ». Précision est faite que cette image est relative stable et perdure encore aujourd'hui.

¹⁶⁷ En appuyant sur le fait que jusqu'en 1908, les compétences juridiques requises étaient minimes, ce qui permettait au pouvoir de nommer qui il souhaitait. Sur ce point, voir notamment Catherine FILLON, Marc BONINCHI et Arnaud LECOMPTE, *Devenir juge. Mode de recrutement et crise des vocations de 1830 à nos jours*, op. cit., p. 6.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 143 et s.

employées, mais, plus loin, certains ne savent tout bonnement pas offrir de bons et valables raisonnements juridiques, ce qui est dénoncé par plusieurs membres de la doctrine¹⁶⁹. Georges Hue affirmera ainsi que, malgré les réformes de 1908 et 1910, « Il demeure donc démontré que le recrutement de la Magistrature est imparfaitement assuré »¹⁷⁰. Nous posons donc l'hypothèse selon laquelle la continuation de l'intention n'en sera que plus aléatoire.

Ainsi, après un flottement sur la potentielle élection des magistrats, ces derniers se trouvent confrontés à un examen qui, au fil du temps, se mue en ersatz de concours par le truchement d'un classement qui n'est plus opéré selon l'ordre alphabétique, mais le mérite des candidats. Il reste que le faible nombre de prétendants pousse les jurys à accepter la majorité des candidatures : « La plupart des candidats sont reconnus aptes : 4 sur 5. Encore, le dernier cinquième est plus ou moins totalement admis aux sessions suivantes »¹⁷¹. Dès lors, la sociologie du corps s'en trouve modifiée, et nous postulons que l'intention sera donc appréhendée différemment, puisque ce ne sont plus les mêmes valeurs qui sont défendues par ces nouvelles générations de juges plus proches des couches populaires ; bien qu'il s'agisse encore de la petite ou moyenne bourgeoisie, il reste que ce ne sont plus de grands notables formant une dynastie dans la magistrature.

¹⁶⁹ Voir Catherine FILLON, Marc BONINCHI et Arnaud LECOMPTE, *Devenir juge. Mode de recrutement et crise des vocations de 1830 à nos jours*, op. cit., p. 96 et s. citant notamment le *Discours de rentrée de l'Université de Lyon* de 1945 prononcé par René Garraud.

¹⁷⁰ Georges HUE, « Du recrutement de la magistrature », *Bulletin de l'Association amicale de la magistrature*, 1 (1911), p. 174.

¹⁷¹ *Ibid.*

Conclusion du chapitre

En conclusion, il apparaît effectivement que l'ensemble du système qui faisait la part belle à l'intention se trouve mis en crise dans notre période d'étude, et particulièrement au tournant du XIX^e siècle. La crise est multifactorielle, mais peut se démontrer et se comprendre en regardant quelques-uns des éléments principaux qui lui donnent corps.

Il faut relever une construction du champ lexical de l'intention, sous l'impulsion des doctrines internationalistes, qui cherchent à résoudre les questions autour des choix de lois applicables dans les conventions qui mêlent plusieurs parties de pays différents. Tout en construisant et en consolidant la théorie de l'autonomie de la volonté, qui n'est donc que d'apparition tardive, ils s'emploient bien souvent à la critiquer et à en amoindrir la portée. Ce travail de construction-déconstruction sera également transposé en droit interne et portera lui aussi quelques attaques contre cette notion.

Le contexte n'y est pas étranger : nous sommes dans une période de contestation du libéralisme et de l'individualisme, qui nous pousse vers plus de solidarisme voire, pour les plus extrêmes, vers plus de socialisme. Dès lors, le droit commence à être appréhendé comme un fait social par certains auteurs en doctrine, ce qui pousse également à voir les relations contractuelles comme d'autres faits sociaux. C'est en observant concrètement les relations, dans des études qui se parent de l'empirisme, qu'est par exemple développée une analyse assez fine sur le contrat d'adhésion, qui vient remettre en cause certains des grands canons du fonctionnement du droit privé.

Il n'est donc pas étonnant, dans un moment de pareille remise en cause du système, que la critique ne se cantonne pas au droit civil et parvienne jusqu'au droit pénal. De surcroît, elle est aidée par un contexte de lutte acharnée contre la récidive qui gangrène la toute jeune III^e République. Les déterministes italiens, puis français, développent des théories explicatives du passage à l'acte criminel, en recherchant des

causes, qu'elles soient endogènes ou exogènes. Si plusieurs théories s'opposent, il reste qu'elles se rejoignent en mettant en lumière la nécessité de ne plus tant regarder l'action criminelle que le délinquant lui-même. Dès lors, une forme de catégorisation des délinquants est faite, allant du plus léger jusqu'au criminel-né, pour qui plus rien n'est possible. Un autre point commun dans ces théories tient dans la négation du libre arbitre ; il n'est plus concevable de faire continuer la théorie de la responsabilité individuelle fondée sur une faute personnelle alors même que sont mis au jour des facteurs qui agissent comme des contraintes sur les délinquants. L'intention se trouve donc mise en difficulté.

Au même moment, les magistrats, chevilles ouvrières de la construction pratique et concrète de l'intention, subissent eux aussi une crise institutionnelle. Non seulement ils endurent une phase « d'élimination », qui a pour but d'écarter du métier ceux qui se sont corrompus dans les régimes précédents, mais encore, ils sont fragilisés par les nouveaux modes de recrutement qui sont mis en place. Il en est fini de laisser perdurer des dynasties de juges qui se donnent la fonction de père en fils ; le mérite entre désormais en ligne de compte pour accéder au poste. Si la question de l'élection des magistrats est revenue quelques fois, elle a vite été écartée, le gouvernement préférant conserver la mainmise sur la nomination des juges. Alors qu'un examen est institué en 1908, lequel prendra peu à peu les atours d'un concours, une crise dans le recrutement de nouvelles recrues apparaît ; le taux de réussite est donc très élevé, ce qui permet de renouveler une bonne partie du corps des magistrats. La composition sociale de ce métier est alors changeante, et nous posons l'hypothèse selon laquelle les perceptions de l'intentionnalité seront donc, elles aussi, modifiées en conséquence.

De tout cela, nous pouvons dire que l'ensemble du système intentionnel est mis en crise. Nous pourrions croire l'inverse en observant que nombre des vocables qui composent le champ de l'intention sont créés ou mobilisés à cette période, ce qui n'était pas le cas auparavant. Ce serait ignorer que ces mobilisations et constructions sont faites dans le seul but de critiquer et déconstruire le système tel que mis en place, fondé sur l'intention criminelle. Il y a donc une remise en cause doctrinale, mais, plus loin, une refonte de l'intention par l'apparition de nouveaux magistrats qui ne font plus partie du *sérail*, comme cela pouvait être le cas dans la période précédente. L'intention est contestée en doctrine, et certainement renouvelée en pratique : c'est donc tout le

système intentionnel qui est chamboulé. Néanmoins, il semblerait que la notion soit assez forte pour traverser des turbulences sans jamais disparaître.

Chapitre 6. L'intention invariablement victorieuse

Certainement trop radicales dans ce qu'elles proposent, les théories déterministes des positivistes seront marginalisées et finiront même par faire figure de repoussoir. Néanmoins, leurs apports, eux, demeurent réels et intègrent pour certains notre système pénal. Proposer une science criminelle qui s'intéresse enfin aux criminels et non pas simplement aux crimes est une tendance qui marque encore aujourd'hui la construction de notre responsabilité et, de manière presque paradoxale, montre un mouvement qui tendait vers l'objectivation de la responsabilité et permet, en fin de course, de sursubjectiver l'ensemble.

C'est notamment cette contestation de certaines branches de la criminologie qui permet à de grands auteurs comme Saleilles ou Garraud de sortir du lot des privatistes, pour devenir de véritables penseurs du droit pénal et, même, de la science pénale. Cette science doit donc être distinguée de ses concurrentes, car elle a des fondements et des objectifs différents. Dans ce mouvement de spécialisation et de disciplinarisation du droit pénal, l'intention se trouve renforcée par des auteurs qui campent sur d'anciennes positions qui seraient bien plus proches de l'éclectisme que du positivisme en réaction, justement, aux théories déterministes. En somme, c'est en cherchant à affirmer l'indépendance théorique et pratique du droit pénal que l'intention se trouve incidemment renforcée (**Section I**).

Au même moment, nous verrons que se développent les sciences connexes à l'intention, celles qui ont pour but affiché de comprendre le fonctionnement humain dans toute sa complexité. C'est notamment le cas de la psychiatrie et de la psychologie, deux sciences de la psyché qui peuvent être mobilisées pour essayer de mieux cerner le moment du passage à l'acte et ses motivations profondes. C'est donc tout un pan de la recherche scientifique qui se penche sur l'intentionnalité et qui lui donne une réalité tangible, en en faisant un objet d'étude autonome. Nulle question ici de renier l'intention ou l'individualité subjective ; il est certain pour ces auteurs que les actions trouvent des explications dans les ressorts de la pensée, du conscient ou de l'inconscient (**Section II**).

Ce flot de nouvelles disciplines, qu'il s'agisse de la psychanalyse, de la psychiatrie, de la psychologie, de la graphologie, de l'anthropométrie, etc. provoque une montée en puissance des expertises dans les tribunaux. Alors que ces dernières restent subordonnées au bon vouloir des magistrats jusqu'en 1959, il convient de noter qu'elles sont systématiquement demandées dans les affaires criminelles, et qu'elles sont même plébiscitées par une partie de la doctrine et des magistrats eux-mêmes. Selon nous, il s'agit alors de chercher à objectiver le réel en procédant à des analyses scientifiques rigoureuses. Par les expertises, peut-être cherchons-nous à limiter l'aléa judiciaire en confortant la décision par le truchement d'une vérité scientifique (Section III).

Section I. Une disciplinarisation du droit pénal propice à la responsabilité subjective

Longtemps confondu sous l'appellation « droit privé », avec une domination du droit civil et du droit romain, le droit pénal ne fait l'objet de toutes les attentions qu'à la fin du XIX^e siècle¹⁷². En effet, il faut attendre la réforme de l'agrégation pour que son sort intéresse. En parallèle, il est certain que les percées criminologiques ne sont pas sans lien avec la reconnaissance d'une science pénale particulière. Le droit criminel n'est donc pas une simple extension du droit civil et n'est pas non plus, uniquement, le droit sanctionnateur des autres branches. C'est un objet en lui-même.

Ces réflexions sur la place du droit criminel permettent la mise en place d'une science pénale spécifique, qui a son propre raisonnement, son propre champ d'études. Bien qu'intimement liée au droit civil, la science pénale sait désormais s'en détacher si besoin, ce qui contribue à la formation d'une discipline autonome (§ 1).

Cette lutte pour l'autonomie se fait avec et contre les déterminismes. La mise en crise apportée par les positivistes français et italiens force la doctrine pénale à se mettre en rang pour coordonner une réponse forte. Tout l'enjeu était alors de ne pas se laisser absorber par l'appellation « sciences criminelles », dans laquelle le droit pénal aurait été une composante parmi d'autres. Cette défense se fait en soulignant quelques éléments clefs qui peuvent distinguer le droit de la criminologie, comme l'intention fondée sur la croyance dans le libre arbitre. Dès lors, nous posons l'hypothèse selon laquelle la victoire du libre arbitre sur les déterminismes permet de consolider la spécificité du droit pénal comme branche autonome des savoirs juridiques (§ 2).

Chemin faisant, la discipline pénale, tout en se spécialisant, rabat vers elle les données qui peuvent l'intéresser et la nourrir. Le champ disciplinaire est donc plus large que le droit pénal entendu *stricto sensu*, pour y intégrer quelques éléments qui nous parviennent des études criminologiques. Seulement, le droit criminel absorbe ces éléments pour les faire siens ; ce n'est donc pas une œuvre d'adaptation, mais de

¹⁷² Il convient, cependant, de distinguer la disciplinarisation institutionnelle qui intervient à la fin du XIX^e siècle en France, de la création d'une discipline pénale propre qui, elle, est plus ancienne. En effet, avant même la Révolution française de 1789, nous trouvons des traités de droit pénal et des auteurs qui se spécialisent en droit pénal, à l'image de Jousse (Daniel JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, *op. cit.*). Pour un exemple plus ancien, et sortant du cadre strictement français, nous pouvons également renvoyer à l'œuvre de Damhoudere : Jossse DE DAMHOUDER, *La pratique et enchiridion des causes criminelle*, Louvain, Bathen, 1555. Certes, ces deux derniers auteurs commencent leur carrière en se spécialisant en droit civil, mais ils publient des œuvres de droit pénal.

transformation, pour faire coïncider les apports criminologiques avec la responsabilité subjective fondée sur la faute morale personnelle. En mêlant le droit avec quelques-uns des apports de la criminologie, le droit pénal devient bien un objet autonome dans les différentes branches du droit, et contribue à son perfectionnement (§ 3).

§ 1. La percée d'une science pénale spécifique

Le droit pénal est particulier en ce qu'il permet d'ordonner les sanctions les plus dures qu'il soit, allant même jusqu'à la prononciation de la peine de mort. Il est spécifique également, en ce qu'il offre des peines qui viennent garantir le respect des autres branches du droit, comme le droit commercial par exemple. Enfin, il est encore singulier en ce qu'il permet la garantie de l'ordre public.

De fait, il peut être appréhendé comme faisant partie du droit privé, parce que les tribunaux qui le concernent – tribunal de police, tribunal correctionnel, cours d'assises – sont situés dans le siège des juridictions civiles. Il peut également être vu comme faisant partie du droit public, parce qu'il permet de garantir l'ordre public qui est une composante publiciste. Également, il convient de rappeler que le droit pénal défend l'État et non les intérêts particuliers, puisque ces derniers se trouvent réparés par les audiences civiles pendantes.

Il y aurait donc de la matière à ce que nous puissions considérer le droit criminel comme un droit faisant partie du droit civil ou du droit public. Néanmoins, ce serait nier certaines de ses spécificités qui en font un domaine autonome. Alors que l'enseignement du droit pénal est largement subordonné au droit civil, des pans annexes se développent et donnent vie à une forme autonomisée du droit pénal à la toute fin du XIX^e siècle (A).

Dans un même mouvement, cette forme de séparation qui peut exister entre le droit civil et le droit criminel peut être observée avec le droit public. Cette limite est d'autant plus facile à admettre que le droit pénal a été accolé au droit civil de longue date¹⁷³. Il est donc plus facile, au sein de nos frontières nationales, de considérer que le

¹⁷³ L'agrégation telle que mise en place par la réforme de 1855 prévoyait une étude conjointe du droit civil et du droit criminel. Sur ce dernier point, voir Hippolyte FORTOUL, « Circulaire relative au statut

droit pénal est un droit privé, quand d'autres États font le choix de l'accoler au droit public (B).

A. L'autonomisation face au droit civil

Traditionnellement, en France, le droit criminel a été confondu dans la branche du droit privé. Il semble difficile d'en connaître la cause tant elle paraît absconse. Néanmoins, ce que nous pouvons relever avec succès tient dans l'enseignement qui a toujours été rattaché au droit privé, avec des professeurs d'abord formés au droit civil, avant éventuellement de s'atteler au droit criminel.

De surcroît, les cours de droit criminel n'occupaient qu'une place secondaire, comme nous en informe Charles Lyon-Caen (1843-1935) :

Au début du siècle et même jusqu'en ces dernières années, l'enseignement des Facultés portait presque exclusivement sur le droit civil français et sur le droit romain. Les autres matières ou n'étaient pas enseignées, ou ne l'étaient que dans les limites les plus étroites. **Ainsi, un seul semestre était donné au droit criminel**, on ne voyait, sauf pour quelques Facultés privilégiées, figurer dans les programmes des cours, ni l'histoire du droit, ni le droit constitutionnel, ni le droit international, ni l'économie politique¹⁷⁴ [nous soulignons].

Dès lors, il apparaît que, même en disposant de son propre Code dès 1810, le droit pénal demeure rattaché au droit civil. L'historiographie est relativement muette sur la question de l'histoire de l'enseignement du droit criminel et la constitution du droit pénal comme une science autonome¹⁷⁵. Nous posons l'hypothèse selon laquelle le droit pénal était considéré comme une branche du droit privé, parce qu'il partageait, et partage toujours, les mêmes juridictions que ce dernier, comme le rappelle Esmein (1848-1913) :

du 20 décembre 1855 sur l'agrégation des facultés », *Bulletin administratif de l'instruction publique*, 1856, p. 31.

¹⁷⁴ Charles LYON-CAEN, « La réforme de l'agrégation des facultés de droit », *Revue internationale de l'enseignement*, 21 (1891), p. 117

¹⁷⁵ Tout au plus pouvons-nous souligner qu'une thèse de doctorat est en préparation sur ce sujet : Marine VETTER, *Le droit pénal constitué en discipline sous la III^e République. Entre recherche d'une véritable identité au sein du champ juridique et revendication d'autonomie scientifique face aux sciences sociales*, thèse dactyl., droit, Bordeaux, à paraître.

Mais, d'autre part, le droit criminel est appliqué par les tribunaux judiciaires comme le droit civil ; il est interprété par les mêmes juristes dans la pratique et par les mêmes méthodes. Enfin, bien que nous rompions avec le passé, nous ne pouvons oublier que, dans nos concours jusqu'en 1891, le droit criminel est resté constamment marié au droit civil ; c'est cette union traditionnelle que nous proposons de maintenir. En mettant ainsi le droit criminel dans la section de droit privé, nous y introduisons d'ailleurs un élément philosophique dont on ne saurait méconnaître l'importance ou la valeur¹⁷⁶.

Esmein va encore plus loin en affirmant que ce sont les mêmes juristes qui s'occupent du droit civil et du droit pénal, avec des méthodes qui sont similaires. C'est pour cela qu'il est en faveur de la continuité de cette union entre le droit civil et le droit pénal.

Néanmoins, plusieurs éléments semblent oubliés par Esmein lorsqu'il écrit en 1891. Certes, l'agrégation ne fait pas de distinction entre le droit privé et le droit pénal, qui dépendent de la même section ; cependant, les transformations de la pensée sur le crime, qui se font dans le même moment, peuvent interroger sur la place du droit criminel comme élément autonome du droit civil.

Alors que la crise de l'autonomie de la volonté amène à réfléchir à de nouveaux concepts, comme le contrat d'adhésion, la volonté contractuelle ne sera jamais sérieusement remise en cause. Elle est restée, comme c'est le cas aujourd'hui, l'élément fondamental de l'engagement¹⁷⁷. Il n'y a pas eu la même violence des arguments au civil, que ce qu'a pu connaître le droit pénal concernant le libre arbitre. Plus loin encore, ces critiques concertées sont le fruit d'une science qui s'établit, la science criminelle, laquelle semble comporter en son sein le droit pénal.

De fait, le droit criminel paraît s'émanciper du droit civil sur ce point, en ce qu'il fait l'objet de réflexions apportées par tout un panel de penseurs qui ne sont pas

¹⁷⁶ Adhémar ESMEIN, « La réorganisation de l'agrégation des facultés de droit », art. cit., p. 248.

¹⁷⁷ Christophe LACHÈZE, *Droit des contrats*, 5^e éd., Paris, Ellipses, 2020, p. 30 et s. ; ou encore Amandine CAYOL, *Le droit des contrats en tableaux*, 2^e éd., Paris, Ellipses, 2021, p. 34 et s.

civilistes initialement, mais sont des médecins¹⁷⁸, des sociologues¹⁷⁹ ou des anthropologues¹⁸⁰. Est donc révolu le temps sous lequel les avancées du droit pénal ne se réalisaient que sous l'impulsion de penseurs d'abord civilistes, avant d'être pénalistes. En cela, nous percevons une once d'autonomisation de la discipline pénale face au reste du droit privé, et plus particulièrement du droit civil.

Il en découle que certains grands noms de la doctrine juridique se retrouvent beaucoup plus souvent mobilisés pour leurs travaux en droit pénal qu'en droit civil, même s'ils continuent parfois d'exercer les deux. Nous pensons tout particulièrement à René Garraud, par exemple, ou encore à Gabriel Tarde qui n'était pas issu du sérail universitaire, puisque magistrat.

De surcroît, il n'est pas étonnant qu'une doctrine particulière se développe puisque le droit criminel a beau partager les juridictions de droit civil comme le rappelle Esmein, la méthode de travail des juges ne peut être identique. Alors qu'en droit civil, le juge qui refuserait de statuer serait attaqué pour un déni de justice au sens de l'article 4 du *Code civil*, le juge, au pénal, ne peut faire acte de création. En effet, devant une situation nouvelle, le juge civil devra s'adapter et trancher, quoiqu'il en coûte. Au pénal, devant une situation nouvelle qui n'est pas prise en considération par les textes, il ne pourra faire de raisonnement par analogie ou par extension, puisqu'il est contraint, en principe, par une interprétation stricte, qui confine au rigorisme.

En effet, l'article 4 du *Code civil* prescrit que : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». Une disposition similaire ne pourrait pas exister en droit pénal, ou du moins, pas officiellement. Sans avoir le même pouvoir

¹⁷⁸ Comme c'est le cas de Lacassagne, dont les études visent des points spécifiques de médecine légale. Voir notamment Alexandre LACASSAGNE, *Des réquisitions de médecins et pharmaciens militaires par l'autorité judiciaire, Droits et devoirs des experts*, Paris, Baillièrre, 1881 ; Alexandre LACASSAGNE, *Les établissements insalubres de l'arrondissement de Lyon : comptes-rendus des travaux du Conseil d'hygiène publique et de salubrité du département du Rhône*, Lyon, Storck, 1891 ; Alexandre LACASSAGNE et Paul DOUBRE, *Rapports de la taille debout et de la taille assis, de la taille debout et de la grande envergure*, Lyon, Pitrat, 1884.

¹⁷⁹ Enrico FERRI, *Sociologia criminale*, 3^e éd., *op. cit.* ; Gabriel TARDE, *La logique sociale*, 2^e éd., Paris, Alcan, 1898 ; Gabriel TARDE, *Essais et mélanges sociologiques*, Lyon, Storck, 1900 ; Gabriel TARDE, *Les transformations du droit : étude sociologique*, 5^e éd., Paris, Alcan, 1906.

¹⁸⁰ Cesare LOMBROSO, *L'uomo delinquente, Studiato in rapporto alla antropologia, alla medicina legale e dalle discipline carcerarie*, *op. cit.* ; Xavier FRANCOITTE, *L'anthropologie criminelle*, Paris, Baillièrre, 1891 ; Émile LAURENT, *L'anthropologie criminelle et les nouvelles théories du crime*, Paris, Société d'éditions scientifiques, 1891 ; Léonce MANOUVRIER, *L'anthropologie et le droit*, Paris, Giard, 1894.

qu'un juge civil, nos propos précédents sur la motivation et l'intention démontrent que les juges au pénal conservent une marge de manœuvre confortable. Outre ces éléments, il est même des magistrats qui mettent en œuvre une action d'extension de la loi pénale, comme le soulève Hélie (1799-1860) pour la période précédente à laquelle nous consacrons ici notre analyse :

En examinant les arrêts qui ont été rendus en matière criminelle dans le cours de l'année 1853, on est surpris du nombre des causes qui ont pour objet l'application du principe de l'interprétation de la loi pénale. Il est évident que ce principe n'a pas le même sens, ne se formule pas dans les mêmes termes devant toutes les juridictions ; la jurisprudence est divisée sur ce point ; deux doctrines opposées sont en présence : l'une, qui prétend renfermer la loi pénale strictement dans ses textes, l'autre qui veut les étendre ou les suppléer par voie d'interprétation¹⁸¹.

Il apparaît donc que, déjà en 1853, avant même que l'école de la libre recherche scientifique ne fasse parler d'elle pour guider les magistrats sur les chemins de la création¹⁸², certains juges se permettaient d'avoir une jurisprudence créatrice, y compris en droit pénal. C'est par exemple le cas, lorsqu'elle considère qu'un bateau peut être un lieu d'habitation au sens de l'article 390 du *Code pénal*, lequel vise les maisons habitées pour définir le cadre du vol¹⁸³.

Néanmoins, dans d'autres hypothèses, comme pour la filouterie d'aliments, les magistrats ne pouvaient faire d'interprétation extensive et il fut nécessaire qu'une réforme législative intervienne. Dans les faits, la filouterie consiste à consommer des produits dans un restaurant, par exemple, tout en sachant que l'on ne dispose pas de l'argent nécessaire pour régler la note. On ne peut se placer sur le terrain du vol puisqu'il n'y a pas de soustraction : les mets sont donnés par un serveur. L'abus de confiance ne peut lui non plus entrer en jeu : les aliments servent le but de leur remise puisqu'ils sont dévorés. Les magistrats étaient alors désemparés face à ces hypothèses, jusqu'à la loi du 26 juillet 1873, modifiée par la loi du 28 janvier 1937¹⁸⁴. Une telle situation, au civil, n'existerait pas.

¹⁸¹ Faustin HÉLIE, « De l'interprétation de la loi pénale », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 4 (1854), p. 97.

¹⁸² Gérard TIMSIT, *Les noms de la loi*, Paris, PUF, 1991, p. 15 ; Jean-Louis HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 182 ; Benoît FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 494.

¹⁸³ Faustin HÉLIE, « De l'interprétation de la loi pénale », art. cit., p. 105.

¹⁸⁴ Sur ce point, voir Georges LEVASSEUR, *Cours de droit pénal spécial*, Paris, Cours de droit, 1967, p. 358.

Émile Garçon (1851-1922) résume très bien cela en déclarant dans un cours que :

Ce qui n'est pas légitime, c'est punir un acte que les lois ne punissent pas sous prétexte « qu'il n'est pas possible de le laisser sans répression, que le législateur n'a pas pu le laisser impuni », « que l'intérêt social exige que le prévenu soit condamné ». En présence d'une lacune de la loi pénale, les juges n'ont qu'un seul devoir : refuser de créer une incrimination nouvelle par voie d'interprétation ou d'analogie et ne prononcer aucune peine. Le mal social de l'impunité accordée à quelques coupables est beaucoup moindre que celui auquel peut conduire l'oubli des règles fondamentales qui protègent la liberté des citoyens¹⁸⁵.

Ainsi, malgré quelques rapprochements du fait de juges qui s'émancipent un peu du principe d'interprétation stricte, il y a ici une ligne de rupture entre les méthodes du droit civil et celles du droit pénal.

Par conséquent, du fait de l'attaque déterministe qui a forcé à une réponse puissante de la doctrine pénale faisant émerger quelque grands noms pénalistes, mais encore parce qu'il existe une méthode propre au droit pénal pour l'analyse et l'exécution des textes, nous postulons que la science pénale devient peu à peu autonome du droit civil. L'ensemble est porté par les sciences criminelles qui viennent chahuter l'organisation en place à la fin du XIX^e siècle. Ainsi, malgré une agrégation qui continue de mêler droit civil et droit pénal, il nous semble que le droit criminel tend vers son autonomisation dans la dernière partie du XIX^e siècle et le début du XX^e siècle. La rupture avec le droit public est plus simple à analyser, ce que nous allons désormais nous atteler à démontrer.

B. L'autonomisation face au droit public

Le droit pénal est souvent fondu dans le droit civil au XIX^e siècle. Cela s'explique en partie parce que le concours de l'agrégation assemble les deux disciplines, comme nous l'explique Fortoul (1811-1856) :

¹⁸⁵ Émile GARÇON, *Les méthodes juridiques*, Paris, Giard, 1911, p. 204.

Le nouveau statut a soigneusement tenu compte de cette nécessité. Ainsi, dans l'ordre du droit, les candidats s'appliqueront de préférence soit au droit romain, soit au droit civil et criminel, soit au droit administratif et commercial¹⁸⁶.

Pour autant, et initialement, lorsqu'il fallut réfléchir au positionnement du droit pénal avec le droit privé ou le droit public, Esmein faisait montre d'une certaine hésitation, puisqu'il déclarait que :

Restait pourtant une difficulté : à laquelle des deux sections convient-il d'attribuer le droit criminel ?

Logiquement, scientifiquement, il appartient au droit public, car dans sa conception moderne tout délit est une atteinte à l'ordre public, une attaque contre l'État. En outre, le droit pénal contient les théories pénitentiaires qui n'ont aucun rapport avec le droit privé, et la procédure criminelle, en tant qu'elle organise la garantie de la liberté individuelle et règle l'institution du jury, rentre incontestablement dans le droit public¹⁸⁷.

Pourtant, le droit criminel basculera dans le domaine du droit privé, « pour une raison qui échappe à toute rigueur scientifique »¹⁸⁸. Maud Baldovini nous explique notamment qu'existe une distinction entre les enseignements qui ont une visée pratique, et ceux qui demeurent plus abstraits, plus théoriques. La réflexion pour positionner le droit pénal se mélange dans ces éléments, et on vient décider du sort de la discipline suivant son application concrète. Ainsi, bien que des études d'histoire et de philosophie viennent toucher le droit pénal, et que certains auteurs ont commencé à l'autonomiser, dont Ortolan¹⁸⁹ dès la moitié du XIX^e siècle, il appartiendra à la branche privatiste. Par conséquent,

On aura compris que la raison qui préside à l'inscription du droit pénal dans le programme des études de droit est qu'il n'est pas envisageable de priver les futurs avocats et les candidats à la magistrature d'une telle formation. Le droit pénal est donc d'emblée considéré comme faisant corps avec le monde judiciaire et partant, avec ceux qui ont eu la charge d'en former les protagonistes. Cette affinité qui vient au principe de l'inscription du droit pénal au programme des études de droit, sera en l'occurrence

¹⁸⁶ Hippolyte FORTOUL, « Circulaire relative au statut du 20 décembre 1855 sur l'agrégation des facultés », art. cit., p. 31.

¹⁸⁷ Adhémar ESMEIN, « La réorganisation de l'agrégation des facultés de droit », art. cit., p. 248.

¹⁸⁸ Maud BALDOVINI, « La classification du droit pénal et la configuration concurrentielle de la faculté de droit à la fin du XIX^e siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 32 (2012), p. 155.

¹⁸⁹ Joseph-Louis-Elzéar ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, 3^e éd., tome 1, op. cit., p. 69.

déterminante de son statut. Le discours de justification de la classification du droit pénal en droit privé repose précisément sur la connivence existante entre le droit pénal et le monde judiciaire, laquelle exclut *de facto* que les publicistes aient à en connaître, fussent-ils pourtant scientifiquement fondés à en connaître¹⁹⁰.

De fait, en France, parce que l'on considère que le droit pénal est un droit qui appartient à la pratique, il était étudié et professé dans les Écoles de droit de l'Empire, comme l'était le droit civil. Il subit donc, comme le droit civil, une approche exégétique du texte, à la différence d'un droit public qui peinera à s'imposer dans le paysage universitaire¹⁹¹.

Pourtant, cette attribution au droit privé n'est pas commune, et d'autres États considèrent le droit pénal comme une branche du droit public ; c'est notamment le cas au Canada. Au rang des motifs qui peuvent faire en sorte que le droit pénal soit catégorisé comme un droit public, nous retrouvons ceux qui ont été formulés par Esmein, et cités au début de cette sous-partie.

L'argument le plus important, selon nous, tient en ce que le droit criminel a été soustrait de la justice privée des parties pour être étatisé. En effet, nous nous souvenons que c'est à l'issue d'une lente progression et de changements dans le temps, que la justice pénale ne s'est plus fondée sur la vengeance privée et a été mise entre les mains d'un pouvoir plus fort que celui des parties en présence. D'une justice privée, nous sommes donc passés à une justice publique¹⁹².

Un autre point de rupture pourrait être trouvé, découlant de la logique : le fait de bénéficier d'un Code. Si la lecture du Code pénal était celle de l'exégèse de ses articles, c'est bien parce qu'il y avait une matière première à examiner. Le droit public, lui, doit se contenter de Constitutions changeantes voire, de lois éparses. Il n'est pas innocent de relever que l'ensemble du droit privé a bénéficié de Codes spécifiques au début du XIX^e siècle, sans pareil en droit public. Il nous semble donc que le droit pénal est distinct du droit public parce qu'il dispose d'une assise légale forte.

¹⁹⁰ Maud BALDOVINI, « La classification du droit pénal et la configuration concurrentielle de la faculté de droit à la fin du XIX^e siècle », art. cit., p. 166.

¹⁹¹ Sur ce point, voir notamment Christophe JAMIN et Fabrice MELLERAY, *Droit civil et droit administratif. Dialogue(s) sur un modèle doctrinal*, Paris, Dalloz, 2018, p. 2 et s.

¹⁹² Pour une référence générale retraçant l'histoire du droit pénal, voir notamment Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., 2014.

Dès lors, même si la séparation du droit pénal avec le droit public relève d'une étrangeté, il reste que plusieurs éléments viennent militer en faveur de cette émancipation. Néanmoins, contrairement à l'éloignement progressif avec le droit civil, il semblerait que la rupture entre le droit pénal et le droit public soit plus ancienne.

Par conséquent, il nous semble effectivement que le droit pénal se soit constitué comme une science autonome, qui ne peut être qu'imparfaitement rattachée au droit civil, et ne peut être plus en lien avec le droit public. L'émergence d'un corps professoral spécifique, la mise au jour de particularités méthodologiques ou encore l'avènement des sciences criminelles sont autant d'éléments qui viennent nourrir cette séparation. La percée d'une science pénale distincte, avec des auteurs déterminés, est un élément d'intérêt pour nous, puisqu'alors une vision spéciale sur l'intentionnalité pourra s'y développer ou être confortée, ce que nous allons désormais étudier.

§ 2. La victoire implacable du libre arbitre sur le déterminisme

Nous avons pu soumettre l'hypothèse selon laquelle la science pénale se spécialise notamment grâce à la poussée des sciences criminelles. L'essor de cette spécialité a conforté l'apparition de penseurs du droit qui se sont concentrés sur l'étude du droit criminel. En parallèle, c'est un ensemble doctrinal qui fait preuve de transdisciplinarité qui fait jour : les sciences criminelles sont, selon nous, l'un des meilleurs exemples de travail transdisciplinaire abouti.

Néanmoins, cette absorption du droit pénal parmi les sciences criminelles n'est pas vue d'un bon œil par les juristes : si les sciences criminelles peuvent éclairer le droit pénal, il n'est pas question que ce dernier soit une discipline parmi d'autres ; le droit doit surplomber l'ensemble¹⁹³. Cette crise relationnelle pousse vraisemblablement les juristes à se réfugier dans des théories qui leur appartiennent ; c'est ainsi que le libre arbitre refait surface. Nié dans les sciences sociales, il semblerait pourtant que les juristes lui accordent leurs faveurs.

¹⁹³ Baudouin Dupret évoque trois raisons qui démontrent les difficultés relationnelles entre le droit et les sciences sociales : la volonté de l'exécutif de museler les juristes en les mettant dans un rôle d'application de la loi ; la volonté corporatiste des juristes d'autonomiser toujours plus leur discipline ; la volonté de la sociologie de rompre tout lien avec la philosophie du droit. Nous voyons des points de rapprochement certains entre cette analyse et les liens entre le droit pénal et les sciences criminelles. Voir Baudouin DUPRET, *Droit et sciences sociales* [en ligne], *op. cit.*, p. 31.

En effet, nous l'avons vu, les théories déterministes ont pour particularité de faire reposer leurs thèses sur une négation du libre arbitre ; les criminels sont mus par des déterminismes contre lesquels ils ne peuvent pas toujours lutter : c'est ce qui caractérise leur état dangereux ou la dangerosité criminelle¹⁹⁴. Cette notion, qui demeure vague, est pourtant celle utilisée par la criminologie de la fin du XIX^e siècle et le début du XX^e siècle¹⁹⁵. Nous la retrouvons même encore aujourd'hui¹⁹⁶. Cet état dangereux dure aussi longtemps que l'agent est susceptible de plonger dans la criminalité, ce qui peut être à vie¹⁹⁷.

Alors que ces enseignements sont plutôt bien accueillis, et que nous pouvons y voir un lien avec les réformes pénales de la fin du XIX^e siècle, le postulat initial, celui qui invalidait la théorie du libre arbitre, semble être écarté.

Finalement, il semblerait que le droit et les juristes se comportent de manière utilitariste, en ne conservant que les éléments qui peuvent les intéresser. Tandis que le positivisme se donnait pour mission de repenser intégralement les relations criminelles, l'explication du passage à l'acte, les peines qui doivent être prononcées, le mode de responsabilité, etc. le droit ne puisera que les conséquences pratiques de ces théories et non les enseignements plus théoriques.

Dans cette mesure, il convient de noter que la doctrine juridique continue d'accepter la responsabilité comme le produit d'une faute morale personnelle. Cela est également vrai chez les auteurs qui, pourtant, ont démontré leurs accointances avec les éléments criminologiques. C'est notamment le cas de René Garraud qui codirigera

¹⁹⁴ Jean LEBRET, « Essai sur la notion d'intention criminelle », art. cit., p. 465 ; Barthélémy MERCADAL, « Recherches sur l'intention en droit pénal », art. cit., p. 34 ; Jean PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, op. cit., p. 78 et s. ; Jean-Marie CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, op. cit., 1990, p. 189.

¹⁹⁵ On la retrouve sous la plume de nombreux criminalistes, comme chez Léonce MANOUVRIER, *L'anthropologie et le droit*, op. cit., p. 21, ou encore Raffaele GAROFALO, *Criminologia, Studio sul delitto, sulle sue cause*, op. cit., p. 249 et s. lorsqu'il évoque la « temibilità », que nous pouvons traduire comme la « dangerosité » du criminel.

¹⁹⁶ Sur le problème de définition et de cadrage de la dangerosité, voir notamment Jean DANET, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante » [en ligne], *Champ pénal/ Penal field*, publié le 7 octobre 2008 [consulté le 23 août 2020], URL : <https://journals.openedition.org/champpenal/6013>.

¹⁹⁷ Cela explique le caractère indéterminé des mesures de sûreté, qui sont accolées à la déclaration d'une personne en état dangereux. Sur ce point, voir notamment Virginie GAUTRON, « Les mesures de sûreté et la question de la dangerosité : la place des soins pénalement ordonnés » [en ligne], *Criminocorpus*, publié le 10 mars 2016 [consulté le 25 août 2020],

URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/3195>. Cela explique également la distinction unanimement partagée chez les criminalistes, entre les délinquants incorrigibles et les autres. Les incorrigibles sont ceux pour qui l'état dangereux continuera, et il convient donc de les éliminer de la société, ce qui sera fait avec les mesures d'éloignement qui pénètrent notre droit à la fin du XIX^e siècle.

les *Archives de l'anthropologie criminelle*¹⁹⁸, ou encore de Raymond Saleilles qui publiera son fameux ouvrage sur l'individualisation de la peine¹⁹⁹.

En effet, si Garraud accepte le fait que l'infraction puisse avoir des causes sociales, il n'en reste pas moins convaincu que l'intention est un élément non-dit des infractions. Il définit d'ailleurs l'infraction de deux manières : l'infraction phénomène social et l'infraction phénomène juridique. En tant que fait social, il la définit comme suit :

Comme *phénomène social*, la notion de l'infraction obéit à la loi de l'évolution et se transforme sous l'influence de la civilisation. À chaque époque et dans chaque pays, la majorité, ou l'État qui la représente, a une conception particulière des conditions fondamentales de la vie sociale : elle considère un certain nombre de règles de conduite comme nécessaire à l'existence de la société et elle détermine, dans la législation pénale, les actions ou les omissions qu'elle impose aux citoyens, sous la menace d'une peine²⁰⁰.

Cette approche, qui voit l'infraction comme un fait social, n'est pas sans rappeler les idées de Durkheim ou de Ferri qui nous proposaient une vision sociale de la responsabilité. Nous y voyons une preuve de la perméabilité de Garraud envers les sciences sociales, notamment lorsqu'elles trouvent application dans les sciences criminelles. Pour autant, cela ne l'empêche pas, quelques pages plus tard, de nous démontrer son attachement à l'infraction telle que définie par la jurisprudence – à défaut d'assise textuelle –, avec une intention :

L'infraction, considérée dans sa moralité, suppose toujours la mise en œuvre du *discernement* et de la *volonté* : il faut que l'agent ait pu comprendre ce qu'il faisait et qu'il ait voulu le faire. La réunion de ces deux conditions est la base essentielle et générale de la *culpabilité*. Mais, en étudiant les dispositions d'un Code pénal, et les actions punissables qu'il prévoit, on remarque que, parmi les infractions, les unes prennent leur criminalité morale dans l'*intention* de l'agent : les autres se constituent, malgré la bonne foi de celui-ci, par la *simple contravention* aux prohibitions ou aux prescriptions légales²⁰¹.

¹⁹⁸ Sur ce point, et plus généralement sur la carrière de René Garraud, voir Jean-Louis HALPÉRIN, « René Garraud (1849-1930) » [[en ligne](https://journals.openedition.org/criminocorpus/)], *Criminocorpus*, publié le 1^{er} janvier 2006 [consulté le 25 août 2020], URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/117>.

¹⁹⁹ Raymond SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, 3^e éd., *op. cit.* ; la première édition date de 1898.

²⁰⁰ René GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 10^e éd., Paris, Larose, 1909, p. 57.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 71.

L'intention de l'agent permet donc d'évoquer la culpabilité, mais encore de distinguer entre les contraventions et le groupe délits/crimes, où seuls les derniers nécessitent une intention marquée. Nous voyons donc que le système intentionnel est encore présent, et est même doublement présent : non seulement l'intention conserve la mesure de la culpabilité en tant qu'élément constitutif, mais encore elle permet d'opérer une distinction entre les infractions.

La démarche qui consiste à puiser dans l'école italienne des éléments qui pourront nourrir notre propre système de responsabilité se fait encore plus claire chez Saleilles, lorsqu'il écrit que :

La thèse de l'école italienne se présente comme un bloc d'ensemble, solide et compact. Nous avons vu cependant que, prise sous cette forme et dans son intégrité, avec toutes ses conséquences, elle était inadmissible. Il s'agit donc d'entamer le bloc, et, parmi les éléments qui le constituent, de faire une sélection qui s'impose²⁰².

Saleilles nous informe, d'emblée, que son système opérera un tri dans les éléments acceptables ou non des théories italiennes. Ce tri commence avec Lombroso, lorsqu'il déclare que :

Avec le discrédit du type criminel de Lombroso, la théorie d'une criminalité purement de prévention, tombant sous le coup de la loi avant tout crime commis, est aujourd'hui repoussée par tout le monde. Ce serait le régime des suspects ; nous n'en voulons pas et personne n'en veut. [...] Sans l'idée de liberté, pas de sanction possible ; le point ne peut plus guère faire doute aujourd'hui²⁰³.

Nous comprenons donc que le fondement de la culpabilité, fondée sur la responsabilité morale acquise grâce à la liberté, ne sera pas renié par notre auteur. Certainement pouvons-nous y voir les stigmates de la religion lorsqu'il nous dit que sans liberté, il ne peut y avoir de sanction ; cela renvoie au fait que le paradis se mérite par des actions libres : nous péchons librement et c'est tout aussi librement que nous décidons de ne pas le faire²⁰⁴. Dans cette perspective, nous voyons une nouvelle fois

²⁰² Raymond SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 127.

²⁰³ *Ibid.*, p. 128.

²⁰⁴ Tout en rappelant que Raymond Saleilles est un fervent croyant catholique. Sur ce point et sur le catholicisme modéré de Saleilles, voir notamment Patrice ROLLAND, « Un "cardinal vert" Raymond Saleilles », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2 (2008), p. 273-305.

comment le libre arbitre arrive à contrer les arguments déterministes, tout en remobilisant des notions pourtant propres aux théories des positivistes.

La présence de l'intention, et donc du libre arbitre, est la même chez d'autres auteurs de droit pénal de cette période. C'est notamment le cas chez Émile Garçon qui conspu les théories déterministes et déclare que :

C'est contre tous ces systèmes et contre toutes ces prétendues nouveautés que je proteste, pour ma part, et de tout mon pouvoir. Sous prétexte de progrès tous auraient pour conséquence de nous ramener soit à l'arbitraire du juge, soit à l'arbitraire de l'administration, soit à l'arbitraire des experts, et ils ne sont pas moins dangereux les uns que les autres. Je l'ai dit : je m'en tiens fermement aux principes de 1789 qui ont fixé définitivement les bases inébranlables de la constitution des peuples libres. Parce qu'on changera le nom des peines, et qu'on aura écrit le mot « asile » sur les portes des prisons, ceux qui y seront internés ne seront pas moins détenus contre leur volonté. Je pense qu'ils n'y doivent être enfermés que s'ils ont donné la preuve de leur « état dangereux » en commettant les faits que la loi a prévus d'avance et qu'elle a définis objectivement et avec précision. Ainsi, le droit criminel, partie essentielle du droit public, demeurera la suprême garantie des droits individuels et de la liberté civile²⁰⁵.

Nous comprenons que l'auteur s'oppose farouchement au système déterministe qui viendrait nier le libre arbitre des criminels. Pour autant, il n'y est pas entièrement hostile et croit que les statistiques criminelles peuvent être d'une grande aide pour comprendre le crime comme un fait social²⁰⁶. De la même manière, il semble militer pour une forme de libre arbitre déterminé, une forme de subjectivité objectivée :

Il faut bien reconnaître, en effet, que la liberté humaine a des bornes et qu'elle ne peut se mouvoir que dans un cercle limité de possibilités. La recherche des lois sociales aurait seulement à tenir compte d'une nouvelle inconnue qui serait précisément le facteur des résolutions libres²⁰⁷.

Ce qui lui pose un problème, donc, c'est la méthode déployée :

Pourquoi donc ces ouvrages nous donnent-ils l'impression de n'être pas beaucoup autre chose que des travaux d'imagination et des œuvres purement littéraires ? Pourquoi ne nous convainquent-ils pas ? C'est que ces observations sont très

²⁰⁵ Émile GARÇON, *Les méthodes juridiques, op. cit.*, p. 213.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 216 et s.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 215.

superficielles et qu'il n'en jaillit que des hypothèses mal vérifiées. Si on persévère dans cette voie, on n'ira jamais beaucoup plus loin. Pour parvenir à des résultats positifs plus sûrs, il faut se résoudre à employer les règles rigoureuses de la véritable méthode expérimentale. Elle est moins brillante, et ne permet pas des généralisations hâtives ; elle exige beaucoup de temps et une inlassable patience : il s'agit d'observer des milliers de criminels, en se gardant de toute idée préconçue et sans autre souci que l'exactitude des renseignements recueillis. Lorsqu'on aura ainsi amassé une multitude de documents, peut-être nos successeurs pourront-ils dégager quelques principes qui s'imposeront à la conscience universelle par la force toute puissante de leur évidence même²⁰⁸.

Il en découle que notre auteur ne rejette pas tant l'approche criminologique en règle générale, que les conclusions et méthodes de la criminologie telles qu'elles sont présentées jusqu'à présent. Cela est encore plus clair quelques pages après, lorsqu'il dit que :

Mais le délinquant né, qui est sa découverte propre et personnelle, est décidément une invention que la science ne peut pas accepter. Le criminel n'est ni ce criminel né, ni un fou. Il est vrai seulement que les malfaiteurs se recrutent souvent parmi ceux que nous désignons sous les noms de déséquilibrés, détraqués, anormaux, dégénérés, défectueux ou demi-fous. Bien que nos observations soient encore très imparfaites, cette vérité me paraît trop clairement établie pour que nous puissions la méconnaître. Mais tandis que le criminel né subira fatalement sa destinée, rien ne permet de prévoir avec sûreté si le dégénéré finira dans le crime. Beaucoup de criminels sont des dégénérés. Soit ! Mais tous les dégénérés ne sont pas des criminels. Un grand nombre, au contraire, resteront d'honnêtes gens²⁰⁹.

Il apparaît donc, encore une fois, que ce sont les théories les plus poussées, les plus clivantes qui font l'objet d'un rejet assez vigoureux de la part d'Émile Garçon. Pour autant, la méthode criminologique telle qu'il la pense doit être portée comme un exemple afin de faire avancer la connaissance criminologique sur les criminels et sur leur passage à l'action. Néanmoins, il n'est absolument pas question de renier la responsabilité morale fondée sur la faute personnelle. S'il peut exister des déterminismes, la variable d'une action libre dans un champ déterminé doit elle aussi continuer de survivre²¹⁰.

²⁰⁸ Émile GARÇON, *Les méthodes juridiques*, op. cit., p. 221.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 225.

²¹⁰ Henri Bœuf nous en offre un autre exemple en considérant, toujours, que l'infraction se compose d'un élément matériel (p. 81 et s.) et d'un élément moral (p. 95 et s.) : Henri Bœuf, *Résumé de droit criminel*, 19^e éd., Paris, Sirey, 1912.

De même que l'intention fondée sur le libre arbitre semble vaincre en doctrine, bien que certains points des théories déterministes continuent de creuser un sillon dans la pensée juridique, les décisions de justice font toujours montre de leur conservatisme sur la question. Les dossiers de procédure que nous avons pu consulter²¹¹ ne mettent pas en avant les déterminismes comme facteurs explicatifs de la criminalité, et continuent selon le même formalisme que celui rencontré avant que les écoles positivistes ne jaillissent dans le paysage français. La seule différence notable tient dans l'augmentation significative du nombre d'expertises que nous avons pu relever, l'apparition progressive des CV détaillés des accusés, des plans de reconstitution de la scène de crime, etc. autant d'éléments qui démontrent la prise en considération des enseignements criminologiques qui cherchent à mieux comprendre l'accusé en tant qu'individu – physique et psychique –, ainsi que le détail de son passage à l'acte. En effet, sur l'ensemble des dossiers analysés, aucun n'a été fait sans au moins une expertise, et nous notons même qu'il y a très régulièrement une pluralité d'expertises qui sont demandées et réalisées (de médecine légale, balistique, photographique, et autres).

Ces données nous permettent d'affirmer que, s'il y a une sensation de chavirement à l'orée du XIX^e siècle sur le libre arbitre, et donc sur l'intention, la révolution n'aura été que doctrinale, le paquebot judiciaire continuant sa route semée d'embûches tel un gigantesque brise-glace. Les interrogations doctrinales sur le libre arbitre et la responsabilité ont représenté quelques petits blocs de glace qui ont été repoussés avec grande facilité par les magistrats et les jurés, puisqu'aucune réforme d'envergure n'est venue chahuter la procédure pénale, qui continua donc de plus belle. Certes, l'arrivée des expertises dans les prétoires est un élément marquant, que nous pouvons certainement mettre au crédit de sciences qui se sont spécialisées et, surtout, ont gagné en scientificité et ont fait leurs preuves²¹². Néanmoins, rien n'est intervenu

²¹¹ Pour la période de 1875 à 1945 : AP, D 2U 8 34 (1875), D 2U 8 36 (1875), D 2U 8 41 (1875), D 2U 8 42 (1875), D 2U 8 94 (1880), D 2U 8 96 (1880), D 2U 8 97 (1880), D 2U 8 101 (1880), D 2U 8 104 (1880), D 2U 8 107 (1880), D 2U 8 108 (1880), D 2U 8 109 (1880), D 2U 8 174 (1885), D 2U 8 175 (1885), D 2U 8 177 (1885), D 2U 8 178 (1885), D 2U 8 179 (1885), D 2U 8 180 (1885), D 2U 8 181 (1885), D 2U 8 182 (1885), D 2U 8 188 (1885), D 2U 8 193 (1885), D 2U 8 195 (1885), D 2U 8 257 (1890), D 2U 8 258 (1890), D 2U 8 259 (1890), D 2U 8 260 (1890), D 2U 8 262 (1890), D 2U 8 263 (1890), D 2U 8 264 (1890), D 2U 8 266 (1890), D 2U 8 390 (1935), D 2U 8 391 (1935), D 2U 8 396 (1935), D 2U 8 397 (1935), D 2U 8 399 (1935), D 2U 8 400 (1935), D 2U 8 403 (1935), D 2U 8 405 (1935), D 2U 8 406 (1935), D 2U 8 407 (1935), D 2U 8 409 (1935), D 2U 8 605 (1940), D 2U 8 606 (1940), D 2U 8 610 (1940), 107 W 5 (1940), 107 W 10 (1940), 122 W 30 (1945), 122 W 31 (1945), 122 W 32 (1945), 122 W 34 (1945), 122 W 40 (1945).

²¹² Elles étaient également demandées en chœur par les magistrats eux-mêmes. Sur ce point, voir notamment l'appel lancé par Delcurrou, Premier président de la Cour d'appel de Bordeaux, en 1905. Cette tendance est également relevée par Frédéric CHAUVAUD, « Le sacre de la preuve indiciale, de la

sur la fameuse question intentionnelle aux assises. Nous pouvons nuancer cela en mettant en avant que, si l'expertise semble déclarer un individu irresponsable, les jurés suivront cette déclaration et ne dirons pas que l'accusé était doté de l'ensemble de ses moyens, la responsabilité ne sera donc pas pleine. Même avant, au cours de l'instruction et dans le réquisitoire définitif, les juges n'iront globalement pas contre l'avis du médecin expert : nous avons un taux de 85,5 %, assez élevé, de dossiers dans lesquels les expertises semblent suivies par les magistrats. Ce chiffre est obtenu en comparant le nombre de dossiers analysés – 76 au total –, et le nombre de fois où les propos des experts sont repris, mot pour mot, sous la plume des magistrats – 65 fois sur nos dossiers²¹³.

De tout cela découle assez logiquement le fait que le système intentionnel sorte indemne de cette période pourtant mouvementée. Certes, il y eut quelques flottements en doctrine, mais ils auront majoritairement été surmontés. Surtout, et c'est peut-être l'élément central ici, l'intention aura même été consolidée ! Cet effet pervers provient de ce que les auteurs que nous avons étudiés reprennent chez les déterministes les éléments qui leur semblent applicables et qui peuvent permettre d'améliorer le système pénal. Or, quand nous disons « système pénal », nous visons l'organisation pénale qui repose sur la responsabilité subjective, celle-là même qui était combattue par les déterministes. Le changement qui s'opère est donc subtil.

De fait, nous serions confrontés, en France, à un système de responsabilité subjective qui fait la part belle à l'analyse de l'intention²¹⁴. Néanmoins, ce ne sont que des apparences premières car, bien que subjectivée, notre organisation n'en reste pas moins ancrée dans un matérialisme qu'elle a initialement rencontré en 1810, pour ne jamais vraiment le quitter. Ainsi, tout en prenant en considération l'intention pour engager la responsabilité, les critères qui permettent de quantifier la quotité

preuve orale à la preuve scientifique (XIX^e-milieu du XX^e siècle) », dans Bruno Lemesle (dir.), *La preuve en justice de l'Antiquité à nos jours*, Rennes, PUR, 2003, p. 223-225.

²¹³ Un tableau de synthèse sur l'analyse de nos archives est disponible en annexe de ce travail : Annexe IV – Synthèse de l'analyse des dossiers de procédure criminelle.

²¹⁴ À titre subsidiaire, puisque débordant un peu du cadre de notre sujet, nous relevons par l'intermédiaire de Paul RICŒUR (« Le concept de responsabilité », dans *Le juste*, Paris, Esprit, 1995, p. 57-69), un phénomène contemporain de déresponsabilisation de l'auteur pour regarder plus encore la victime de l'atteinte. Cette idée est corroborée par la recrudescence des fonds d'indemnisation qui représentent la socialisation des risques et la mutualisation anonyme des indemnités. Il semblerait alors que par certains aspects, on en revienne à une responsabilité plus collective, celle qui a les faveurs de Paul Fauconnet dans sa thèse. Il reste que ce ne sont là que des nuances à notre propos principal, puisque la majorité de notre système pénal actuel demeure ancré dans le subjectivisme.

d'intention pour une infraction déterminée sont purement matérialistes : ce sont les outils des déterministes²¹⁵.

Il en découle deux manières de comprendre la portée du subjectivisme à cette période. La première hypothèse serait celle d'une conception qui ne regarderait que l'intention donc, ce faisant, qui regarderait le délinquant dans un but donné, celui de décrypter quelle était sa volonté au moment du passage à l'acte. La seconde repose un peu plus sur les apports positivistes, que l'on peut considérer comme profondément subjectivistes dans la mesure où ils fixent leur focale sur la personne même du délinquant. Or, loin de rejoindre l'école classique ou néo-classique porteuses de théories transcendantales ou spiritualistes²¹⁶, ils s'en distinguent en proposant des critères objectifs de constatation des éléments influents au moment de la commission de l'infraction. En résumé coexistent un subjectivisme moral et un subjectivisme scientifique. Cette typologie française ressemble effectivement à un système de responsabilité subjective objectivée. Elle serait l'enfant de ce mélange doctrinal qui cherche à conserver la portée du libre arbitre, tout en y apportant les modifications nécessaires pour que le système puisse survivre, en l'adaptant – c'est-à-dire en puisant chez les déterministes les éléments importants et intéressants pour eux, dans une logique utilitariste.

Néanmoins, le fruit de ces rencontres entre subjectivismes est loin d'être satisfaisant selon nous. S'il est appréciable de pouvoir constater que le droit a su réagir aux influences sociales et scientifiques dans lequel il est baigné, mais surtout qu'il doit régir, force est de constater que les bases textuelles ne changent que peu. *Quid* du principe de légalité des délits et des peines, pourtant prôné, considéré comme la clef de voûte de notre système, avec une protection constitutionnelle par l'article 8 de la DDHC ? Il semble bien qu'il ait dû céder face à des considérations de pur opportunisme, enfantant d'une responsabilité fondée sur l'intention, sans pour autant lui attribuer de véritable théorisation générale, valable pour toutes les infractions : au

²¹⁵ En effet, l'individualisation de la peine se fait au regard de la personnalité du condamné, des faits, etc. autant d'éléments qui appartiennent au monde de la matérialité. Plus les techniques s'affineront, notamment en matière d'expertises, et plus l'individualisation sera véhiculée par des outils techniques objectifs, ou du moins, présentés comme objectifs. Sur l'individualisation légale de la peine, voir Raymond SALEILLES, *L'individualisation de la peine, étude de criminalité sociale*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 201 et s.

²¹⁶ Albert NORMAND, *Traité élémentaire de droit criminel*, *op. cit.*, p. 256 ; Gabriel TARDE, *La philosophie pénale*, 5^e éd., *op. cit.*, p. 54, reprenant les travaux de Ferri dans ses *Nuovo Orrizonti* ; ou encore, plus récemment, Paul FAUCONNET, *La responsabilité, étude de sociologie*, *op. cit.*, p. 177.

moins sait-on la mesurer objectivement, sans le dire clairement. Pour nous, il s'agit là de ce que nous pourrions appeler un système pénal perfectionné.

§ 3. Un système pénal perfectionné

Dans la lutte qu'engagent les juristes contre la criminologie, de peur de voir le droit pénal absorbé par cette dernière, le système en vient à être perfectionné. Il trouve des enrichissements en se servant dans les théories déterministes, laissant cependant de côté les notions qui viendraient saper ses fondements premiers, ce qui est notamment le cas du libre arbitre.

Nous avons donc un ensemble de penseurs qui contribuent à renouveler la pensée sur la peine, le droit, la justice, le procès, tout en conservant un cadre bien connu qui est celui de l'école éclectique. Plus qu'une remise en cause du système, c'est plutôt une évolution de ce dernier qu'il nous faut relever.

Selon nous, deux grands pôles se détachent ici. Dans un premier temps, il est question des éléments qui viennent préciser la manière dont peut être conçue la pénalité, qui doit s'adapter au délinquant en présence. Ainsi, les auteurs acceptent assez bien le fait de dire que le délinquant est un malade auquel il convient d'apporter le meilleur traitement. En revanche, ils ne le font pas uniquement pour sauvegarder la société dans un but premier, que pour amender le criminel. Puisque la notion d'amendement reste puissante, le système de l'intentionnalité demeure lui aussi bien présent (A).

D'autre part, des outils issus des sciences criminologiques vont être mobilisés tant en doctrine que lors des audiences. Le cadre pénal et procédural reste identique puisque les textes demeurent relativement stables sur notre période d'étude. Il y aura bien une tentative de changer le *Code pénal*, mais elle sera avortée²¹⁷. Les modifications

²¹⁷ Marc Renneville en fait le constat : « La Troisième République a initié deux projets de refonte complète du Code pénal, en 1890, durant la période que Robert Badinter a qualifié de "temps des lois" (1879-1899), et en 1930. Aucun de ces deux projets n'a abouti. Alors que le premier a été façonné en pleine querelle scientifique sur le positivisme pénal et l'existence ou non d'un type de "criminel-né", le second s'étire sur huit années durant une période très riche sur le plan de la réforme pénitentiaire et de la psychiatrie légale, dominée, sur le plan criminologique, par une amorce de circulation et de construction de savoirs utiles entre les communautés médicales et juridiques ». Marc RENNEVILLE, « La psychiatrie légale dans le projet de réforme du Code pénal français (1930-1938) », dans Jacques

apportées en justice se feront donc en mobilisant des textes qui permettraient déjà leur prise en considération, comme la possibilité de requérir des expertises par exemple (B).

A. L'individualisation de la peine

Bien souvent, nous faisons remonter l'individualisation de la peine à l'ouvrage phare de Raymond Saleilles qui prend pour objet principal la thématique éponyme²¹⁸. Cependant, ce serait oublier les réformes pénales qui précèdent et que nous avons déjà pu évoquer. Ces réformes, justement, sont plutôt le fruit d'une vision conjugée entre l'école éclectique qui croit dans l'amendement du criminel, et une école positiviste plus sceptique, car convaincue que peuvent exister des criminels incorrigibles, dont l'état demeurera dangereux quoiqu'il advienne. C'est ainsi que sont adoptées trois lois presque consécutives entre 1885 et 1891.

Dans une certaine mesure, ces lois faisaient déjà preuve d'individualisation de la peine puisqu'elles s'adaptaient au type de criminel rencontré. Les criminels incorrigibles sont définitivement relégués²¹⁹, alors que le criminel accidentel peut bénéficier d'un sursis d'application de la peine²²⁰.

Certes, l'individualisation de la peine fait l'objet d'un ouvrage majeur qu'est celui de Saleilles, mais plus encore, il est inscrit dans un contexte particulier. Nous posons l'hypothèse selon laquelle Saleilles s'est senti presque forcé de répondre aux écoles criminologiques en livrant sa propre analyse de l'individualisation de la peine, qui reste largement juridique et moins criminologique.

En d'autres termes, sentant que le droit était en voie de se faire dépasser, voir absorber par les sciences criminelles, Saleilles écrit sur l'individualisation de la peine pour intégrer des éléments des sciences criminelles dans la réflexion juridique et ainsi

Arveiller (dir.), *Psychiatries dans l'histoire. Actes du 6^e congrès de l'Association européenne pour l'histoire de la psychiatrie*, Caen, PUC, 2008, p. 385.

²¹⁸ Raymond SALEILLES, *L'individualisation de la peine, étude de criminalité comparée*, 3^e éd., *op. cit.*

²¹⁹ *Loi du 27 mai 1885* ; pour des explications sur cette loi, voir notamment Jean-Lucien SANCHEZ, « La relégation (loi du 27 mai 1885) » [\[en ligne\]](#), *Criminocorpus*, publié le 1^{er} janvier 2005 [consulté le 18 mars 2018], URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/130>.

²²⁰ *Loi du 14 août 1891* ; pour une mise en lien du sursis et de la liberté conditionnelle dans le contexte politique et social de la III^e République, ainsi que des explications sur le principal défenseur de ces deux lois, voir Jean-Lucien SANCHEZ, « Les loi Bérenger (lois du 14 août 1885 et du 26 mars 1891) » [\[en ligne\]](#), art. cit.

sauvegarder la place du droit en tant que science première²²¹. Il n'est d'ailleurs pas le seul à évoquer l'individualisation de la peine.

Émile Garçon, par exemple, déclare assez rapidement également qu'il peut être intéressant d'octroyer aux magistrats le soin de s'occuper de la peine, en les laissant s'adapter aux délinquants qui leur font face :

Ainsi a-t-on été conduit à édifier une logique nouvelle, qui s'est évadée du vieux syllogisme et qui s'est appliquée à fixer la méthode de toutes les sciences, de la science du droit, comme des autres²²².

Néanmoins, il n'est pas pleinement acquis à cette possibilité lorsqu'elle se fait hors du cadre de la loi, ou en abusant du cadre législatif :

L'établissement d'un *maximum* et d'un *minimum*, l'introduction des circonstances atténuantes et du sursis à la condamnation ont rendu au juge un large pouvoir d'appréciation pour déterminer la peine. Pourtant, toutes ces modifications ont laissé subsister un maximum légal que le juge ne peut jamais dépasser, et en ce qui touche les crimes au moins, un minimum au-dessous duquel le juge ne peut pas descendre. Or, on entend aujourd'hui de vives protestations, tant contre le maximum que contre le minimum légal.

Il est manifeste que tous ceux qui coopèrent à l'œuvre de la justice criminelle supportent aujourd'hui très impatiemment les limites que le minimum met à leur pouvoir d'appréciation. Les juges correctionnels, pour échapper aux dispositions qui le fixent admettent toujours les circonstances atténuantes qui sont pour ainsi dire devenues de style dans leurs jugements²²³.

Nous pouvons donc remarquer que l'effort d'adaptation de la peine face au type de délinquant ne fait pas que des heureux, et que Garçon prend le parti de critiquer une tendance excessive selon laquelle ces instruments de graduation de la peine sont mobilisés dans le sens d'un adoucissement excessif. Il reste, néanmoins, que ce sont effectivement des éléments qui permettent de moduler la peine selon la personnalité criminelle que les magistrats ont en face d'eux.

²²¹ Sur ce point, voir également Mikhaïl XIFARAS, « La *verita iuris* selon Raymond Saleilles. Remarques sur un projet de restauration du juridisme », *Droits*, 1 (2008), p. 77-148.

²²² Émile GARÇON, *Les méthodes juridiques*, op. cit., p. 198.

²²³ *Ibid.*, p. 207.

Nous retrouvons chez d'autres auteurs l'idée d'une variation de la pénalité selon le délinquant, et non plus uniquement selon la gravité de son action :

Cette idée de l'*amendement* du condamné, qui a pris une influence prédominante dans la législation et la science pénitentiaire du XIX^e siècle, a d'ailleurs une contrepartie, lorsque les efforts faits pour le reclassement du condamné ont été inutiles et qu'il apparaît que son amendement est impossible ; la société qui doit se défendre est en droit de prendre à l'égard de ce professionnel du crime des mesures d'*élimination*.

Notre système pénal contemporain fait la distinction des délinquants amendables, qui sont surtout les délinquants primaires, et des délinquants incorrigibles ou récidivistes²²⁴.

Cet auteur est intéressant en ce qu'il démontre un esprit synthétique entre les courants spiritualistes comme le cousinisme, et les théories plus contemporaines de la défense sociale portées par les déterministes. En effet, il évoque côte à côte l'amendement du criminel, qui est un objectif des réformes cousinistes, avec les délinquants incorrigibles qu'il faut éliminer de la société, ce qui se rattacherait plus volontiers au clan des positivistes. C'est pour nous un exemple flagrant du mélange théorique qui est fait : on conserve les racines anciennes de la pénalité, et on vient y planter les graines glanées dans les sciences criminelles ; mais pas n'importe lesquelles, uniquement celles qui sont compatibles avec la matrice éclectique, sans évoquer l'idée d'un libre arbitre déconstruit.

Le même mouvement s'observe chez Garraud, lorsqu'il explique l'évolution de l'appréciation de la peine par les magistrats :

Ainsi, l'histoire de la pénalité, depuis cent ans, se résume dans l'abdication constante et progressive du législateur au profit du juge et de l'administrateur. Le point de départ, c'est la légalité et la fixité des peines ; le point d'arrivée, c'est la latitude laissée au juge, dans chaque cas, d'approprier la peine à la situation individuelle du délinquant et le droit de l'administration d'abrèger une peine fixée d'avance ou d'en faire remise dans des conditions de surveillance et de contrôle que nous indiquerons plus loin (*Individualisation de la peine*)²²⁵.

²²⁴ Henri BŒUF, *Résumé de droit criminel*, 19^e éd., *op. cit.*, p. 119-120

²²⁵ René GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 10^e éd., *op. cit.*, p. 242.

Il continue plus loin en disant que :

La peine doit être proportionnée à la *gravité* du fait punissable et à la *culpabilité* du délinquant ; mais ces deux éléments, qui se répercutent sur l'application de la peine pour l'aggraver ou l'atténuer, peuvent être appréciés de deux manières : d'une manière *abstraite*, par le *législateur*, qui détermine, par exemple, quelle peine doit encourir *le meurtrier, le voleur, l'incendiaire* ; d'une manière *concrète*, par le *juge*, qui détermine quelle peine doit encourir *tel meurtrier, tel voleur, tel incendiaire*, etc. Cette distinction entre la culpabilité *absolue* ou *légale* et la culpabilité *individuelle* ou *judiciaire*, est fondamentale et domine l'application des peines²²⁶.

Cet extrait est particulièrement intéressant par les éléments que l'auteur met volontairement en italique. On perçoit, là encore, les deux conceptions de la pénalité. Une pénalité plus classique qui regarde uniquement l'action commise, qui était celle du XIX^e siècle en grande partie, visée ici par les infractions qui sont mises en italiques. Nous voyons également poindre la seconde vision, celle qui regarde également le délinquant pour punir au plus proche de l'action commise, mais, surtout, au plus proche de la personnalité criminelle. Cette dernière approche est celle signalée par la série de « tel » mise en italique, sans que le qualificatif qui y est accolé ne soit lui aussi mis en italique par Garraud. Nous avons donc une nouvelle démonstration de l'étendue de la prise en considération du délinquant en tant qu'être humain, lorsqu'il convient de déterminer la peine qui lui est applicable.

Il appert que Garraud accepte lui aussi l'idée de l'individualisation de la peine, théorisée par Saleilles – qui n'en est pas l'inventeur, donc –, bien que s'inscrivant dans un mouvement qui continue de défendre une forme certaine de classicisme puisqu'il ne renie pas la place du libre arbitre dans ses ouvrages²²⁷.

Il en découle que le système de l'individualisation des peines est un argument des positivistes qui semble bien s'intégrer dans notre droit pénal. Nous y voyons une amélioration en ce sens que la démarche permet de mieux s'adapter aux délinquants pour punir le plus justement, utilement et efficacement possible. Néanmoins, l'acceptation de cette portion des théories déterministes n'est pas gage d'une acceptation totale du projet positiviste, bien au contraire. Les auteurs étudiés, tout en

²²⁶ René GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 10^e éd., *op. cit.*, p. 335.

²²⁷ Lui aussi consacre une partie de son livre à la responsabilité morale du délinquant. *Ibid.*, p. 165-220.

acceptant l'idée de l'individualisation, continuent de raisonner sous le logiciel de l'éclectisme, comme nous avons pu le constater. De manière plus générale encore que l'individualisation de la peine, d'autres outils méthodologiques des sciences criminelles vont être importés dans notre droit et notre procédure pénale.

B. La pénétration d'éléments criminologiques

Notre système pénal est également amélioré en ce qu'il va intégrer des éléments des sciences criminelles dans son fonctionnement quotidien. Nous visons tout particulièrement ici les avancées scientifiques et technologiques permises par l'émulation intellectuelle autour des instruments criminologiques.

Alors que les expertises existent depuis bien longtemps²²⁸, elles étaient sommaires et ne permettaient même pas d'identifier avec certitude les délinquants, ce qui posait le problème de reconnaître les récidivistes : sans matériel pour identifier les personnes, les services de police ou de la justice n'étaient pas capables de savoir si un tel avait déjà fait l'objet d'une interpellation ou d'une condamnation²²⁹. Le mouvement criminologique de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle va pourtant changer la donne.

Le système de fichage des infracteurs était encore incomplet au début de la III^e République, et deviendra de plus en plus efficace grâce, notamment, à Bertillon (1853-1914) qui rejoint les services de police dès 1879, et qui sera le fondateur de l'anthropométrie judiciaire. Il est intéressant de remarquer que Bertillon connaît et travaille avec Garraud, Coutagne (1846-1895), Dubuisson (1847-1908) ou encore Lacassagne et Tarde au sein des *Archives de l'anthropologie criminelle*²³⁰. C'est par le truchement de cette collaboration entre ces auteurs que nous pouvons dire que les méthodes des sciences criminelles pénètrent les services de police et de justice, ce qui sera très concrètement réalisé par Bertillon dans un premier temps.

²²⁸ Voir notamment Yann ARNOUX, *Le recours à l'expert en matière pénale*, Marseille, PUAM, 2004, p. 23 et s.

²²⁹ Sylvie CHÂLES-COURTINE, « Le corps criminel dans les *Archives de l'anthropologie criminelle* » [en ligne], art. cit.

²³⁰ Marc RENNEVILLE, « Quelle histoire pour la criminologie en France ? (1885-1939) » [en ligne], art. cit.

Des prémisses existaient pourtant, notamment sous la houlette d'un dénommé Huvet²³¹ (17??-18??), qui proposait au Préfet de police d'établir des portraits des perturbateurs à l'aide de ce qu'il appelait un « physionotrace », qui permettait de dresser un croquis en quelques minutes. Néanmoins, cela restera sans suite²³². Cependant, dans les années 1870, on commence à mobiliser la photographie, mais tout est fait dans le désordre, il n'y a pas de classement systématique et systématisé, donc les comparaisons entre les photographies sont rendues difficiles voire, tout bonnement impossibles²³³.

Bertillon, en arrivant dans les services de police, constate que l'ossature se fixe chez les personnes à partir de la 20^e année, et décide donc de prendre la mesure d'un certain nombre d'ossements pour identifier les personnes. Même si la démarche n'est pas très bien accueillie dans un premier temps, elle finit par faire ses preuves et se perfectionne. En plus de l'anthropométrie, il pousse la technique du portrait parlé, le relevé de marques particulières et la photographie judiciaire. Ce panel d'outils permet d'affiner le signalement des personnes et donc de repérer les récidivistes.

Pour rappel, la lutte contre la récidive était devenue l'une des priorités de la III^e République, avec l'adoption de la grande loi de la relégation en 1885. Seulement, pour pouvoir reléguer les récidivistes, encore fallait pouvoir les repérer ! C'est ici qu'interviennent Bertillon et les différentes techniques qu'il met au point. Ce paquetage nous mène lentement mais sûrement vers la création du service de l'Identité judiciaire qui verra le jour en 1889, soit 10 ans après l'arrivée de Bertillon dans les rangs des forces de l'ordre²³⁴.

²³¹ Ou encore chez Ernest Appert : Stéphanie SOTTEAU SOUALLE, « Ernest Appert (1831-1890), un précurseur d'Alphonse Bertillon ? » [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 18 avril 2011 [consulté le 18 novembre 2019], URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/343>.

²³² Martine KALUSZYNSKI, « Alphonse Bertillon et l'anthropométrie judiciaire. L'identification au cœur de l'ordre républicain » [[en ligne](#)], art. cit.

²³³ *Ibid.*

²³⁴ Nous pouvons également relever que le bertillonnage parviendra jusqu'aux gendarmes grâce à la collaboration de Camille Pierre : Laurent LÓPEZ, « Le lieutenant Camille Pierre, un passeur des innovations criminalistiques policières dans les pratiques judiciaires des gendarmes à la Belle Époque », [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 10 novembre 2017 [consulté le 19 novembre 2019], URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/3632>.

Nous savons également que le bertillonnage sera d'une grande aide sous le régime de Vichy, pour identifier les personnes. Sur ce dernier point, voir Pierre PIAZZA, « Système d'enregistrement d'identité, numéro d'identification et "carte d'identité de Français" durant le régime de Vichy (France, 1940-1944) » [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 14 novembre 2017 [consulté le 19 novembre 2019], URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/3649>.

En plus d'intervenir *a posteriori*, en reconnaissant les récidivistes, Bertillon développe également des techniques pour mieux intercepter les indices sur les lieux du crime. C'est notamment lui qui déploie la photographie géométrique qui offre une prise de vue des lieux des exactions délictuelles²³⁵.

Le lien entre Bertillon et les sciences criminelles se fait tout naturellement du fait de sa participation aux *Archives de l'anthropologie criminelle*, mais également parce que sa démarche ressemble à celle mise en œuvre par Lombroso qui mesurait uniquement les crânes. Néanmoins, l'auteur italien relevait également les marques spécifiques sur les criminels, dont les tatouages. Si Bertillon n'en fait pas le même usage, c'est-à-dire qu'il n'en tire pas des conséquences sur la propension à devenir un criminel, il fait à peu ou prou la même chose en pratique²³⁶.

Nous pensons trouver chez Locard (1877-1966) le continuateur de Bertillon, tant son œuvre sera importante pour les services judiciaires²³⁷, en ouvrant de nouvelles perspectives en matière de police technique et scientifique²³⁸. Leur contribution est telle qu'ils sont encore cités aujourd'hui par les forces de l'ordre au rang des personnes qui ont joué un rôle déterminant dans la création et la consolidation de la police technique et scientifique²³⁹. Lui aussi contribue à la revue des *Archives de l'anthropologie criminelle*, et de manière particulièrement intensive avec 31 articles versés au total²⁴⁰. Sa participation sera particulièrement importante dans l'entre-deux-guerres, puisque c'est à cette période féconde qu'il crée le graphoscope, le hastoscope et le synchronoscope, des outils d'analyse des preuves récoltés sur les lieux du crime²⁴¹.

Grâce à ces éléments, qui constituent de véritables percées techniques et scientifiques, non seulement on peut identifier les personnes, mais encore, on sécurise

²³⁵ Martine KALUSZYNSKI, « Alphonse Bertillon et l'anthropométrie judiciaire. L'identification au cœur de l'ordre républicain » [[en ligne](#)], art. cit.

²³⁶ Voir notamment Alphonse BERTILLON, « Une application pratique de l'anthropométrie », *Annales de démographie internationale*, 5 (1881), p. 345 et s.

²³⁷ Edmond LOCARD, *Traité de criminalistique, Les empreintes et les traces dans l'enquête criminelle*, tome 1, Lyon, Desvignes, 1931.

²³⁸ Amos FRAPPA, « Les techniques d'identification inédites mobilisée par Edmond Locard : le graphoscope, le hastoscope et le synchronoscope » [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 9 novembre 2017 [consulté le 19 novembre 2019], URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/3602?lang=fr>.

²³⁹ E.P-2, entr. cit., mars 2020 ; E.P-4, entr. cit., avril 2020.

²⁴⁰ Marc RENNEVILLE, « Quelle histoire pour la criminologie en France ? (1885-1939) » [[en ligne](#)], art. cit.

²⁴¹ Frédéric CHAUVAUD, « Le sacre de la preuve indiciale, de la preuve orale à la preuve scientifique (XIX^e-milieu du XX^e siècle) », art. cit., p. 228-229.

le procès pénal en y apportant des preuves scientifiques ; la justice devient donc plus moderne et rationnelle²⁴².

De manière encore plus pratique, c'est une tendance que nous observons également dans les dossiers de procédure de la Cour d'assises de Paris. Rares initialement, les photographies se développent de plus en plus. Si elles ne concernent que les délinquants dans un premier temps, nous finissons effectivement par avoir des rapports de géomètres-experts qui se rendent sur les lieux du crime pour en établir le plan, à l'aide de photographies à l'image de l'illustration suivante²⁴³ :

Exemple de photographie d'une scène criminelle

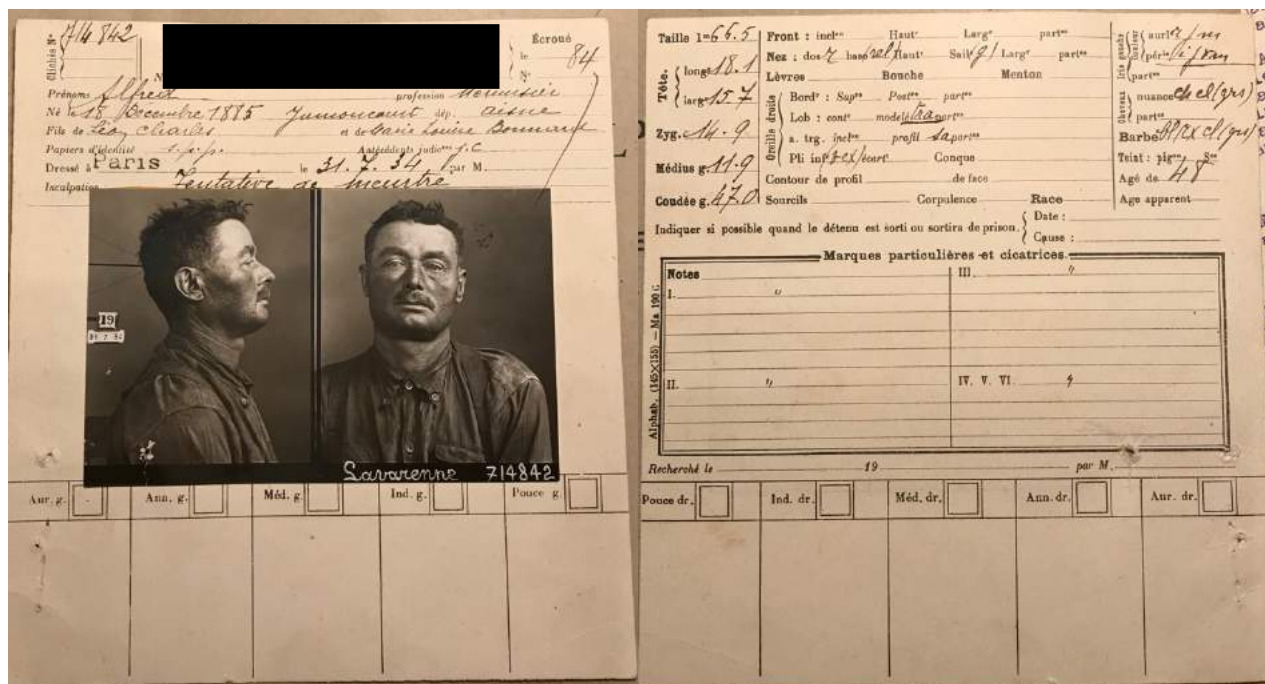


²⁴² Vincent ZUBERBUHLER, « Écrire l'histoire de la médecine légale. L'apport des manuels de Foderé à Lacassagne », art. cit., p. 95.

²⁴³ AP, D 2U 8 409 (1935) : l'illustration est caviardée pour répondre aux limites de notre dérogation d'accès aux dossiers de procédures contemporaines.

De la même manière, on trouve de plus en plus souvent, pour ne pas dire systématiquement, une photographie de la personne interpellée, avec des informations sur ses caractéristiques physiques au dos de la fiche cartonnée²⁴⁴ :

Exemple de fiche signalétique cartonnée



Ces fiches remplacent les anciens « tableaux de renseignement » qui étaient remplis pour mieux cerner la personnalité de l'accusé avec des informations sur l'âge, la profession, le statut marital, les facultés de lecture et d'écriture, etc. Nous voyons donc qu'il y a un affinement des techniques de police, qui permettent également un affinement des techniques judiciaires et des décisions qui seront rendues. En effet, un magistrat qui est mis face à un primodélinquant n'agit pas de la même manière que devant un récidiviste. Du moins, c'est l'hypothèse que nous posons, et qui est soutenue par les textes législatifs qui vont en ce sens²⁴⁵.

Ainsi, nous voyons bien en quoi les révolutions déterministes de la fin du XIX^e siècle permettent l'entrée, dans le système policier et judiciaire, d'éléments qui sont clairement le fruit de données criminologiques. Cela participe d'un mouvement de spécialisation des sciences pénales qui progressent en scientificité ; cela participe

²⁴⁴ AP, D 2U 8 396 (1935) : l'illustration est caviardée pour répondre aux limites de notre dérogation d'accès aux dossiers de procédures contemporaines.

²⁴⁵ Puisque la loi du 27 mai 1885 sur la relégation le prévoit également.

également d'un mouvement de sécurisation du droit qui se pare des atours de la technique scientifique pour trancher. Nous pouvons donc considérer que les décisions judiciaires, à partir de ce tournant, ne seront plus les mêmes que par le passé, puisqu'elles sont désormais épaulées par ces analyses quantifiables qui paraissent plus certaines que les anciennes techniques parfois qualifiées d'archaïques²⁴⁶. C'est au visa de cet ensemble que nous postulons qu'il s'agit alors d'un système pénal perfectionné.

²⁴⁶ Sur ce point, voir notamment Thomas Andrew GREEN, *Freedom and Criminal Responsibility in American Legal Thought*, *op. cit.*, p. 40.

Section II. Le développement inégal des savoirs relatifs à l'intention

En même temps que le système pénal subit des assauts d'une rare violence contre l'idée du libre arbitre, avec des coups portés par les tenants des doctrines déterministes, des sciences que nous pouvons considérer cousines de l'intention vont émerger ou être consolidées.

Instinctivement, nous pensons immédiatement à la psychiatrie, la psychologie et à l'analyse de l'inconscient par le biais de la psychanalyse. Alors que la psychiatrie est un objet de pensée porté par la critique du système pénal du XVIII^e siècle, elle va gagner en importance au cours du XIX^e siècle, certainement aidée par la découverte de l'analyse de l'inconscient par Sigmund Freud (1856-1939), à Vienne. La psychologie, quant à elle, bénéficie également de cette lancée et se développe tant dans la société civile, qu'au cours des procès pénaux, par le recours à des expertises psychologiques des accusés.

Pour autant, ni la psychologie, ni la psychiatrie ou encore la psychanalyse ne semblent pouvoir aider les juristes à mieux saisir l'intention. Alors que le psychologue aura tendance à chercher des schémas de pensées, le psychiatre, lui, sera obnubilé par la quête de maladies mentales qui peuvent expliquer un défaut dans le discernement. La psychanalyse, quant à elle, propose une explication de l'inconscient, et n'intervient pas véritablement dans le processus pénal. Néanmoins, l'ensemble de ces savoirs nous fait une nouvelle fois graviter autour de l'intention, sans véritablement pouvoir en apporter de preuve tangible ou de définition. Ce sont des sciences qui acceptent le schéma du libre arbitre, le tiennent pour acquis, et travaillent à partir de ce postulat qui passerait presque pour une vérité immuable (§ 1).

Ce faisant, la doctrine juridique se trouve toujours autant démunie concernant ces notions de volonté, de liberté, d'intention, et ne s'en saisit pas réellement. De surcroît, joue toujours l'idée naturelle selon laquelle les humains agissent avec des intentions, trame de pensée quasi immuable socialement et scientifiquement, une fois que les théories déterministes auront fini d'être déconstruites, pour n'y piller que les éléments qui peuvent être remobilisés dans un système ouvrant largement les vannes au libre arbitre.

De fait, l'intention n'intéresse que très peu la doctrine ; tout au plus est-elle prise en compte quand elle fait défaut. Ainsi, la seule définition qui nous semble opérante est une détermination par la négative : à défaut de pouvoir prouver concrètement les intentions, au moins cherche-t-on à discerner lorsqu'elles sont absentes ou défailtantes (§ 2).

§ 1. La percée de l'analyse psychique

Alors que les expertises psychiatriques arrivent assez rapidement dans les prétoires – à partir de la fin du XIX^e siècle –, l'expertise psychologique n'y intervient que plus tardivement – premier tiers du XX^e siècle. Ce sont pourtant, toutes les deux, des sciences intéressantes pour ce qui touche l'intention, puisque leur matière première est l'âme du délinquant. Pour la psychologie, le lien est d'autant plus évident que les études psychologiques étaient avant la seconde moitié du XIX^e siècle, des études sur les facultés de l'âme – branche philosophique de la psychologie. Néanmoins, elle s'écarte de cette donnée pour devenir ce que nous appellerons la psychologie expérimentale dans la seconde moitié de ce même siècle (A).

La psychiatrie, quant à elle, voit son essor notamment dans l'entre-deux-guerres, par la nécessité de soigner les personnes traumatisées qui reviennent du front. Néanmoins, c'est une science ancienne, qui était déjà prise en considération par le droit au cours du procès (B).

Il reste certain que psychologie et psychiatrie bénéficient du mouvement généralisé de remise à plat du système de pensée qui s'opère dans la seconde moitié du XIX^e siècle. L'empirisme gagne du terrain et force une majorité de penseurs à revoir leur grille analytique. Ce mouvement est d'autant plus intéressant pour nous, qu'il s'attache par principe, et *a priori*, à la notion centrale de notre travail : l'intention.

A. La montée en puissance de l'analyse psychologique

La psychologie est aujourd'hui la « science de la vie mentale, des données de conscience, des facultés et des opérations de l'esprit »²⁴⁷. Néanmoins, il n'en a pas toujours été ainsi. Lorsque l'on observe les anciennes versions du *Dictionnaire de l'Académie française*, nous pouvons relever un glissement sémantique du terme et, surtout, un changement radical de cap.

En effet, le terme « psychologie » n'apparaît qu'à partir de la 4^e édition du dictionnaire, en 1762, et la définition est aussi lapidaire que lacunaire : « Traité de l'âme, science de l'âme »²⁴⁸. La 5^e édition n'est pas plus fleuve sur la question, et se contente d'ajouter des accents circonflexes sur le mot « âme »²⁴⁹. Ce n'est qu'en 1835, dans la 6^e édition, que le contenu s'étoffe un peu, en exposant désormais que la psychologie est une « partie de la philosophie qui traite de l'âme, de ses facultés et de ses opérations ».

Nous apprenons donc que la psychologie est intimement liée à la philosophie, et serait même la branche de la philosophie qui intéresserait le plus notre travail, puisque les intentions siègent dans l'âme, elles sont une partie de l'impalpable immatériel. Cette définition demeure stable jusqu'à la 9^e édition qui apporte les changements susmentionnés. De fait, le *Dictionnaire de l'Académie française* ne prend pas acte d'un changement important qui s'opère en philosophie et en psychologie : le développement de la psychologie expérimentale.

Étrangement, cette branche de la philosophie apparaît presque en même temps que le dictionnaire pose la définition selon laquelle la psychologie serait une composante des analyses philosophiques. En réalité, sous l'impulsion de l'empirisme qui prend de l'ampleur, notamment porté par Comte (1798-1857)²⁵⁰, il convient désormais de distinguer entre la psychologie philosophique qui continue de s'occuper des interrogations métaphysiques sur l'âme, et la psychologie expérimentale. Cette

²⁴⁷ V^o « Psychologie », *Dictionnaire de l'Académie française* [en ligne], 9^e éd., s. d. [consulté le 13 avril 2022], URL : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9P4931>.

²⁴⁸ V^o « Psychologie », *Dictionnaire de l'Académie française* [en ligne], 4^e éd., 1762 [consulté le 13 avril 2022], URL : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A4P2331>.

²⁴⁹ V^o « Psychologie », *Dictionnaire de l'Académie française* [en ligne], 5^e éd., 1798 [consulté le 13 avril 2022], URL : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A5P2382>.

²⁵⁰ Voir notamment Mary PICKERING, « Le positivisme philosophique : Auguste Comte », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2 (2011), p. 49-67.

dernière, la psychologie expérimentale, correspond à la psychologie telle que nous l'entendons, celle qui cherche à comprendre les comportements extériorisés²⁵¹. Elle se distingue de la psychiatrie en ce qu'elle ne recherche pas nécessairement des troubles mentaux mais, en matière criminelle, fait une sorte de criminogénèse de l'action criminelle : une explication de l'histoire du crime d'un point de vue subjectif, celui de l'auteur²⁵².

L'approche psychologique de l'action criminelle n'est pas ignorée par les auteurs de la fin du XIX^e siècle, comme le démontre Tarde qui la prend comme un objet de questionnements²⁵³. D'ailleurs, nombreux sont les auteurs qui considèrent la psychologie comme un élément important du crime²⁵⁴.

Ce mouvement ne nous étonne pas, puisque le regard est déporté de l'action criminelle, pour se concentrer plus encore sur le délinquant. Il n'est donc pas utile de disserter à merci sur les exactions, mais sur les raisons qui ont pu pousser à agir de la sorte. La psychologie est tout indiquée ici.

Nous pourrions donc espérer et croire que l'intention devient un objet prépondérant des débats. Il n'en est rien. Alors que la psychologie philosophique s'intéresse à l'âme, la psychologie expérimentale s'intéresse aux actions.

En effet, la psychologie expérimentale va prendre pour objet les interactions de la personne avec le monde qui l'entoure, pour essayer de trouver des trames comportementales qui pourront être exploitées pour percer la barrière du subconscient, et déterminer un schéma classique de passage à l'action²⁵⁵. En somme, l'étude psychologique du criminel revient à essayer de déterminer quels sont les

²⁵¹ Maurice REUCHLIN, *Histoire de la psychologie*, Paris, PUF, 2010, p. 5-8.

²⁵² Giacomo CANEPA, « Les perspectives biologiques et psychologiques dans le domaine des études cliniques sur le comportement criminel », dans Denis Szabo, Marc Ancel et Peter Lejins (dir.), *La criminologie : Bilan et perspectives. Mélanges offerts à Jean Pinatel*, Paris, Pedone, 1980, p. 183-201.

²⁵³ Gabriel TARDE, *La philosophie pénale*, 5^e éd., *op. cit.*, p. 53.

²⁵⁴ Pour preuve nous renvoyons au total du nombre d'articles (présentations, mémoires originaux, revue critique, etc.) des *Archives d'anthropologie criminelle* qui concernent la psychologie : 95 apparitions. Cela démontre une certaine importance quant au caractère psychologique du criminel, et la nécessité de mieux saisir cette discipline. Pour obtenir ce chiffre, nous avons analysé les documents suivants : Alexandre LACASSAGNE, René GARRAUD et Henry COUTAGNE (dir.), *Archives de l'anthropologie criminelle*, 1-7 (1886-1892) ; Alexandre LACASSAGNE et Gabriel TARDE (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 8-19 (1893-1904) ; Alexandre LACASSAGNE et Paul DUBUISSON (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 20-23 (1905-1908) ; Alexandre LACASSAGNE (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 24-29 (1909-1914).

²⁵⁵ Patrick-Ange RAOULT, « Psychologie clinique et criminologie », *Bulletin de psychologie*, 1 (2006), p. 3-5.

éléments endogènes, autres que pathologiques – qui relèveraient donc du médical, c'est-à-dire de la psychiatrie –, qui peuvent être déterminants. Néanmoins, cette analyse ne porte plus sur l'âme, philosophique, mais sur les éléments tangibles, que l'on peut expérimenter, d'où l'appellation de « psychologie expérimentale ». D'ailleurs, l'un des fondateurs de la psychologie moderne, Théodule Ribot (1839-1916)²⁵⁶, ne dit pas autrement en affirmant que :

Ce serait ici le lieu de montrer dans la psychologie les mêmes tendances, de faire voir que ses plus récentes transformations l'ont affranchie du joug métaphysique et qu'elle réclame, elle aussi, son autonomie. [...]

La psychologie ne se demandera point ce que c'est que l'âme : elles s'interdiront toute excursion dans la région des causes premières. C'est la condition absolue de leur existence comme sciences exactes et capables de progrès. [...]

La psychologie dont il s'agit ici sera donc purement expérimentale : elle n'aura pour objet que les phénomènes, leurs lois et leurs causes immédiates ; elle ne s'occupera ni de l'âme ni de son essence, car cette question étant au-dessus de l'expérience et en-dehors de la vérification, appartient à la métaphysique²⁵⁷.

Il mobilise d'ailleurs l'*ancienne* définition, pour la combattre, tout en mettant en avant une nouvelle perspective qui permettrait de rendre la psychologie autonome :

La psychologie, entendue dans son sens ordinaire, est donc une étude plus occupée d'abstractions que de faits, fondée sur une méthode subjective et remplie de discussions métaphysiques. Voyons maintenant ce que peut être la psychologie conçue comme science indépendante²⁵⁸.

Cette approche intéresse les auteurs du XIX^e et du XX^e siècle, puisque s'ils arrivent à percer la manière de fonctionner du délinquant, ils pourront lui appliquer une peine déterminée par ce schéma de cheminement criminel, et donc toujours mieux individualiser. De façon identique, comprendre le passage à l'acte permet de saisir les éléments déclencheurs des exactions criminelles pour essayer de les désamorcer, et ainsi éviter une récidive.

²⁵⁶ Serge NICOLAS, « Théodule Ribot. Le philosophe, la mémoire et l'imagination », dans Jean-François Marmion (dir.), *Histoire de la psychologie*, Paris, Éditions Sciences Humaines, 2012, p. 35-37.

²⁵⁷ Théodule RIBOT, *Psychologie anglaise contemporaine*, 3^e éd., Paris, Germer, 1881, p. 6, 14 et 34.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 32.

Alors que les analyses psychologiques apparaissent assez rapidement dans le champ disciplinaire criminologique²⁵⁹, elles mettront plus de temps à percer au sein des procès. En effet, nous n'en rencontrons pas au cours du XIX^e siècle, et ne font qu'une apparition timide au XX^e siècle. À partir de 1935²⁶⁰, il n'est pas rare que se côtoient, au sein d'une même affaire, un médecin légiste, un expert psychiatre, et un expert dit « médico-psychologique », qui s'occupe donc de la partie psychologique du travail d'expertise.

De 1935 à 1945, nous ne relevons qu'une seule expertise médico-psychologique sur 20 dossiers dépouillés, ce qui demeure très peu. Pour expliquer cette faible représentation de la psychologie en tant que science convoquée aux assises, nous posons l'hypothèse selon laquelle elle était peut-être estimée inutile par les magistrats. En effet, l'expertise médico-psychologique cherche à comprendre la trame de ce qu'il s'est passé à l'image de celle que nous avons pu consulter et qui se présente comme suit :

Renseignements généraux (antécédents, hérédité, etc.) : L'impression générale donnée par l'inculpée et sa façon de nous renseigner sur son passé confirmeraient entièrement les renseignements élogieux fournis par l'enquête sociale.

État biologique : Aspect normal, un peu délicat ; tremblement émotif des doigts, tachycardie facile, pleurs faciles. À noter une réaction de Vernhes pour la syphilis, très positive (nota : la réaction de Bordet-Wassermann n'a pas été faite).

État psycho-moral : Intelligence normale – Connaissances scolaires insuffisamment conservées sur certains points, satisfaisantes sur d'autres : a eu une existence scolaire très cahotée, a changé trois fois d'école. N'a pu être présentée au C.E.P. En ce qui concerne la tentative d'homicide, ses réponses ont un accent de véracité. Sous réserve de l'enquête de police, il semble bien qu'il se soit agi d'un acte de légitime défense contre un agresseur longuement odieux. Il y a, en outre, de tenir compte de l'émotivité de l'inculpée, émotivité qui tient à la fois à la constitution biologique, et à la coïncidence avec la puberté. L'état d'angoisse accusé par le sujet, et qui l'avait amenée à des idées de suicide, correspond sans doute à la réalité.

²⁵⁹ Il convient de noter que le terme même de psychologie apparaît dans le titre des *Archives de l'anthropologie criminelle*, qui, en entier, se nomme *Archives d'anthropologie criminelle, de criminologie et de psychologie normale et pathologique* à partir de 1893. Le vocable « psychologie » restera employé dans le titre jusqu'au dernier numéro, en 1914.

²⁶⁰ Les fonds d'archives du début du XX^e siècle sont malheureusement perdus et/ou détruits.

Propositions : Si la mineure est acquittée, il y aurait lieu de la confier, pendant quelque temps, à une institution charitable pour sédation de l'état d'angoisse dont la persistance doit être envisagée²⁶¹.

Dans un premier temps, nous pouvons déjà constater que le déroulé de l'expertise suit une trame logique, standardisée, ce qui peut déjà contraindre l'expert dans son travail. On note un souci de précision et de concision également, puisque l'ensemble tient sur une seule page. Surtout, nous pouvons relever le faible niveau d'informations qui nous sont fournies par ce document.

Les renseignements généraux sur les antécédents sont faits, également, par les policiers lorsqu'ils doivent dresser le CV de la personne accusée – c'est-à-dire le déroulé de la vie de la personne incriminée. L'état biologique, quant à lui, est très souvent, pour ne pas dire toujours, réalisé par un médecin légiste : sur les 20 dossiers dépouillés entre 1935 et 1945, pas un seul ne fait exception à la présence d'un rapport de médecin légiste qui examine tant la victime, que l'agresseur.

Seule la partie sur l'état psycho-moral fait preuve d'un minimum d'originalité par rapport aux autres éléments qui peuvent être apportés par des acteurs différents. Néanmoins, cette originalité n'est qu'une originalité de façade, puisque nous pouvons constater que les éléments expliqués ne sont pas très techniques ; de plus, sur le fond, les renseignements qui sont pris sur l'accusé, par la police²⁶², ont tendance à recouper pour beaucoup ce que peut déclarer l'expert médico-psychologue.

Par ailleurs, il est intéressant que le but affiché de la psychologie ne soit pas de nourrir le débat sur la question du libre arbitre, comme le font les tenants de l'école éclectique et ceux du déterminisme. En effet, Ribot déclare même que :

Un second résultat, c'est de faire naître des questions vaines, factices, comme celle-ci : La conscience est-elle une faculté distincte ? Les discussions sur le libre arbitre pourraient bien être de cette nature ; le problème n'étant peut-être inextricable que parce qu'il est mal posé. Ainsi, on perd en disputes oiseuses le temps qu'on devrait mettre à observer, et au lieu d'observateurs impartiaux, il se forme des partis poussant à outrance

²⁶¹ AP, D 2U 8 397 (1935).

²⁶² Nous rappelons qu'il existe un tableau de renseignements qui pose, notamment, l'état des connaissances scolaires de la personne interpellée.

leurs hypothèses, éternellement en lutte, parce qu'ils combattent des chimères, et qu'on ne peut ni tuer, ni emprisonner les fantômes²⁶³.

La psychologie n'a donc pas pour objectif affiché de venir apporter une réponse toute faite sur la liberté ou sur l'intentionnalité. Néanmoins, elle demeure une science auxiliaire à l'intention en ce qu'elle cherche à comprendre les actions humaines par leur psychisme, par les réactions internes qui mènent à des concrétisations matérielles. Seulement elle abandonne tout dogmatisme en s'éloignant de la métaphysique, et ne cherche des réponses que dans les éléments qu'il est possible d'expérimenter et donc de mesurer. Dès lors, le libre arbitre n'est pas ciblé ; en revanche, l'intention dans l'action, elle, est un élément qui peut être expérimenté puisqu'extériorisé dans le monde sensible.

Néanmoins, il ne faut pas se laisser aveugler par la percée de cette discipline. Alors que le terme « psychologie » se rencontre de plus en plus en doctrine, au point de supplanter le terme sociologie dans les *Archives de l'anthropologie criminelle*²⁶⁴, il reste que la psychologie expérimentale n'est pas encore vue comme une source intéressante pour combler les trous du récit criminel en justice. Pour preuve, nous pointons le peu d'expertises psychologiques commandées en justice en nous fondant sur notre analyse des dossiers de procédure : sur 52 dossiers étudiés pour la période 1875-1945²⁶⁵, nous ne relevons qu'une seule expertise médico-psychologique²⁶⁶.

²⁶³ Théodule RIBOT, *Psychologie anglaise contemporaine*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 28.

²⁶⁴ Sur l'ensemble des 29 numéros des *Archives d'anthropologie criminelle*, le terme « psychologie » apparaît 95 fois dans la table des matières, nous signalant la présence d'un article, d'une recension, d'une présentation de Congrès, etc. ; le terme « sociologie », quant à lui, apparaît 20 fois. Cette étude n'est cependant que quantitative et non qualitative ; il nous semble néanmoins que la différence entre les chiffres est significative. Ici, voir Alexandre LACASSAGNE, René GARRAUD et Henry COUTAGNE (dir.), *Archives de l'anthropologie criminelle*, 1-7 (1886-1892) ; Alexandre LACASSAGNE et Gabriel TARDE (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 8-19 (1893-1904) ; Alexandre LACASSAGNE et Paul DUBUISSON (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 20-23 (1905-1908) ; Alexandre LACASSAGNE (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 24-29 (1909-1914).

²⁶⁵ AP, D 2U 8 34 (1875) ; D 2U 8 36 (1875) ; D 2U 8 41 (1875) ; D 2U 8 42 (1875) ; D 2U 8 93 (1880) ; D 2U 8 94 (1880) ; D 2U 8 96 (1880) ; D 2U 8 97 (1880) ; D 2U 8 98 (1880) ; D 2U 8 99 (1880) ; D 2U 8 99 (1880) ; D 2U 8 101 (1880) ; D 2U 8 104 (1880) ; D 2U 8 107 (1880) ; D 2U 8 108 (1880) ; D 2U 8 109 (1880) ; D 2U 8 174 (1885) ; D 2U 8 175 (1885) ; D 2U 8 177 (1885) ; D 2U 8 178 (1885) ; D 2U 8 179 (1885) ; D 2U 8 180 (1885) ; D 2U 8 181 (1885) ; D 2U 8 182 (1885) ; D 2U 8 185 (1885) ; D 2U 8 188 (1885) ; D 2U 8 188 (1885) ; D 2U 8 193 (1885) ; D 2U 8 194 (1885) ; D 2U 8 195 (1885) ; D 2U 8 257 (1890) ; D 2U 8 258 (1890) ; D 2U 8 259 (1890) ; D 2U 8 260 (1890) ; D 2U 8 262 (1890) ; D 2U 8 263 (1890) ; D 2U 8 264 (1890) ; D 2U 8 266 (1890) ; D 2U 8 390 (1935) ; D 2U 8 391 (1935) ; D 2U 8 396 (1935) ; D 2U 8 397 (1935) ; D 2U 8 399 (1935) ; D 2U 8 400 (1935) ; D 2U 8 403 (1935) ; D 2U 8 405 (1935) ; D 2U 8 406 (1935) ; D 2U 8 407 (1935) ; D 2U 8 409 (1935) ; D 2U 8 605 (1940) ; D 2U 8 606 (1940) ; D 2U 8 607 (1940) ; D 2U 8 610 (1940) ; D 2U 8 614 (1940) ; 107 W 5 (1940) ; 107 W 10 (1940) ; 107 W 30 (1945) ; 107 W 31 (1945) ; 107 W 32 (1945) ; 122 W 33 (1945) ; 122 W 34 (1945) ; 122 W 37 (1945) ; 122 W 40 (1945) ; 122 W 41 (1945).

²⁶⁶ AP, D 2U 8 397 (1935).

Il y a donc un hiatus entre l'intérêt doctrinal pour cette discipline nouvellement constituée à la suite de sa séparation avec la philosophie, et l'appétence juridique pour elle. Peut-être pouvons-nous trouver une autre explication que celle donnée plus haut, en avançant que la psychologie était encore vue comme une demi-science, souvent couplée encore avec l'hypnose ou le magnétisme²⁶⁷, par exemple, dont le statut scientifique ne sera acquis que plus tard. La question du coût de l'expertise et la célérité du procès peuvent éventuellement être d'autres éléments déterminants, qu'ils jouent de manière concomitante ou exclusive.

En parallèle de la psychologie, il est une autre science en rapport direct avec l'intention qui se développe sur la même période : il s'agit de la psychiatrie.

B. Le développement de l'analyse psychique et psychiatrique

La psychiatrie a un lien plus particulier et direct avec le droit, du fait de l'article 64 du *Code pénal* qui dispose que : « Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister ». La démence fait donc rentrer l'analyse des troubles psychiatriques dans le champ juridique.

De longue date la folie faisait partie des causes qui dressaient un obstacle à l'imputation pénale du méfait²⁶⁸. Il est donc nécessaire qu'une partie intervienne au cours de l'audience pour statuer sur la folie, ce que feront les experts psychiatres. Néanmoins, la psychiatrie n'est pas aussi vieille que la procédure pénale ; lorsque le corps des experts psychiatres n'existait pas encore, l'analyse de l'état mental revenait à un médecin²⁶⁹.

En effet, la psychiatrie n'apparaît qu'au début du XIX^e siècle, en Allemagne, puis dans le reste du monde²⁷⁰. L'un des précurseurs est Pinel (1745-1826), qui publie un *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale* en 1801, et connaît une seconde

²⁶⁷ Pour un exemple concret, voir l'étude de Pierre JANET, *L'automatisme psychologique*, 2^e éd., Paris, Alcan, 1894 : il mobilise l'hypnose pour nourrir une étude de psychologie.

²⁶⁸ La folie était déjà vue comme un facteur de non-imputabilité à Rome ; on estimait alors que le fou était déjà suffisamment puni par sa pathologie. Sur ce dernier point, voir Jean-Marie CARBASSE, *Introduction historique au droit*, op. cit., 1990, p. 7.

²⁶⁹ Yann ARNOUX, *Le recours à l'expert en matière pénale*, op. cit., 2004.

²⁷⁰ Jacques HOCHMANN, *Histoire de la psychiatrie*, Paris, PUF, 2011, p. 5.

édition en 1809²⁷¹. Il y réclame une meilleure prise en considération des pathologies mentales qui sont, jusqu'à présent, mal cernées et mal guéries, en prenant pour exemple concret la manie²⁷² :

Peu d'objets en médecine sont aussi féconds que la manie en points de contact nombreux, en rapprochements nécessaires entre cette science, la philosophie morale et l'histoire de l'entendement humain. Il y en a bien moins encore sur lesquels il y ait autant de préjugés à rectifier et d'erreurs à détruire²⁷³.

La psychiatrie est donc un champ d'études encore relativement vierge, parce que semé de recherches qui ne sont pas concordantes ni probantes d'après lui. Son travail est un premier point d'étape, à partir duquel d'autres analyses pourront éclore et se spécialiser dans le traitement de la folie²⁷⁴. Il faut noter, dans cette voie, l'adoption de la loi du 30 juin 1838 sur le traitement des malades mentaux et les restrictions de leur liberté qui peuvent en découler. L'article premier de la loi dispose que :

Chaque département est tenu d'avoir un établissement public, spécialement destiné à recevoir et soigner les aliénés, ou de traiter, à cet effet, avec un établissement public ou privé, soit de ce département, soit d'un autre département.

Les traités passés avec les établissements publics ou privés devront être approuvés par le ministre de l'Intérieur²⁷⁵.

La création de ces établissements publics dédiés au soin des malades mentaux entraîne une forme de spécialisation et de professionnalisation accrue pour les psychiatres, qui ont désormais des structures dédiées²⁷⁶. Il y a donc une reconnaissance de la discipline par l'État, qui donne aux aliénistes une position sociale, en plus de celle qui leur était accordée très tôt par l'article 64 du *Code pénal*.

Il en ressort donc que l'apparition, la spécialisation et la reconnaissance de la psychiatrie est antérieure à la période que nous étudions présentement²⁷⁷. Néanmoins, elle bénéficie de développements forts intéressants entre 1870 et 1945.

²⁷¹ Philippe PINEL, *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale*, 2^e éd., Paris, Brosson, 1809.

²⁷² *Ibid.*, notamment p. I-XXXII.

²⁷³ *Ibid.*, notamment p. XXIII-XIV.

²⁷⁴ Jacques HOCHMANN, *Histoire de la psychiatrie*, op. cit., p. 10 et s.

²⁷⁵ *Loi Esquirol sur les aliénés* du 30 juin 1838, art. 1^{er}.

²⁷⁶ Jacques HOCHMANN, *Histoire de la psychiatrie*, op. cit., p. 15.

²⁷⁷ Si une chaire de pathologie mentale est créée en 1879 à Paris, l'institutionnalisation commençait donc quelques années avant. À la suite de la loi du 30 juin 1838, nous pouvons relever également que sont créées les *Archives médico-psychologiques* en 1843, et que les aliénistes se retrouvent au sein de la Société

En premier lieu, nous pouvons relever les études de Breuer (1842-1925), qui se préoccupait davantage du point de vue du patient, replacé dans sa subjectivité, au lieu de chercher à affronter directement les symptômes pour en traiter les effets²⁷⁸. Freud s'inscrit dans cette lignée et abandonne, peu à peu, les traitements par électrochocs et autres séances d'hypnose, pour se contenter de débusquer les névroses dans les associations linguistiques des patients. C'est cette analyse qui arrive en fin du XIX^e siècle qui intéresse la psychanalyse, en même temps qu'elle développe le champ des possibles de la psychiatrie, en revenant notamment sur le présupposé héréditaire d'un certain nombre de pathologies²⁷⁹.

En parallèle, le droit semble instrumentaliser ces découvertes et a une tendance marquée à confondre le malade mental et le récidiviste dans la réponse pénale qui y est apportée²⁸⁰. Les psychiatres, de leur côté, dénoncent l'illusion selon laquelle la psychiatrie pourrait soigner la délinquance persistante. Selon nous, cette confusion est nourrie par l'ensemble des études criminologiques qui contribuent à construire l'image d'un criminel-né, malade ; nous l'avons dit et vu, le délinquant est désormais perçu comme une personne malade qu'il faut soigner. Loin de rester une figure de style pour que le message puisse être délivré et facilement compris, la métaphore est poussée à son paroxysme et commence à se muer en vérité : les délinquants sont réellement et concrètement vus comme des malades – mentaux.

En termes intentionnels, cela traduit une chute du nombre des personnes qui peuvent se voir déclarer responsables de leurs actes. En confondant la personne qui a des troubles mentaux avec l'infracteur régulier, l'article 64 du *Code pénal* peut être mobilisé à outrance et ne plus recouvrir exactement le périmètre qui lui était disposé initialement. De fait, à ce moment particulier, l'intention est atteinte dans son intégrité puisqu'un nombre potentiellement grand d'individus peut être déclaré comme non imputable : ils auraient un défaut de volition du fait de leur folie supposée ou réelle.

Médico-Psychologique à partir de 1852. Sur ce dernier point, voir Jean-Christophe COFFIN, « La place de la psychiatrie dans les *Archives d'anthropologie criminelle* » [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 1^{er} janvier 2006 [consulté le 20 septembre 2018],
URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/122>.

²⁷⁸ Jacques HOCHMANN, *Histoire de la psychiatrie*, op. cit., p. 58.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 65 et s.

²⁸⁰ Anne WYVEKENS, « La rétention de sûreté en France : une défense sociale en trompe-l'œil (ou les habits neufs de l'Empereur) », art. cit., p. 514.

Néanmoins, la consultation des dossiers de procédure nous permet de dire que la procédure pénale ne s'engouffre pas tout entière dans ces considérations et que le recours à l'article 64 demeure mesuré. Certainement pouvons-nous subsumer que les aliénistes, experts psychiatres, cherchaient également à défendre leur domaine en n'abusant pas des déclarations de non-responsabilité pour défaut de compréhension des actions et de leurs conséquences. Nous avons par exemple un expert qui déclare que :

L'étude des circonstances qui ont précédé l'assassinat de [X], la provocation répétée, la lutte elle-même, ne permettent pas de supposer un moment une impulsion morbide à laquelle [Y] n'eût pu résister. Les mobiles de l'acte sont communs, ce sont la jalousie et le désir de se venger ; ces mobiles sont évidemment passionnels, **mais la passion n'est pas la folie** et, après cet examen, nous sommes autorisés à conclure que : le M. [Y] est responsable de ses actes²⁸¹ [nous soulignons].

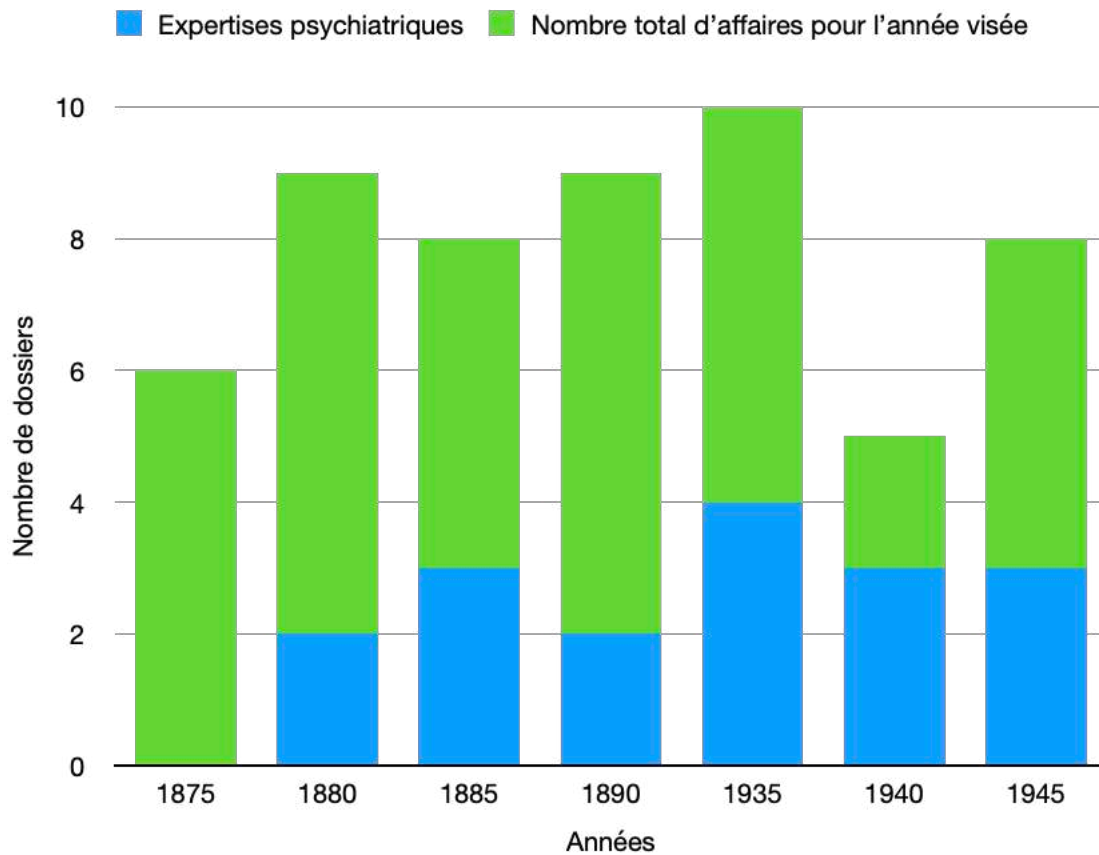
Cette citation fait montre d'une certaine pédagogie, pour ne pas dire qu'elle professe un cours à destination de la justice ; la leçon du jour tient sur la différenciation entre un crime passionnel et la folie. Le docteur nous le signale très clairement : « la passion n'est pas la folie ». Cela sonne comme un écho d'une période qui aurait eu tendance, de manière excessive, à tout prendre pour un acte de folie.

Du reste, le graphique suivant regroupe le nombre d'expertises psychiatriques réalisées sur les dossiers que nous avons pu consulter entre 1875 et 1945²⁸² :

²⁸¹ AP, D 2U 8 96 (1880).

²⁸² AP, D 2U 8 34 (1875) ; D 2U 8 36 (1875) ; D 2U 8 41 (1875) ; D 2U 8 42 (1875) ; D 2U 8 93 (1880) ; D 2U 8 94 (1880) ; D 2U 8 96 (1880) ; D 2U 8 97 (1880) ; D 2U 8 98 (1880) ; D 2U 8 99 (1880) ; D 2U 8 99 (1880) ; D 2U 8 101 (1880) ; D 2U 8 104 (1880) ; D 2U 8 107 (1880) ; D 2U 8 108 (1880) ; D 2U 8 109 (1880) ; D 2U 8 174 (1885) ; D 2U 8 175 (1885) ; D 2U 8 177 (1885) ; D 2U 8 178 (1885) ; D 2U 8 179 (1885) ; D 2U 8 180 (1885) ; D 2U 8 181 (1885) ; D 2U 8 182 (1885) ; D 2U 8 185 (1885) ; D 2U 8 188 (1885) ; D 2U 8 188 (1885) ; D 2U 8 193 (1885) ; D 2U 8 194 (1885) ; D 2U 8 195 (1885) ; D 2U 8 257 (1890) ; D 2U 8 258 (1890) ; D 2U 8 259 (1890) ; D 2U 8 260 (1890) ; D 2U 8 262 (1890) ; D 2U 8 263 (1890) ; D 2U 8 264 (1890) ; D 2U 8 266 (1890) ; D 2U 8 390 (1935) ; D 2U 8 391 (1935) ; D 2U 8 396 (1935) ; D 2U 8 397 (1935) ; D 2U 8 399 (1935) ; D 2U 8 400 (1935) ; D 2U 8 403 (1935) ; D 2U 8 405 (1935) ; D 2U 8 406 (1935) ; D 2U 8 407 (1935) ; D 2U 8 409 (1935) ; D 2U 8 605 (1940) ; D 2U 8 606 (1940) ; D 2U 8 607 (1940) ; D 2U 8 610 (1940) ; D 2U 8 614 (1940) ; 107 W 5 (1940) ; 107 W 10 (1940) ; 107 W 30 (1945) ; 107 W 31 (1945) ; 107 W 32 (1945) ; 122 W 33 (1945) ; 122 W 34 (1945) ; 122 W 37 (1945) ; 122 W 40 (1945) ; 122 W 41 (1945).

*Évolution du nombre d'expertises psychiatriques
entre 1875 et 1945*



Sur les 52 dossiers dépouillés, on observe que leur nombre est globalement stable, malgré une absence notoire en 1875. Il est intéressant d'observer que jamais les experts n'ont déclaré d'individu pleinement irresponsable ; tout au plus décrivent-ils, parfois, que certaines circonstances peuvent être de nature à altérer la volition et donc à amoindrir la responsabilité :

[X], 39 ans inculpé d'homicide volontaire n'est pas un aliéné et n'était pas en état de démence au moment de l'acte.

Mais le caractère impulsif de son acte et la nature un peu malade de sa jalousie sont les preuves d'un déséquilibre psychique qui est de nature à atténuer dans une assez large mesure sa responsabilité pénale²⁸³.

²⁸³ AP, D 2U 8 390 (1935).

Par ailleurs, la période de l'entre-deux-guerres va être particulièrement féconde pour la psychiatrie. Cette époque spécifique permet le développement de questionnements profonds sur les buts et les méthodes de la psychiatrie, à l'aune d'un enseignement communiste ou religieux. Du reste, la plupart des psychiatres de l'entre-deux-guerres ont été mis à l'index, certainement parce que leurs théories étaient contestées²⁸⁴.

Pourtant, neurologues et psychiatres ont une activité intense entre les deux guerres, notamment parce qu'ils doivent soigner les soldats abîmés par le front : il n'y a pas uniquement des blessures physiques, mais des blessures mentales également. Ces expériences traumatiques sont intéressantes pour remettre en cause certaines théories, dont celle de l'hérédité des pathologies mentales. Ainsi, les psychiatres sont-ils par exemple amenés à se demander si le choc des explosions n'est pas, peut-être, de nature à remuer des choses de l'inconscient qui se réveillent et provoquent une maladie mentale²⁸⁵, ce qui revient à renouveler la théorie de l'étiologie morale formulée par Philippe Pinel dans son traité²⁸⁶.

Une réflexion sur les soins est également menée, et on admet que beaucoup de malades légers peuvent être traités sans nécessairement être internés. Ces réformes sont possibles face au nombre de personnes qui reviennent du front avec de nombreux traumatismes ; nous pouvons donc effectivement supposer que la guerre aura eu un impact sur la psychiatrie.

Or, plus la psychiatrie se développe et s'affine, plus les expertises seront précises et éclairantes pour les magistrats. De surcroît, parce qu'elle s'intéresse aux maladies mentales, la psychiatrie est au cœur de nos questionnements sur l'intentionnalité. En effet, une personne déclarée en état de démence est donc non imputable juridiquement : le fait criminel a été produit, mais il est impossible de le rattacher à la personne qui le réalise, puisque cette personne ne comprenait pas l'étendue de l'action et/ou ses conséquences. Nous sommes donc ici dans une

²⁸⁴ Isabelle VON BUELZINGSLOEWEN, « Un effet Grande Guerre sur la psychiatrie française ? » [[vidéographie en ligne](#)], dans Antoine Compagnon, Claudine Haroche, Serge Haroche, Henry Laurens, Alain Prochiantz et Claudine Tiercelin (dir.), *Autour de 1914, nouvelles figures de la pensée : sciences, arts, lettres*, publié le 17 octobre 2014 [consulté le 20 octobre 2021], URL : <https://www.college-de-france.fr/site/colloque-2014/symposium-2014-10-17-12h15.htm>.

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ Philippe PINEL, *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale*, 2^e éd., *op. cit.*

hypothèse selon laquelle il y a eu volonté de l'action, mais sans comprendre pour autant l'action menée. Le débat médical de la prononciation d'une irresponsabilité pour cause de non-imputabilité est donc éminemment cristallisé sur la question de l'intention et, surtout, de la conscience de l'intention et de son niveau d'éclaircissement.

De fait, au fur et à mesure que se développe la psychiatrie, à côté de la neurologie²⁸⁷, les questionnements des médecins seront différents. En effet, on ne conçoit pas de la même manière une pathologie si l'on est persuadés qu'elle est héréditaire – un peu à l'image du criminel-né finalement –, ou si elle peut être causée par des facteurs exogènes sans prédispositions endogènes. Ainsi, au fur et à mesure des progrès qui sont faits en remontant l'histoire de la psychiatrie, ce sont les expertises psychiatriques demandées par la justice qui seront de plus en plus fines et justes – du moins, nous le supposons. Dans un même mouvement, plus la science psychiatrique est reconnue, plus on aura tendance à solliciter des experts psychiatres et à écouter ce que proposent les médecins. Là encore, c'est l'intention qui se trouve mise en avant. Sans analyse psychiatrique sur les accusés, la question intentionnelle reste demandée par le droit criminel, mais ne fait pas l'objet de développements conséquents. En revanche, à partir du moment où une expertise psychiatrique est requise, l'expert va rechercher des pathologies qui peuvent, justement, altérer la volition et donc, l'intention. Parce que les expertises psychiatriques ont tendance à se développer, c'est donc tout le champ d'action de l'intention qui se trouve confirmé et consolidé.

En effet, nous postulons que dans un système qui ne laisserait pas de place au libre arbitre et, plus loin, aux intentions, les expertises psychiatriques seraient inutiles puisque nous aurions basculé dans un système de responsabilité objective : même sans volition, il faudrait réparer l'offense, à l'image de l'obligation parentale de réparer d'éventuels dommages que peut causer leur enfant, sans pour autant que le fait ne lui soit imputable²⁸⁸.

Il en découle que deux disciplines proches de l'intention, la psychologie et la psychiatrie se développent. Alors que la psychologie est encore très faiblement

²⁸⁷ Isabelle VON BUELZINGSLOEWEN, « Un effet Grande Guerre sur la psychiatrie française ? » [[vidéographie en ligne](#)], art. cit.

²⁸⁸ Patrick LINGIBÉ, « Les actes des enfants mineurs : quelle responsabilité pour les parents ? » [[en ligne](#)], *Village de la Justice*, publié le 13 mars 2019 [consulté le 21 août 2022], URL : <https://www.village-justice.com/articles/les-actes-des-enfants-mineurs-quelle-responsabilite-pour-les-parents,30920.html>.

représentée dans les prétoires, la psychiatrie y a droit de citer assez rapidement, certainement portée par les réformes qui poussent vers son institutionnalisation et sa normalisation. Dans un effet inverse quelque peu surprenant, la doctrine semble se passionner pour la psychologie, et beaucoup moins pour la psychiatrie, dont la présence est plus timide dans les études criminologiques²⁸⁹. En parallèle de ces recherches qui portent un modèle fondé sur le libre arbitre et l'intention, la doctrine juridique ne semble pas atteinte par cette envie de comprendre les mécanismes mentaux de création de l'intention, qui reste quelque peu oubliée.

§ 2. *Le mutisme de la doctrine juridique*

En parallèle des développements de plus en plus intenses des sciences qui peuvent se rapprocher de l'intention, la doctrine juridique semble bien plus timide concernant notre notion. Cela peut s'expliquer par le fait que le *Code pénal* ne précise pas l'intention, au mépris du principe de la légalité criminelle, et qu'elle est mise essentiellement en mouvement par le jeu d'une jurisprudence qui aura su l'imposer en matière criminelle et, incidemment, délictuelle.

Chez les quelques auteurs que nous allons étudier²⁹⁰, l'intention fait l'objet d'un traitement plutôt radical : soit elle est étudiée ; soit elle est ignorée. De surcroît, lorsqu'elle fait l'objet d'analyses, nous pouvons sentir, parfois, l'embarras doctrinal face à une notion qui n'a pas vraiment de corps dans l'œuvre législative. Les auteurs tentent donc de justifier sa présence comme ils le peuvent, ce qui se solde généralement par une forme de présupposition irréfragable d'intentionnalité pour certaines incriminations (A).

²⁸⁹ En utilisant comme jauge, encore une fois, le nombre d'apparitions dans les *Archives de l'anthropologie criminelle*, toutes sections confondues, nous obtenons 27 apparitions sur 29 numéros. Ce chiffre est à mettre en corrélation avec les 95 mentions de la psychologie. Ici, voir Alexandre LACASSAGNE, René GARRAUD et Henry COUTAGNE (dir.), *Archives de l'anthropologie criminelle*, 1-7 (1886-1892) ; Alexandre LACASSAGNE et Gabriel TARDE (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 8-19 (1893-1904) ; Alexandre LACASSAGNE et Paul DUBUISSON (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 20-23 (1905-1908) ; Alexandre LACASSAGNE (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 24-29 (1909-1914).

²⁹⁰ Ces auteurs ont été sélectionnés parce qu'ils se citent entre eux, soit pour étayer leur propos, soit pour s'inscrire en faux avec la personne citée. Également, nous prenons le parti d'étudier majoritairement des auteurs bien connus de l'historiographie contemporaine, pour relire ces sources classiques à la lumière d'interrogations autour de la notion d'intention.

En revanche, sous certains aspects, l'intentionnalité redevient une notion phare : lorsque l'ordre naturel des choses se trouve altéré. De fait, dès que l'intentionnalité pose un problème, qu'elle semble être absente chez l'agent délinquantiel, la doctrine retrouve de sa superbe et nous offre des pages emplies d'un savoir technique presque parfait (B).

A. L'intention naturellement présupposée

Nous l'avons dit, l'intention ne dispose pas d'assise textuelle directe, il faut en deviner la présence par le prisme d'une lecture subjectiviste du Code, couplée à un glissement sémantique de certains termes. Edmond Villey (1848-1924) l'a bien compris et nous explique sans ambages que l'intention est présente dans les infractions qui comprennent quelques mots-clefs :

Eh bien, *l'intention* est-elle une condition de l'imputabilité pénale ? Point de doute dans les cas où le législateur s'est expliqué, soit en faisant rentrer l'intention dans la définition du délit par ces mots : *volontairement, sciemment, frauduleusement, méchamment, avec connaissance, dans le dessein de nuire*, etc. soit au contraire en punissant expressément la faute non intentionnelle (comme dans les art. 238, 239, 240, 249, 254, 319, 320, 458)²⁹¹.

Nous avons ici la preuve que ce sont bien des termes connexes à l'intention qui en signalent la présence, de manière détournée ; l'auteur ne trouve pas de contradiction dans le fait que ni le terme *intention* ni celui de *volonté* ne soient présents dans le *Code pénal*. En effet, il continue en déclarant que :

Dans tous les autres cas, nous posons en principe que *l'intention* est une condition de l'imputabilité pénale, sans distinction entre les crimes, les délits et les contraventions, à moins que le contraire ne résulte, expressément ou implicitement, de la définition légale²⁹².

Par ailleurs, sa définition de l'intention est somme toute classique et ne permet pas véritablement d'être éclairante, puisqu'il nous explique que :

²⁹¹ Edmond VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, 6^e éd., Paris, Larose, 1906, p. 108.

²⁹² *Ibid.*

Le mot *intention* (in-tendere) signifie proprement le fait d'avoir voulu les conséquences de l'acte, d'avoir tendu vers ce but ; et il est visible que, dans cette acception, *l'intention* diffère de la *volonté*. Dans l'assassinat et dans l'homicide par imprudence, la volonté de faire l'acte qui a causé la mort existe également ; mais l'assassin a eu de plus *l'intention*, que l'imprudent n'a pas eue²⁹³.

À lire Edmond Villey, les choses sont donc simples, puisque l'intention consiste à avoir voulu l'action et son résultat ; c'est à cette fin qu'il mobilise une comparaison édifiante entre l'homicide involontaire et l'assassinat. Cependant, nous pourrions objecter que dans les deux cas, l'intention est difficile à prouver, ce qu'il ne précise pas. En effet, si l'on s'en tient à sa définition de ce qu'est l'intention, elle reste dans le monde de l'immatériel et, de fait, demeure difficile à saisir. Finalement, sa définition de l'intention n'apporte rien de véritablement nouveau ou de probant à se mettre sous la dent si nous sommes à la recherche d'un critère certain pour en connaître le contenu et la matérialisation.

René Garraud, quant à lui, consacre tout un chapitre à l'élément moral de l'incrimination. Il y écrit notamment que :

D'après le droit pénal positif, il n'existe de responsabilité pénale que pour les conséquences d'un *acte volontaire*, en ce sens que l'agent ne peut être pénalement tenu de ces conséquences que s'il est capable de volonté. *Le caractère volontaire du fait* imputé, telle est donc la base irréductible de la responsabilité. Mais deux problèmes peuvent être posés : 1. Le premier est un problème métaphysique : il s'agit de savoir si la volonté humaine est libre ou déterminée ; 2. Le second est un problème juridique : il s'agit de rechercher les conditions dans lesquelles doit se trouver l'agent pour répondre de ses actes.

I. De la solution du premier problème ne dépend pas le droit social de punir, mais seulement le caractère et le fondement de ce droit. Car si l'homme est fatalement déterminé à commettre le crime, la société est également déterminée à défendre les conditions de son existence contre ceux qui la menacent. Donc, même en faisant abstraction de la question du libre arbitre, le droit pénal reste une fonction nécessaire de l'organisme social : seulement, il est réduit à n'être qu'une pure *fonction défensive* ou *préservatrice* de la société, à laquelle l'idée de justice reste étrangère. Ce que la société punira, si elle se place à ce point de vue, ce ne sera pas une *action immorale*, mais une *action nuisible* ; elle frappera, non un *coupable*, mais un *anti-social*. La question de *responsabilité morale* ne saurait être posée dans ce cas : seule, la *responsabilité sociale*

²⁹³ Edmond VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, 6^e éd., Paris, Larose, 1906, p. 107.

importerait. Le concept de *nocuité* ou de *témibilité* devrait être substitué à celui de *culpabilité*, et il resterait seulement à se demander si la société, qui a incontestablement le droit de se défendre contre les criminels, doit se défendre contre tous par les mêmes moyens, si la recherche de la *responsabilité physiologique* ne devrait pas être le préliminaire de l'exercice de la fonction sociale de punir.

Mais le droit pénal est un acte de défense, adapté aux idées de justice, c'est-à-dire à la conception du bien et du mal et à celle qui en découle forcément, la responsabilité morale de l'individu²⁹⁴ [nous soulignons].

Cette longue citation de René Garraud est intéressante en ce qu'il se préoccupe des arguments déterministes. En effet, il annonce que si les humains sont déterminés au crime, le fondement de la responsabilité doit changer et passer d'un fondement moral vers un fondement social. Nous comprenons que notre auteur y est farouchement opposé. Seulement, son opposition tient sur bien peu de choses : une seule phrase, celle de la fin de la citation mise en gras, sert de contre-argument pour l'ensemble de la théorie de la responsabilité sociale. Son argumentation n'a pas besoin d'aller très loin, puisqu'il convoque des éléments puissants selon lui : la distinction entre le bien et le mal, couplée avec l'idée de la justice. Ce sont donc deux considérations immatérielles, avec des restes de religion, qui viennent fonder notre système de responsabilité non pas sur le lien social abîmé par les exactions criminelles, mais sur la responsabilité morale de l'accusé.

Il continue en ajoutant que :

Sur le fondement de la *responsabilité morale*, distincte de la *responsabilité sociale*, il a toujours existé deux grandes écoles.

D'après la première, la responsabilité morale implique la liberté, si bien que le libre arbitre devient, tout à la fois, la base, la limite et la mesure de la responsabilité.

D'après la seconde, la responsabilité morale n'a pas besoin de s'appuyer sur la liberté : la notion de personnalité suffit pour l'expliquer et la justifier.

Entre ces deux conceptions métaphysiques, le droit positif n'a pas à prendre parti. La liberté absolue d'élection, pas plus que le déterminisme fatal, ne peuvent être démontrés. Ce sont des *thèses*. L'*hypothèse*, c'est que tout acte de l'homme paraît dépendre d'un élément de liberté et d'un élément de nécessité et que, dans les conditions qui lui sont faites par les lois générales, l'homme normal conserve une dose de spontanéité et une puissance de réaction qui suffisent à fonder la responsabilité morale

²⁹⁴ René GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 10^e éd., *op. cit.*, p. 166-167.

individuelle, sans qu'il y ait lieu cependant de mesurer la peine sur cette responsabilité, dont l'existence seule importe pour justifier et colorer la moralité de la répression²⁹⁵.

Ces propos de l'auteur sont encore plus édifiants. Il reconnaît que le libre arbitre absolu et le déterminisme sont des théories qu'il serait impossible de démontrer, s'inscrivant donc en faux avec les auteurs déterministes qui peuplent les rangs des Congrès internationaux de criminologie qu'il côtoie. Le plus intéressant reste l'hypothèse soutenue par l'auteur : il s'agit d'une synthèse orientée. Nous pouvons dire que c'est une synthèse en ce qu'il admet qu'il y a une liberté contrainte, donc non absolue. Néanmoins, elle reste orientée en ce que son postulat final laisse s'exprimer non pas une responsabilité sociale, mais bien une responsabilité morale ! De fait, sous couvert d'une forme de neutralité, il continue d'installer un régime systémique fondé sur la liberté et donc, sur l'intention.

Quelques pages plus loin, il pose un début de définition de l'intention, qu'il distingue de la volonté :

Distinction entre l'intention et la volonté. [...] L'intention, dans le sens étymologique du mot, est la direction de la volonté vers un but (*tendere in*) ; en matière pénale, la direction de la volonté vers l'acte incriminé. Dans ce sens, il est vrai de dire que « il n'y a pas de délit sans intention », que « c'est l'intention qui fait le délit », car l'*intention* se confond alors avec la *volonté*, et le *caractère volontaire* du fait reproché est la condition primordiale de la culpabilité²⁹⁶.

Ce qui nous intéresse particulièrement dans cette citation tient dans l'origine d'une nécessité de l'intention pour caractériser une infraction délictuelle ou criminelle. Puisque le Code n'en dit mot, les auteurs doivent donc trouver d'autres fondements, le plus souvent extratextuels. C'est exactement ce que fait René Garraud qui semble mobiliser le « bon sens populaire », en affirmant que « il est vrai de dire que "il n'y a pas de délit sans intention" ». Cette affirmation voulue comme vraie n'a d'autre fondement qu'elle-même en l'espèce, puisqu'il ne nous précise pas d'où sortirait cette maxime qui fonde, pourtant, l'ensemble du fonctionnement des infractions délictuelles et criminelles.

²⁹⁵ René GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 10^e éd., *op. cit.*, p. 167-168.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 169-170.

En outre, nous ne sommes toujours pas plus informés sur le contenu de l'intention ; tout au plus savons-nous que l'intention contient des volontés, et que la volonté peut être différente de l'intention : alors que l'intention vise le but de l'action, la volonté peut ne concerner que l'action en elle-même²⁹⁷. Par exemple, un tiers peut avoir la volonté de jeter une pierre, sans avoir l'intention qu'elle n'atteigne un badaud à la tête.

Un autre auteur adopte le même raisonnement fondé sur le « bon sens », ou ce que nous pouvons également caractériser comme un *mouvement naturel de l'esprit* ; il s'agit de Degois. Ce dernier admet lui aussi que :

On dit généralement : 1. En règle, les crimes sont intentionnels ; 2. En règle, les délits prévus par le Code pénal sont aussi intentionnels ; mais cette règle souffre d'un certain nombre d'exceptions. Quant aux délits prévus par les lois spéciales, on ne peut poser de règle, il faut les examiner séparément. 3. En règle, les contraventions sont des infractions non intentionnelles²⁹⁸.

Comme Garraud dans son ouvrage, ce nouvel auteur n'a d'autre fondement pour l'intention dans les infractions que ce qui est généralement admis, ce qu'il convient naturellement de concéder. Il pose donc une différenciation d'appréciation de l'intentionnalité comme fondement d'une division tripartite des infractions : les crimes sont toujours intentionnels ; les délits sont majoritairement intentionnels, mais des exceptions peuvent exister ; les contraventions ne sont pas intentionnelles. Cette distinction est purement doctrinale, puisque le *Code pénal*, s'il établit une différenciation en fonction de la pénalité, ne dit rien concernant l'intentionnalité dans les différentes catégories d'infractions. Plus encore, ce qui est intéressant, c'est la généralisation de l'intention pour tous les crimes, même lorsque des termes qui font référence à l'intention n'y sont pas mentionnés, puisque Degois ne dit rien à ce propos. L'œuvre de réécriture immatérielle du Code est donc totale en matière d'intention : en partant d'un glissement sémantique sur quelques termes ciblés, qui peuvent effectivement faire référence à l'intention, nous aboutissons sur une relecture intentionnelle de l'ensemble des infractions criminelles.

²⁹⁷ René GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 10^e éd., *op. cit.*, p. 170 et s.

²⁹⁸ C. DEGOIS, *Traité élémentaire de droit criminel*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1922, p. 50. Degois est professeur de droit pénal à l'université de Caen. Nous n'avons pas de date de naissance ou de décès, mais nous savons qu'il publie exclusivement au XX^e siècle.

Degois est également intéressant en ce qu'il prend en considération l'intention selon les éléments susmentionnés, mais n'en fait pas un élément constitutif de l'infraction lorsqu'il la définit :

On a vu que l'infraction est un fait contraire à la loi, à raison duquel la loi pénale prescrit ordinairement le prononcé d'une peine, ou au moins une déclaration de culpabilité contre l'auteur ou contre le complice. Par suite, pour qu'un fait (ou une abstention) soit une infraction, il est nécessaire :

1. Qu'une loi attache une peine à sa perpétration ;
2. Qu'il ait été exécuté ;
3. En violation de la loi, c'est-à-dire en l'absence de cause de justification ;
4. Que quelqu'un soit exposé à être condamné à une peine (ou, au moins, à être déclaré coupable) pour l'avoir accompli ou pour avoir participé à son accomplissement.

Tels sont les quatre éléments généraux de l'infraction²⁹⁹.

De fait, alors même qu'il considère que les crimes et les délits – de manière générale pour ces derniers – sont nécessairement intentionnels, il ne fait pas mention d'un élément moral en plus de l'élément matériel visé par le fait « qu'il ait été exécuté ». Cela renforce notre idée selon laquelle la doctrine aurait cette tendance à considérer l'intention comme un élément *naturel* ; ces propos sont à mettre en parallèle avec notre analyse des extraits de Garraud qui conçoit une responsabilité *naturellement* morale.

Enfin, et par ailleurs, d'autres auteurs à l'image de Paul Razous (1870-1961)³⁰⁰, n'envisagent tout simplement pas l'intention où que ce soit ; cela ne signifie pas, selon nous, qu'ils ignorent cette qualité de l'infraction, tout au contraire. Nous soumettons l'hypothèse selon laquelle l'élément moral est tellement *naturel* qu'il est inutile de s'appesantir sur le sujet.

En définitive, nous avons pu voir comment différents auteurs s'adaptent au manque de précision des textes pénaux sur l'intention ou, plus généralement, sur la définition légale de ce qu'est une infraction. Quand certains font montre d'ingéniosité

²⁹⁹ C. DEGOIS, *Traité élémentaire de droit criminel*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 64.

³⁰⁰ Paul RAZOUS, *Éléments de droit pénal*, Paris, Berger-Levrault, 1902. Le cas de Paul Razous est intéressant. Nous savons qu'il rédige ces *Éléments de droit pénal* pour aider les étudiants qui souhaitent passer le concours de l'inspection du travail. Il était lui-même ingénieur civil-inspecteur du travail dans l'industrie. Il le dit dans un « Avant-propos » : « Nous espérons que ce petit travail rendra quelques services aux candidats ainsi qu'aux inspecteurs en exercice ». Il fait donc une forme de synthèse pratique à destination des candidats ; il est donc remarquable que dans cet exercice il ne juge pas utile d'apporter des précisions sur ce qu'est l'intention pénale.

pour contourner habilement ces obstacles et réussissent, finalement, à imposer un système de responsabilité morale intentionnelle, de manière plutôt *naturelle*, d'autres éludent la question. Néanmoins, il est un point qui rassemble les auteurs : lorsqu'il y a une crise de l'intention, que l'ordre des choses est perturbé.

B. Le refuge des juristes dans leurs habitudes

S'il est bien une hypothèse qui fait couler beaucoup d'encre en doctrine, c'est celle d'une altération du lien de responsabilité, lorsque la personne poursuivie a un défaut d'intentionnalité et, plus particulièrement, lorsque ce trouble est un problème d'imputabilité.

Garraud définit l'imputabilité comme suit :

L'homme n'est *responsable*, au point de vue pénal, comme au point de vue civil, du fait illicite qu'il a matériellement commis, que lorsque ce fait lui est *imputable*, c'est-à-dire quand on peut le mettre à son compte. Mais pour que la justice sociale ait le droit de mettre une action sur le compte de l'agent, dans le but de régler ce compte avec lui, il faut que l'agent ait commis une faute (*culpa*), qu'il soit coupable. De là trois idées, qui se lient et se complètent : les idées d'*imputabilité*, de *responsabilité*, de *culpabilité*. Imputer un fait à quelqu'un, c'est, en effet, le mettre à son compte pour lui en faire subir les conséquences ; c'est dire qu'il en est coupable et, par conséquent, responsable³⁰¹.

De fait, lorsqu'une personne n'est pas imputable, nous ne pouvons pas mettre à son compte les actions commises, parce qu'il y a donc un défaut d'imputabilité. Seulement, ces questions intentionnelles sont délicates et, nous l'avons vu, bien souvent les auteurs les évitent ou mobilisent des lieux communs pour s'en sortir.

Face à la difficulté, le réflexe serait donc d'attirer le lecteur vers ce que l'on connaît le mieux, ce que l'on sait faire. Aussi, tels des étudiants confrontés à un sujet qui ne leur conviendrait pas et tenteront de le reformuler pour étaler leurs connaissances – au risque d'un hors sujet –, leurs professeurs ne font pas toujours mieux. Élargissons : la communauté des juristes ne fait pas forcément mieux³⁰².

³⁰¹ René GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 10^e éd., *op. cit.*, p. 165.

³⁰² Cette expression globalisante ne doit pas dissimuler le fait qu'il existe des exceptions chez les juristes et que certains s'interrogent véritablement sur l'intention ; c'est notamment le cas de Barthélémy

Ils tentent de ramener le débat sur des notions plus « praticables ». Ce n'est pas un reproche, mais un simple constat. N'est-ce pas d'ailleurs le propre de la matière qu'ils étudient que de rester pragmatique ? Mais le sont-ils vraiment ? Nous pouvons en douter dès lors que l'on voit s'introduire dans leurs propos le champ lexical de la religion³⁰³, avec en tête des références directes à Dieu³⁰⁴. C'est alors que nous devons mieux préciser ce que nous avons avancé jusqu'alors. Quand nous affirmons qu'il n'y a pas de définition de l'élément moral ou de l'intention, il faut traduire cela par le fait qu'il n'y ait pas de définition rationnelle de ces éléments. Les objets juridiques les plus complexes sont évacués en faisant référence à la « bonne morale », au « bon sens commun », et autres expressions similaires. Aussi, tout ce qui provient du for intérieur du suspect, et toutes les conséquences qui en découlent sont régis par cette *morale commune*, ou prétendument partagée. Le reste, ce ne sont plus que des considérations de mécanique juridique.

Il en ressort que, ce que le juriste a du mal à expliquer, trouve finalement une solution en convoquant des croyances que l'on projette comme un socle de valeurs communes – mais qui ne le sont pas nécessairement. Cela revient, à peu de choses près, à accuser le hasard en cas de mauvaise fortune, ou au fait de s'en remettre au destin lorsque l'on est face à un choix ; les auteurs font la même chose, mais mobilisent la morale religieuse comme explication passepartout pour que l'on comprenne ce qui se cache finalement derrière la notion d'intention. Ils nous font paraître l'élément moral comme une chose tellement naturelle et évidente qu'il n'est pas nécessaire de s'étendre sur le sujet.

Puis, d'un coup de plume magique, ils enchaînent sur du concret, domaine de l'imbattable, c'est-à-dire le développement des points d'articulation de la responsabilité, de l'imputabilité, leurs conditions, etc. Nous n'en sommes plus au stade de la réflexion proprement dite, mais de la simple application mécanique de constats. Ce n'est pas une démarche critiquable en ce sens que ce sont des passages effectivement obligatoires, car il faut bien à un moment ou un autre expliquer ce que

MERCADAL, « Recherches sur l'intention en droit pénal », art. cit. Néanmoins, ces auteurs sont rares, et leurs publications peu fournies.

³⁰³ Voir notamment René Garraud qui établit la distinction entre le bien et le mal pour livrer une idée de la justice.

³⁰⁴ C'était notamment le cas, dans la période précédente, d'Ortolan. Sur ce point voir Joseph-Louis-Elzéar ORTOLAN, *Résumé des éléments de droit pénal*, op. cit., p. 26 : « Dieu, en effet, ne nous a pas doués des facultés qui sont en nous pour que nous les laissions dans l'inertie ».

L'on entend par *discernement*, en connaître les limites, les exceptions, etc. Si la démarche est louable, c'est sa place et la manière de faire qui le sont certainement moins, car on nous fournit des éléments en lieu et place de ce qui pourrait nous intéresser. Seulement, cet os à ronger n'a déjà été que trop rogné, et cette manœuvre grossière ne dupe personne bien longtemps, à condition de bien vouloir s'y intéresser.

Il nous faut néanmoins nuancer notre propos, en précisant que les références à Dieu et à la religion, si elles étaient plus courantes au XIX^e siècle, le sont de moins en moins à partir de l'école positiviste, ou sont faites de manière plus discrète, derrière un raisonnement fondé sur une morale religieuse partagée, mais non dite.

En parallèle, s'il est appréciable de voir – enfin ! – écrit noir sur blanc l'expression « élément moral »³⁰⁵, ce n'est qu'un réconfort d'apparat. Concrètement, nous en sommes toujours au même point : à la recherche d'une définition qui n'arrive guère. Tout au plus apprenons-nous désormais que l'âge, la santé mentale, etc. sont des facteurs qui jouent à l'intérieur de l'élément moral³⁰⁶, mais rien n'est dit sur sa forme concrète, sur son apparition précise. Aucune frontière rigide ne nous permet encore de savoir quand l'intention est véritablement présente dans une infraction réalisée, et quand elle fait défaut. Ce faisant, on ne peut être certain, infailliblement, de la responsabilité de l'agent.

Nous remarquons que les auteurs se raccrochent aux éléments les plus « simples » de démonstration, en adoptant un champ lexical technique appartenant effectivement au domaine de l'intention, mais sans aller plus loin³⁰⁷. Le pas entre technique abstraite et application n'est pas toujours franchi. On nous décrit avec perfection la différence qui peut exister entre un dol général et un dol

³⁰⁵ René GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 10^e éd., *op. cit.*, p. 166 : « Rechercher si l'auteur du délit est en *faute*, relativement au fait qui lui est reproché, c'est étudier la *moralité* du délit. De là est venu l'usage de désigner, sous le nom d'*élément moral* du délit, l'ensemble des conditions de la culpabilité ». Il y a donc un lien évident entre la morale et l'intention, morale que nous estimons religieuse compte tenu de la personnalité de René Garraud. Sur ce dernier point, voir Jean-Louis HALPÉRIN, « L'originalité de l'œuvre de René Garraud », dans David Deroussin (dir.), *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^e République*, Paris, La Mémoire du droit, 2007, p. 53.

³⁰⁶ Ici voir notamment Edmond VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, 6^e éd., *op. cit.*, p. 96 et s. ; René GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 10^e éd., *op. cit.*, p. 82 et s. ou encore p. 93 et s. ; C. DEGOIS, *Traité élémentaire de droit criminel*, 2^e éd., *op. cit.*, notamment p. 815-817.

³⁰⁷ Ils vont, à ce titre, se consacrer à l'imputabilité, à la question du discernement ou du traitement de la folie, autant d'éléments pour lesquels seule la technique juridique vaut. En effet, les choses semblent bien réglées par le *Code pénal*, ils écrivent donc en terrain conquis. En revanche, écrire sur l'intention ou, plus généralement, sur la définition des infractions, se révèle plus épineux puisqu'aucun article du Code ne vient systématiser cela.

indéterminé, une négligence et une imprudence, ou même ce que sont les mobiles, mais cette différenciation ne repose que sur des éléments de forme, sans plus d'explications³⁰⁸. Il n'est donc pas démontré comment, concrètement, ces notions prennent vie dans la tête de l'agent délinquant, ni comment cette pensée immatérielle peut être captée par le droit et remplir la condition de l'intention.

L'intention se trouve donc là où elle n'est pas ; elle est convoquée et précisée lorsqu'elle n'existe pas ou qu'elle est diminuée.

Dès lors, nous avons pu voir en quoi l'intention est un élément de l'infraction qui continue d'être apprécié comme quelque chose de naturel, qui « coule de source » pour les auteurs étudiés. Ces derniers ne prennent pas le temps de s'appesantir sur la notion puisqu'elle découle d'une logique morale qu'ils estiment unanimement partagée. Ce faisant, ils trouvent refuge dans des critères proches de l'intention, mais qui ne la définissent pas véritablement, sauf de manière négative. À défaut de cerner ce qu'il y a dans le cercle de l'intention, ce qu'il convient d'y mettre ou d'entendre quand on l'évoque, nous en connaissons mieux les limites. Elles tiennent majoritairement à l'âge ou aux questions sur la folie ; alors que les propos sur le discernement sont réglés par le truchement d'une fiction juridique³⁰⁹, la folie est reléguée aux médecins-experts, tout en faisant l'objet de développements-fleuves qui prennent leur source dans l'article 64 du *Code pénal*. Du reste, l'intention n'est donc pas définie concrètement ni correctement, comme si les sciences qui entourent le système pénal ne pouvaient faire pénétrer leurs questionnements sur l'intention et le sujet dans l'horizon des juristes.

³⁰⁸ Sur ce point voir notamment Paul RAZOUS, *Éléments de droit pénal*, *op. cit.*, p. 2 et s. ; Edmond VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, 6^e éd., *op. cit.*, p. 96-113 pour ses propos sur la liberté, le discernement et l'intentionnalité ; René GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 10^e éd., *op. cit.*, p. 165-219 pour ses précisions sur la moralité du délit, l'incidence de l'âge, de la démence ou de la contrainte ; C. DEGOIS, *Traité élémentaire de droit criminel*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 169-179 sur la démence ou la contrainte et p. 815 et s. concernant le discernement.

³⁰⁹ À partir d'un âge déterminé, il y a une présomption de responsabilité puisque la personne devient imputable puisque discernante.

Section III. La croissance des expertises pour objectiver le réel

Les expertises font une entrée fracassante dans la procédure pénale à la fin du XIX^e siècle. Il serait faux de dire qu'elles étaient inexistantes auparavant, mais elles étaient certainement bien moins nombreuses. Pour s'en convaincre, il suffit de relever que seuls deux articles du *Code d'instruction criminelle* s'en préoccupent³¹⁰, contrairement au futur *Code de procédure criminelle* qui comprendra toute une section sur le sujet³¹¹.

Nous faisons donc face à un recours croissant aux expertises, permis par la création et l'institutionnalisation de disciplines qui étaient minoritaires à l'époque précédente. Se développent ainsi la criminalistique, avec des rapports d'arquebusiers, d'architectes, de photographes, la médecine légale et psychiatrique pour statuer sur l'état mental de l'accusé ou les dires de la victime, etc. Tous ces éléments touchent plus ou moins directement l'intention. L'influence est directe quand, par exemple, l'expert doit se prononcer sur la volition comme cela peut être le cas d'un psychiatre ; elle est indirecte lorsque les expertises ont pour objet la matérialisation du réel, qui permet de faire remonter jusqu'aux juges des faits filtrés et traités, à partir desquels ils pourront reconstruire l'intention selon l'infraction matérialisée par ces faits (§ 1).

Néanmoins se pose la question de l'utilité du recours aux expertises. Alors que dans un premier temps les magistrats semblent dépossédés de leur office, à la faveur des sciences expertales qui peuvent clamer des vérités scientifiques, nous pourrions constater qu'un mouvement inverse est également notoire. De fait, des biais sont à trouver dans les expertises. Non seulement elles peuvent ne rien dire de l'intention, mais encore, elles peuvent être un instrument de pouvoir des magistrats, qui les utilisent de manière déterminée (§ 2).

§ 1. Le recours croissant aux expertises

Alors que le *Code d'instruction criminelle* de 1808 est peu prodigue concernant les expertises, ces dernières tendent à se multiplier au fur et à mesure que les progrès scientifiques en sciences criminelles sont acquis. En effet, il n'existe pas de section

³¹⁰ *Code d'instruction criminelle* de 1808, art. 43 et 44.

³¹¹ *Code de procédure pénale* de 1959, art. 158 à 169.

spécifique du Code qui viendrait poser les conditions exactes de l'expertise ni ne donne de liste des professions qui peuvent rendre des rapports d'expertise. Nous postulons que les expertises, certes, existaient, mais qu'elles étaient moins nombreuses du fait d'un manque concret d'utilité ; le Code n'avait donc pas besoin de s'appesantir sur le sujet.

En revanche, avec le développement particulièrement fulgurant des sciences criminelles et de la criminalistique à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, les magistrats deviennent plus friands des expertises qui peuvent être mobilisées pour objectiver le réel, en apportant une rigueur scientifique à leur raisonnement juridique et leur appréciation des faits (A).

Dans le même temps, nous pouvons alors nous interroger sur la place des magistrats face à ce phénomène relativement nouveau qu'est la multiplication des expertises. Alors qu'elles existaient, mais étaient moins courantes auparavant, il faut désormais compter sur les rapports d'expertises pour se décider. De fait, nous pouvons nous demander s'il n'existe pas une forme de dépossession de son office pour le juge, à la faveur des sciences expertales (B).

A. La volonté d'objectiver le réel

La montée en puissance des sciences criminelles, à partir de la fin du XIX^e siècle, n'est pas étrangère à cette recrudescence du nombre d'expertises. Cela tient du ressort de la logique : alors que les sciences policières étaient peu développées, il n'était donc pas nécessaire de multiplier les expertises, les outils n'existant tout simplement pas. En revanche, avec l'arrivée de Bertillon, puis de Locard, les choses changeront sur la durée, notamment concernant la collecte des preuves sur la scène du crime ou encore concernant l'identification du délinquant³¹².

³¹² Voir notamment Alphonse BERTILLON, *L'identité des récidivistes et la loi de relégation*, Paris, Masson, 1883 ; ou encore Alphonse BERTILLON, *Anthropologie métrique, Conseils pratiques aux missionnaires scientifiques*, Paris, Imprimerie Nationale, 1909. Un peu plus tard, voir Edmond LOCARD, *Manuel de technique policière, enquête criminelle*, Paris, Payot, 1923 ; sur un domaine plus spécifique, à savoir les faux en écriture, voir Edmond LOCARD, *Les faux en écriture et leur expertise*, Paris, Payot, 1959. Pour une référence générale, nous renvoyons à Christian JALBY, *La police technique et scientifique*, Paris, PUF, 2017, p. 7 et s.

Néanmoins, le *Code d'instruction criminelle* de 1808 semble quelque peu dépassé par ces informations. Aussi, la phrase « la science est toujours trois pas devant, et le législateur pénal à la traîne, courant derrière les avancées scientifiques qui pourtant solutionnent régulièrement [...] les affaires pénales »³¹³, semble se vérifier pour notre période d'étude.

En effet, seuls deux articles envisagent l'expertise dans le *Code d'instruction criminelle* ; il s'agit des articles 43 et 44. Ensemble, ils disposent que :

Art. 43 – Le procureur impérial se fera accompagner, au besoin, d'une ou de deux personnes, présumées, par leur art ou profession, capables d'apprécier la nature et les circonstances du crime ou délit.

Art. 44 – S'il s'agit d'une mort violente, ou d'une mort dans la cause soit inconnue et suspecte, le procureur impérial se fera assister d'un ou deux officiers de santé, qui feront leur rapport sur les causes de la mort et sur l'état du cadavre.

Les personnes appelées dans le cas du présent article et de l'article précédent, prêteront, devant le procureur impérial, le serment de faire leur rapport de de donner leur avis en leur honneur et conscience³¹⁴.

Ces deux articles, quoique courts, sont riches en informations pour nous. Tout d'abord, nous apprenons que seul le procureur est compétent pour demander une expertise, cette attribution n'étant pas partagée avec d'autres acteurs comme le juge d'instruction, par exemple. Les parties en sont également exclues, ce qui ne sera plus le cas à avec le *Code de procédure pénale* de 1959 ; pour le moment, il reste que la partie civile ne peut demander d'expertise.

Ce point est important puisque seul le procureur peut requérir l'expertise, et nous insistons sur le mot « peut ». Il s'agit d'une option à sa disposition discrétionnaire, du moins, c'est ce que nous apprenons à la lecture de l'article 43. Ce dernier ne l'oblige pas à recourir à quelque expertise que ce soit ; il lui demande uniquement de se faire « accompagner, **au besoin**, d'une ou de deux personnes » [nous soulignons] qui sont capables d'apprécier les circonstances du méfait. L'expression « au besoin » nous renseigne effectivement sur le caractère absolument facultatif de l'intervention de tiers. Si le procureur s'estime assez compétent pour nourrir le dossier,

³¹³ Coralie AMBROISE-CASTEROT, « Préface », dans Jean-Raphaël Demarchi, *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, Paris, LGDJ, 2012, p. 1.

³¹⁴ *Code d'instruction criminelle* de 1808, art. 43 et 44.

il n'y aura donc pas d'expertise, même si les parties le souhaitent, qu'il s'agisse de l'accusé comme des parties civiles. Il s'agit là de la première information d'importance.

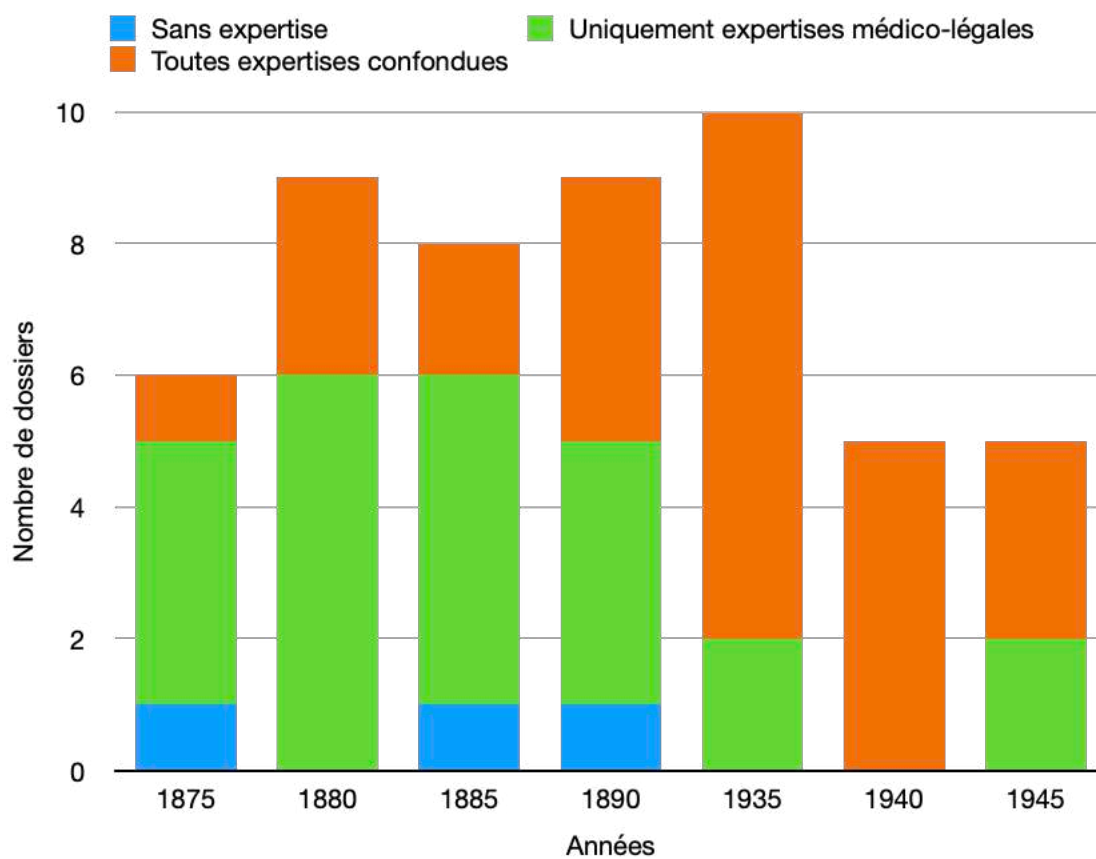
Il convient de nuancer cela pour les homicides, avec l'intervention de l'article 44 qui vient cette fois obliger l'intervention de l'expertise, mais dans quelques situations restrictives : il faut que la mort soit violente ou suspecte. De fait, en jouant sur les mots, une mort *paisible* n'entraîne pas nécessairement l'intervention de médecins-experts, au même titre qu'une mort non suspecte. Le magistrat dispose donc, là encore, d'une marge d'appréciation. Alors que dans une première lecture nous pourrions croire que l'homicide entraîne toujours une expertise, ces deux conditions alternatives viennent finalement redonner un peu d'arbitraire au procureur : s'il décide que la mort n'est pas violente ou n'est pas suspecte, il n'y a pas besoin de s'entourer de médecins. Une nouvelle fois les parties, qu'il s'agisse de la victime ou de l'agresseur, ne peuvent rien contre cela.

À l'inverse, lorsque la mort est violente ou suspecte, le magistrat du parquet se trouvera dans l'obligation d'obtenir des rapports de médecins pour constituer le dossier. Cela nous est utile dans la manière d'analyser les dossiers de procédure criminelle que nous avons pu consulter. Les expertises médico-légales peuvent être vues presque comme obligatoires, si la mort remplit les deux conditions ci-dessus. Il est donc peut-être moins significatif de relever des expertises médico-légales qui semblent imposées. En revanche, si nous rencontrons d'autres types d'expertises, ces dernières entrent dans le cadre d'application de l'article 43, et ont donc été demandées en application du pouvoir discrétionnaire du procureur.

Sur la période de 1875 à 1945, voici le détail des expertises sur nos 52 dossiers³¹⁵ :

³¹⁵ AP, D 2U 8 34 (1875) ; D 2U 8 36 (1875) ; D 2U 8 41 (1875) ; D 2U 8 42 (1875) ; D 2U 8 93 (1880) ; D 2U 8 94 (1880) ; D 2U 8 96 (1880) ; D 2U 8 97 (1880) ; D 2U 8 98 (1880) ; D 2U 8 99 (1880) ; D 2U 8 99 (1880) ; D 2U 8 101 (1880) ; D 2U 8 104 (1880) ; D 2U 8 107 (1880) ; D 2U 8 108 (1880) ; D 2U 8 109 (1880) ; D 2U 8 174 (1885) ; D 2U 8 175 (1885) ; D 2U 8 177 (1885) ; D 2U 8 178 (1885) ; D 2U 8 179 (1885) ; D 2U 8 180 (1885) ; D 2U 8 181 (1885) ; D 2U 8 182 (1885) ; D 2U 8 185 (1885) ; D 2U 8 188 (1885) ; D 2U 8 188 (1885) ; D 2U 8 193 (1885) ; D 2U 8 194 (1885) ; D 2U 8 195 (1885) ; D 2U 8 257 (1890) ; D 2U 8 258 (1890) ; D 2U 8 259 (1890) ; D 2U 8 260 (1890) ; D 2U 8 262 (1890) ; D 2U 8 263 (1890) ; D 2U 8 264 (1890) ; D 2U 8 266 (1890) ; D 2U 8 390 (1935) ; D 2U 8 391 (1935) ; D 2U 8 396 (1935) ; D 2U 8 397 (1935) ; D 2U 8 399 (1935) ; D 2U 8 400 (1935) ; D 2U 8 403 (1935) ; D 2U 8 405 (1935) ; D 2U 8 406 (1935) ; D 2U 8 407 (1935) ; D 2U 8 409 (1935) ; D 2U 8 605 (1940) ; D 2U 8 606 (1940) ; D 2U 8 607 (1940) ; D 2U 8 610 (1940) ; D 2U 8 614 (1940) ; 107 W 5 (1940) ; 107 W 10 (1940) ; 107 W 30 (1945) ; 107 W 31 (1945) ; 107 W 32 (1945) ; 122 W 33 (1945) ; 122 W 34 (1945) ; 122 W 37 (1945) ; 122 W 40 (1945) ; 122 W 41 (1945).

Répartition des expertises entre 1875 et 1945



Nous remarquons en premier lieu qu'il n'y a que trois dossiers pour lesquels une expertise n'a visiblement pas été demandée. Le second enseignement tient dans l'augmentation du nombre des « toutes expertises confondues », qui peuvent être des expertises psychiatriques, psychologiques, d'arquebusiers, d'architectes pour reconstituer les lieux, etc. Nous précisons, d'ailleurs, que la présence des « toutes expertises confondues » signale également des expertises médico-légales qui sont systématiques dans les dossiers que nous avons pu consulter ; de fait, par exemple, en 1935 il y a 10 expertises médico-légales et, dans le détail, deux expertises médico-légales sont seules, et dans 8 autres dossiers il y a des expertises médico-légales en plus d'autres types d'expertises.

Nous voyons que sur la période 1875-1890, les dossiers pour lesquels il n'y avait qu'une expertise médico-légale étaient majoritaires, avec une couleur verte qui domine le graphique. En revanche, pour la période suivante, entre 1935 et 1945, nous voyons apparaître avec bien plus d'intensité la couleur orange qui nous signale la présence d'autres types d'expertises, en plus des expertises médico-légales ; nous remarquons

également qu'il n'y a plus de dossier sans aucune expertise, contrairement à ce que nous pouvions trouver dans la période 1875-1890.

Le nombre d'expertises, faites à la demande du procureur, autres que les expertises médico-légales, est donc en augmentation. Selon nous, cette hausse est rendue possible par l'accroissement du nombre de techniques qui peuvent être déployées par les experts. Alors que la photographie judiciaire n'est inventée qu'à la fin du XIX^e siècle, il était donc normal que les dossiers précédents n'en comprennent pas quand, *a contrario*, les dossiers postérieurs mobilisent cette technique pour identifier le suspect ou figer les lieux du crime.

Nous posons l'hypothèse selon laquelle cette augmentation est également le reflet d'une volonté d'objectiver le réel. Alors que les dossiers précédents étaient fondés uniquement sur les propos rapportés des témoins, de la victime, des policiers, etc., à partir de la percée des expertises, il y a un discours plus neutre qui se fait jour en justice : celui d'experts qui portent une forme de vérité scientifique³¹⁶. En effet, avant cette montée en puissance des expertises, les éléments probants du dossier reposaient sur des portions de subjectivités personnelles, puisqu'il s'agissait de discours d'acteurs ou d'actrices bien déterminés : victime, mis en cause, police, juge. Avec l'arrivée toujours plus pressante et nombreuse des experts, nous pouvons observer une forme de recul, qui permet de mieux saisir la scène criminelle. Avant, tous les acteurs étaient, de près, impliqués dans l'affaire. L'expert, lui, offre un regard neutre, presque froid, de scientifique qui applique son art pour contribuer à la manifestation de la vérité³¹⁷.

Il en découle, selon nous, que cette augmentation significative du nombre d'expertises, autres que médico-légales, semble démontrer une volonté d'établissement de vérités scientifiques pour obtenir la vérité des faits qui ouvrent droit au procès. Cette vérité factuelle, qui dépend de la vérité scientifique, doit permettre de mieux saisir l'intention. En effet, puisque l'intention ne peut être captée

³¹⁶ Voir notamment Yann ARNOUX, *Le recours à l'expert en matière pénale*, op. cit., p. 21 et s. ; voir également Frédéric CHAUVAUD, « Le sacre de la preuve indiciale, de la preuve orale à la preuve scientifique (XIX^e-milieu du XX^e siècle) », art. cit., p. 223.

³¹⁷ Expression librement empruntée au *Code d'instruction criminelle* de 1808, notamment art. 35 : « Le procureur impérial se saisira des armes et de tout ce qui paraîtra avoir servi ou avoir été destiné à commettre le crime ou le délit, ainsi que tout ce qui paraîtra en avoir été le produit, **enfin de tout ce qui pourra servir à la manifestation de la vérité** : il interpellera le prévenu de s'expliquer sur les choses saisies qui lui seront représentées ; il dressera de tout un procès-verbal, qui sera signé par le prévenu, ou mention sera faite de son refus » [nous soulignons].

et mise sous scellé, elle doit certainement être reconstruite par les magistrats ou les jurés lors de l'audience. Ils mobilisent vraisemblablement les faits pour en faire découler l'histoire du crime, laquelle raconte l'intentionnalité de l'action. Dès lors, plus la procédure se scientifie, plus la *vérité intentionnelle* nous apparaît certaine, ce qui démontrerait une volonté d'objectiver l'ensemble de la procédure criminelle. Néanmoins, en agissant de la sorte, les magistrats se démettent-ils pas de leur office ?

B. Un juge démis de son office ?

Que le juge ait décidé seul de faire appel à une expertise, ou bien qu'il y ait été contraint par la matérialité des faits – mort violente ou suspecte³¹⁸ –, le résultat final demeure identique : il s'est déclaré incompétent pour statuer sans l'éclairage d'un tiers expert sur les faits.

Ce faisant, il revient à des scientifiques d'utiliser leur art³¹⁹ pour statuer, notamment, sur la responsabilité de l'agent que l'on accuse, donc s'occuper pleinement de la qualification de l'élément intentionnel de notre infraction. Nous l'avons dit, notion juridique qui n'apparaît que dans le cadre du procès, l'intention est trop scientifique pour se passer de l'aide de médecins, de sociologues, psychologues, etc. Pour autant, pouvons-nous parler de « procès expertal » comme le fait Yann Arnoux³²⁰ ? Au risque d'un anachronisme terminologique, nous affirmons que cette expression trouve bien application sous l'empire du *Code d'instruction criminelle* de 1808.

La déclaration d'incompétence initiale n'est qu'un avant-goût de la suite, et le magistrat ne saurait revenir sur cette passation de pouvoir. Dépassé au début, dépassé reste-t-il lors de la sentence. Il se trouve bloqué par son aveu d'incapacité à statuer sur l'élément intentionnel, ou les autres éléments du procès qui déterminent la réalisation

³¹⁸ *Code d'instruction criminelle* de 1808, art. 44 : « S'il s'agit d'une mort violente, ou d'une mort dont la cause soit inconnue et suspecte, le procureur impérial se fera assister d'un ou deux officiers de santé, qui feront leur rapport sur les causes de la mort et sur l'état du cadavre ».

³¹⁹ Expression empruntée au *Code d'instruction criminelle* de 1808, art. 43 ; reprise par Yann ARNOUX, *Le recours à l'expert en matière pénale*, op. cit.

³²⁰ *Ibid.*, p. 39.

matérielle ou morale de l'infraction. Là, le piège de l'expertise se referme sur lui. Quelle serait sa légitimité pour contrer une expertise et ne pas la suivre ? Surtout, quels seraient ses fondements autres que son intime conviction ?

S'il se sait incompetent pour régler un problème seul et demande l'aide à d'autres professionnels, ses capacités n'ont pas évolué le temps de l'expertise. Il n'a pas engrangé de nouveaux savoirs lui permettant de juger un travail scientifique qu'il ne pouvait mener quelques mois plus tôt.

Si, au contraire, on l'avait forcé à se déclarer incompetent et à faire intervenir un expert, nous pourrions dire que ce serait preuve de mauvaise foi que de vouloir contrer les conclusions rendues par l'expert. Les premières études menées sur la dangerosité du criminel vers la fin du XIX^e siècle étaient déjà complexes³²¹, mais moins encore que celles qui suivront. S'il est certain que le droit est sur une pente glissante d'inflation législative et de surspécialisation, l'expertise voit également se multiplier les méthodes en criminalistique, analyse de l'inconscient, et autres, ce qui mène logiquement vers une complexification accrue des rapports scientifiques³²², qu'ils soient réalisés par des acteurs des sciences sociales comme ceux des sciences médicales, ou plus techniques telles qu'exercées par les criminalisticiens³²³. Conséquemment, nous supposons que plus les sciences se perfectionnent et perdent en accessibilité pour celui qui n'y est pas formé, moins le magistrat peut trouver voix au chapitre lorsqu'est demandée une expertise.

Concurremment, le *modus operandi* choisi par le criminel suivra cette tendance et bénéficiera également des avancées techniques, ce qui entraînera des infractions plus subtiles à déterminer et à appréhender correctement. Ce facteur est généralement bien pris en considération par les juges qui semblent de moins en moins hésiter à s'en

³²¹ Les thèses des déterministes visent, en effet, à établir le degré de dangerosité du criminel. C'est cette dangerosité qui remplace la responsabilité dans leurs théories, puisque selon la dangerosité, la pénalité doit être plus ou moins forte pour protéger la société. Nous relevons, notamment, que c'est Enrico Ferri qui utilisera le premier l'expression « défense sociale », en lien direct avec ce que nous venons d'écrire. Sur ce dernier point, voir Enrico FERRI, *Sociologia criminale*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 312-313.

³²² Pour mieux apprécier l'émergence de toutes les techniques nouvelles qui trouvent application dans l'expertise, voir Jean-Raphaël DEMARCHI, *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, Paris, LGDJ, 2012, p. 95-150.

³²³ Nous classons ici toutes les expertises balistiques, l'établissement des plans du lieu du crime, plus tard, les traces papillaires et ADN, etc.

remettre aux experts, et explique l'accroissement, sur toute notre période d'étude, du nombre d'expertises demandées par les tribunaux³²⁴.

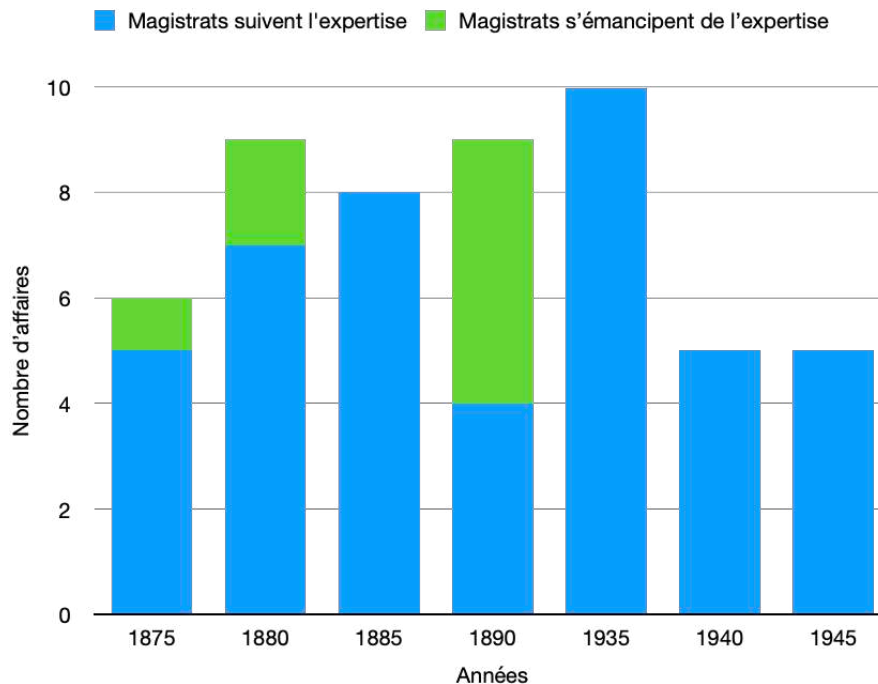
En conséquence, il semble effectivement qu'une fois donné, le juge ne peut récupérer son pouvoir total d'appréciation. En effet, il n'a aucune légitimité pour désavouer la parole d'une personne vers qui il s'est tourné dans un premier temps, en confessant son impossibilité de statuer en l'état des choses. Nous avons noté, au passage, que l'expertise devient un élément important du procès pénal, jusqu'à devenir le cœur de l'instance. Il est donc de plus en plus récurrent pour le juge de s'effacer devant l'expertise, pour ne plus devenir que la *bouche de la science*.

En effet, par le jeu des expertises, le pouvoir du magistrat se trouve grandement limité, puisque contenu dans des limites scientifiquement posées. Il est certain que l'expert ne peut effectuer totalement le travail du juge, mais force est de constater que les remarques de l'expertise seront généralement bien suivies par les magistrats. Voici les données sur la période de 1875 à 1945, à l'examen de 52 dossiers de procédure criminelle³²⁵ :

³²⁴ Yann ARNOUX, *Le recours à l'expert en matière pénale*, op. cit., p. 47-48 ; Danièle BOURCIER et Monique DE BONIS, *Les paradoxes de l'expertise : savoir ou juger ?*, Le Plessis-Robinson, Institut Synthélabo, 1999, p. 11 et s.

³²⁵ AP, D 2U 8 34 (1875) ; D 2U 8 36 (1875) ; D 2U 8 41 (1875) ; D 2U 8 42 (1875) ; D 2U 8 93 (1880) ; D 2U 8 94 (1880) ; D 2U 8 96 (1880) ; D 2U 8 97 (1880) ; D 2U 8 98 (1880) ; D 2U 8 99 (1880) ; D 2U 8 99 (1880) ; D 2U 8 101 (1880) ; D 2U 8 104 (1880) ; D 2U 8 107 (1880) ; D 2U 8 108 (1880) ; D 2U 8 109 (1880) ; D 2U 8 174 (1885) ; D 2U 8 175 (1885) ; D 2U 8 177 (1885) ; D 2U 8 178 (1885) ; D 2U 8 179 (1885) ; D 2U 8 180 (1885) ; D 2U 8 181 (1885) ; D 2U 8 182 (1885) ; D 2U 8 185 (1885) ; D 2U 8 188 (1885) ; D 2U 8 188 (1885) ; D 2U 8 193 (1885) ; D 2U 8 194 (1885) ; D 2U 8 195 (1885) ; D 2U 8 257 (1890) ; D 2U 8 258 (1890) ; D 2U 8 259 (1890) ; D 2U 8 260 (1890) ; D 2U 8 262 (1890) ; D 2U 8 263 (1890) ; D 2U 8 264 (1890) ; D 2U 8 266 (1890) ; D 2U 8 390 (1935) ; D 2U 8 391 (1935) ; D 2U 8 396 (1935) ; D 2U 8 397 (1935) ; D 2U 8 399 (1935) ; D 2U 8 400 (1935) ; D 2U 8 403 (1935) ; D 2U 8 405 (1935) ; D 2U 8 406 (1935) ; D 2U 8 407 (1935) ; D 2U 8 409 (1935) ; D 2U 8 605 (1940) ; D 2U 8 606 (1940) ; D 2U 8 607 (1940) ; D 2U 8 610 (1940) ; D 2U 8 614 (1940) ; 107 W 5 (1940) ; 107 W 10 (1940) ; 107 W 30 (1945) ; 107 W 31 (1945) ; 107 W 32 (1945) ; 122 W 33 (1945) ; 122 W 34 (1945) ; 122 W 37 (1945) ; 122 W 40 (1945) ; 122 W 41 (1945).

Analyse du positionnement des magistrats par rapport aux expertises sur la période 1875-1945



Nous le voyons, à l'exception de 1890 où 4 dossiers de procédure font montre d'un éloignement des magistrats avec les expertises sur un total de 9 affaires dépouillées, les magistrats suivent majoritairement les propos des experts. Cela passe, par exemple, par la reprise mot pour mot des propos d'un expert-arquebusier ou psychiatre.

En somme, nous supposons donc que l'expert délivre une décision de responsabilité qui ne prend pas le formalisme admis devant les tribunaux. Il peut déclarer, par exemple, que :

Le projectile extrait du cops de [X] est une balle de 7.65 à noyau de plomb et chemise nickelée, portant 6 rayures orientées de gauche à droite.

Ce projectile a ricoché sur un corps dur à surface plane mais rugueuse, tel un sol ou un mur en ciment, avant d'atteindre la victime³²⁶.

Cette information peut certainement signifier que la balle ne visait pas la victime ; elle est d'ailleurs reprise dans l'acte d'accusation :

³²⁶ AP, D 2U 8 610 (1940).

La balle, qui avait provoqué la blessure mortelle étant très fortement déformée et aplatie, fut soumise à l'examen du Professeur [Y] qui estima que ce projectile avait ricoché sur un corps dur à surface plane mais rugueuse, tel un sol ou un mur en ciment, avant d'atteindre la victime³²⁷.

L'agent est donc ici accusé de coups et blessures volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner. Cette qualification nous semble logique puisque l'examen de la balle démontre que le tir n'est pas direct, mais est le produit d'un ricochet. L'intention, reconstruite par les faits matériels apportés par l'expertise, n'est donc pas celle d'un homicide : le réel a été objectivé pour construire une intention au plus proche des faits matériels bruts.

Dès lors, c'est donc effectivement à ce stade qu'intervient le juge, en reprenant ces apports, en les juridicisant, et concluant, reprenant les jalons posés par l'expertise pour qu'il puisse statuer sur la culpabilité du suspect, ou sur la dose d'intentionnalité qu'il convient d'appliquer à l'espèce.

Il est alors d'autant plus clair que l'expert, loin d'être cantonné au rang de personnage du procès comme pourraient l'être des témoins, se trouve propulsé sur les devants de la scène du procès pour ne plus simplement rendre un avis, mais bien une ébauche de jugement – qu'il en ait conscience ou non. En posant cette hypothèse, nous entrons immédiatement en conflit avec l'affirmation classique selon laquelle « une seule phase échappe encore à l'expert : c'est celle de la décision judiciaire, réservée au magistrat »³²⁸.

Seulement, là encore ce serait ignorer la réalité, et à l'heure de faire un choix sur la doctrine qui emporte notre adhésion, nous penchons pour le camp de ceux qui accordent à l'expert toute la place qui est sienne, et qui a renforcé sa présence depuis le XIX^e siècle. Il ne s'agit pas de critiquer le système qui s'est créé de lui-même à défaut d'un suivi de qualité par les textes, mais bien d'accepter la réalité telle que nous la percevons à la lumière de nos sources. Nous constatons, à l'aune de ces éléments, que

³²⁷ AP, D 2U 8 610 (1940).

³²⁸ Voir les rapports présentés aux XI^e Journées de défense sociale, Rennes, 14 et 15 juin 1963 : Yvonne MARX, « Chronique de défense sociale. Les rapports du juge pénal et du médecin expert », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 4 (1963), p. 855-868.

le droit est effectivement en retard pour cadrer les expertises qui prennent une place considérable à l'audience³²⁹.

Les métiers du droit et leur exercice sont généralement très contrôlés, alors même que les expertises bénéficient de plus de souplesse³³⁰, cette même souplesse que l'on n'accorde pas officiellement au juge, mais dont l'expert jouit librement tout en faisant une bonne part du travail du juge sur la détermination des faits et de l'intention³³¹.

Effectuer toute un examen pour cerner la mentalité d'un délinquant ne se fait pas et n'a jamais été chose rapide, quelle que soit la période envisagée. L'investigation psychologique, pour qu'elle soit au plus juste et correctement exploitable, doit être un travail minutieux, pour bien comprendre les mécanismes psychiques qui ont présidé lors du passage à l'acte³³², et comprendre s'il s'agit d'un acte volontaire ou non, si la personne présente un caractère dangereux sur le long terme pour la société³³³, etc. Le juge, incapable de se livrer aux mêmes exercices que les experts, devra alors se plier à leurs conclusions, normalement plus fidèles que la simple idée qu'il aurait pu se faire du délinquant en l'ayant entrevu au cours de l'audience.

Aussi le magistrat, se déclarant volontairement ou non incompétent pour trancher seul la question de l'intention, se voit privé de tout son loisir pour statuer seul sur ce point. Sa libre conviction ne l'est plus réellement et il doit respecter les conclusions de l'expert pour se forger son avis, sans risquer le discrédit. Chemin faisant, c'est la conclusion même de l'expert qui se retrouve dans le jugement, puisque

³²⁹ Cette prise de place croissante explique pourquoi les auteurs contemporains commencent à accepter le fait que l'expert piétine de plus en plus sur les attributions en principe réservées aux magistrats. Sur ce point, voir notamment Yann ARNOUX, *Le recours à l'expert en matière pénale*, op. cit., p. 47-48.

³³⁰ Pour avoir un aperçu contemporain des dérives sans cesse grandissantes dans ces professions depuis que le recours aux expertises se multiplie, voir Michel BÉNÉZECH, « L'expertise mentale pénale », *L'agresseur dangereux*, colloque droit, Bordeaux, 2015, à paraître ; en parallèle, magistrats et experts avec qui nous avons pu nous entretenir, confirment que certains praticiens manquent parfois d'éthique dans leur manière de faire les expertises, et vont très rapidement. E.E-1, entr. cit., mars 2021. E.E-2, entr. cit., mars 2021 ; E.E-3, entr. cit., avril 2021.

³³¹ En effet, l'expert est celui qui, plus que le magistrat, manipule des faits bruts, puisque ce sont les faits qui lui parviennent des rapports qui lui sont donnés, mais également les faits tels que directement racontés par l'accusé notamment. C'est à partir de l'ensemble de ces éléments qu'un expert psychiatre pourra par exemple statuer, ou que travaille un expert psychologue.

³³² E.E-1, entr. cit., mars 2021 ; E.E-2, entr. cit., mars 2021 ; E.E-3, entr. cit., avril 2021.

³³³ Pour un exemple contemporain concret, voir Michèle AGRAPART, *L'expertise criminelle, Facteurs de dangerosité, analyses psychologiques, profils de victimes*, Lausanne, Favre, 2012, p. 17. Forte de son expérience – plus de 3000 expertises –, Michèle Agrapart nous dévoile l'envers de son travail d'experte pour la justice de manière détaillée. Nous comprenons mieux alors tous les enjeux liés aux expertises, et, surtout, le temps nécessaire pour réaliser un bon bilan psychologique.

le scientifique statuera sur la responsabilité, et que le juge suivra cet avis bien éclairé sur la question³³⁴. Déclaré incompetent initialement, il confirme alors son incompetence finale au moment de rendre son jugement qui n'est qu'une reprise de l'expertise formulée juridiquement ; du moins, c'est ce que nous postulons.

Il semble alors que découlent deux situations radicalement opposées, ce qui vient poser un nouveau problème de sécurité juridique. Soit le juge décide de statuer seul, et alors tous les mécanismes conscients et inconscients que nous avons décrits vont pouvoir entrer en jeu et guider la décision du magistrat³³⁵ ; soit il sera décidé qu'une expertise aura lieu, auquel cas sans être tout-puissant, le juge se retrouve à répéter ce que conclue l'expert à l'issue de son travail d'investigation. Il s'agirait donc là d'un pouvoir alterné entre le juge et l'expert.

Dans un premier temps, les éléments effectivement influents pour définir l'intention seront constitués par l'humeur du juge, sa position sociale, ses envies professionnelles, son respect d'une politique pénale à mener, etc., alors que dans notre seconde hypothèse les éléments influents seront rapportés par un expert. Il s'agira donc d'éléments qui auront des fondements scientifiques que le juge ne pourra pas toujours appréhender correctement³³⁶. Cependant, force est de constater que beaucoup de ces apports scientifiques puisent leurs racines dans l'analyse des infractions en tant que faits, ce qui a poussé Frédéric Chauvaud à dire que « l'expert est le juge du fait comme le magistrat est le juge du droit »³³⁷. Mais le magistrat, n'ayant pas vraiment de fondement juridique pour statuer sur l'intention, semble en ressortir lui aussi comme véritable juge du fait. Puisque juge et expert utilisent le fait, il nous semble raisonnable de dire que lui aussi constitue un élément déterminant donnant vie au concept d'intention et à sa recherche.

Dès lors, il semblerait effectivement que le juge soit démis de son office, et qu'il bénéficie d'une liberté bien encadrée par les rapports d'expertises qui sont demandés

³³⁴ Comme nous avons pu le constater avec l'exemple précité.

³³⁵ Nous renvoyons ici à la partie sur l'intime conviction et la motivation des magistrats.

³³⁶ Certaines expertises sont éminemment techniques, notamment les expertises médicales. Le niveau de détail est important dans les rapports ; nous pouvons néanmoins supposer que les conclusions constituent le point d'étape obligatoire, pour ne pas dire unique. Les conclusions, en effet, sont claires et concises. Nous notons également que des traits colorés sont faits dans nos archives, et que ces traits arrivent souvent sur des points clefs. Ils sont notamment faits au moment des conclusions.

³³⁷ Frédéric CHAUVAUD, « Le sacre de la preuve indiciale, de la preuve orale à la preuve scientifique (XIX^e-milieu XX^e siècle », art. cit., p. 235.

et réalisés. Le développement de la criminalistique entraîne, mécaniquement, une augmentation du nombre d'expertises et ainsi encadre de plus en plus les magistrats. Néanmoins, un autre point de vue pourrait être valable : celui de l'inutilité des expertises concernant spécifiquement l'intention.

§ 2. *L'inutile recours aux expertises*

Alors que les expertises sont de plus en plus courantes dans les procès pénaux, nous pouvons nous interroger sur leur utilité réelle à l'aune de deux questionnements principaux. Le premier, tient en ce que le but de l'expertise n'est pas juridique, mais concerne en premier lieu la discipline convoquée, qu'il s'agisse de la psychiatrie ou de l'architecture, par exemple. Le second, plus subtile, tient dans le choix des experts par les juges, qui peuvent vraisemblablement faire varier la réponse expertale selon le profil de l'expert sélectionné.

Les expertises auraient donc un but étranger au droit, de telle sorte que l'expert ne doit se préoccuper que de sa discipline. Certes, il intervient au cours d'un procès, mais ses méthodes et le regard qu'il aura sur les faits sont ceux d'un expert dans une science clairement déterminée et choisie en conséquence ; nous ne pouvons donc pas attendre des expertises qu'elles viennent directement répondre à la question de l'intention (**B**).

D'un autre côté, nous avons vu que le *Code d'instruction criminelle* était avare en précisions sur les expertises, qui ne sont prises en compte que par deux articles. Il n'est donc pas précisé, nettement, comment peuvent être choisis les experts et nous posons l'hypothèse selon laquelle les magistrats, à force de connaître les experts et leurs expertises, disposent ici d'une marge de manœuvre confortable pour influencer le résultat final, tout en restant en adéquation avec les expertises rendues (**B**).

A. Des expertises avec un but étranger au droit

De manière très contemporaine, l'affaire Halimi a été importante pour les expertises en ce qu'elle a démontré le fossé idéologique qui pouvait exister entre le droit et les sciences expertales. En l'espèce, un jeune commet un homicide sous

l'empire de substances stupéfiantes. Alors que le droit conçoit l'absorption de drogues comme une circonstance aggravante de l'action, le médecin expert signalera que cette même absorption est une cause de non-imputabilité, puisque le criminel n'était pas en possession de tous ses moyens³³⁸. Ce décalage, qui semble s'inscrire dans la durée, nous a été confié par deux psychologues/psychanalystes, experts pour la justice³³⁹ (sur trois experts que nous avons pu interroger) :

C'est le cas de l'affaire Halimi... [...] Tous les psychiatres qui l'ont expertisé sont d'accord pour dire qu'il était en pleine bouffée délirante au moment du crime, donc il n'y avait pas d'intentionnalité. Toute la question en justice c'est donc... tous les experts sont d'accord pour dire qu'il y avait des bouffées délirantes, qu'il était complètement délirant au moment du crime. La question était de savoir si ces bouffées délirantes sont liées à sa consommation de cannabis ou en sont indépendantes. Parce que vous le savez mieux que moi, la prise de stupéfiants ou d'alcool n'est pas une circonstance atténuante et au contraire fait augmenter la culpabilité ; alors que pour nous, c'est l'inverse. Et donc toute la question tournait autour de ça³⁴⁰.

Nous le constatons, les savoirs médicaux sont inverses à la prescription juridique ; alors que le droit condamne plus sévèrement une personne qui ingérerait des substances stupéfiantes ou de l'alcool avant de commettre une autre infraction, les médecins, pour leur part, considèrent que ce sont des éléments qui altèrent le discernement. Il y a donc un hiatus ouvrant une faille dans laquelle nous pouvons observer cette différence entre le droit et les expertises, même lorsqu'elles ont pour objet de servir le droit.

Pour notre période d'étude, nous pouvons avancer l'idée selon laquelle les experts ne se préoccupent que très peu de l'intention, parce que cette dernière n'est pas requise par les textes. Nous avons toujours le même problème : puisque l'intention est absente des textes et vaguement mentionnée par la doctrine, tout le système judiciaire semble la considérer comme une donnée naturelle. De surcroît, il n'y a donc pas de fondement légal pour demander à un expert de statuer sur ce point.

³³⁸ Pour un résumé de l'affaire et les controverses qui l'entourent, voir notamment Jean-Christophe SAINT-PAU, « Trouble mental, usage de stupéfiants et irresponsabilité pénale : la raison et l'émotion », art. cit., p. 22-34.

³³⁹ E.E-2, entr. cit., mars 2021 ; E.E-3, entr. cit., avril 2021.

³⁴⁰ E.E-2, entr. cit., mars 2021.

Ce que peuvent réaliser les experts, en revanche, ce sont des analyses techniques très fines, lesquelles permettent de mettre en place une description minutieuse de la scène criminelle et, ce faisant, d'offrir un cadre d'expression au récit de l'intention qui a dû être celle que l'on accuse. Encore une fois, nous sommes face à une hypothèse de reconstruction intentionnelle, à défaut de pouvoir la capter au moment de l'action ou au cours de la reconstitution de la scène.

En revanche, les expertises ne quittent pas leur objet d'étude premier ; ainsi l'arquebusier se concentrera sur les armes, le psychiatre regardera les pathologies mentales éventuelles, l'architecte fera un relevé des lieux, le psychologue établira un profil psychologique, etc. En somme, chaque champ disciplinaire se cantonne à sa spécialité, comme ont pu nous le démontrer les expertises de nos dossiers de procédure³⁴¹. C'est en cela que nous évoquons le fait que les expertises, tout en intervenant au service du droit, ne font pas le droit.

Les expertises ont donc un rôle juridique, mais ne sont pas juridiques, tant que leurs raisonnements et conclusions ne sont pas repris par les magistrats, qu'il s'agisse du procureur de la République ou du juge d'instruction. D'ailleurs, nous remarquons qu'elles suivent une trame qui leur est propre, comme c'est le cas des expertises médico-légales qui ont toutes la même présentation et le même but : examiner le corps de la victime et, éventuellement, celui de la personne mise en cause.

Le basculement juridique se fait uniquement sous la plume des magistrats. Les expertises ont beau exister, si leurs conclusions ne sont pas reprises dans l'acte d'accusation ou dans le réquisitoire définitif, elles n'auront que très peu de visibilité, puisqu'elles n'ont d'existence juridique qu'à cette condition. Certes, l'examen de

³⁴¹ AP, D 2U 8 34 (1875) ; D 2U 8 36 (1875) ; D 2U 8 41 (1875) ; D 2U 8 42 (1875) ; D 2U 8 93 (1880) ; D 2U 8 94 (1880) ; D 2U 8 96 (1880) ; D 2U 8 97 (1880) ; D 2U 8 98 (1880) ; D 2U 8 99 (1880) ; D 2U 8 99 (1880) ; D 2U 8 101 (1880) ; D 2U 8 104 (1880) ; D 2U 8 107 (1880) ; D 2U 8 108 (1880) ; D 2U 8 109 (1880) ; D 2U 8 174 (1885) ; D 2U 8 175 (1885) ; D 2U 8 177 (1885) ; D 2U 8 178 (1885) ; D 2U 8 179 (1885) ; D 2U 8 180 (1885) ; D 2U 8 181 (1885) ; D 2U 8 182 (1885) ; D 2U 8 185 (1885) ; D 2U 8 188 (1885) ; D 2U 8 188 (1885) ; D 2U 8 193 (1885) ; D 2U 8 194 (1885) ; D 2U 8 195 (1885) ; D 2U 8 257 (1890) ; D 2U 8 258 (1890) ; D 2U 8 259 (1890) ; D 2U 8 260 (1890) ; D 2U 8 262 (1890) ; D 2U 8 263 (1890) ; D 2U 8 264 (1890) ; D 2U 8 266 (1890) ; D 2U 8 390 (1935) ; D 2U 8 391 (1935) ; D 2U 8 396 (1935) ; D 2U 8 397 (1935) ; D 2U 8 399 (1935) ; D 2U 8 400 (1935) ; D 2U 8 403 (1935) ; D 2U 8 405 (1935) ; D 2U 8 406 (1935) ; D 2U 8 407 (1935) ; D 2U 8 409 (1935) ; D 2U 8 605 (1940) ; D 2U 8 606 (1940) ; D 2U 8 607 (1940) ; D 2U 8 610 (1940) ; D 2U 8 614 (1940) ; 107 W 5 (1940) ; 107 W 10 (1940) ; 107 W 30 (1945) ; 107 W 31 (1945) ; 107 W 32 (1945) ; 122 W 33 (1945) ; 122 W 34 (1945) ; 122 W 37 (1945) ; 122 W 40 (1945) ; 122 W 41 (1945).

l'expert est versé au dossier ; mais ces dossiers sont si volumineux que l'absence de mention des résultats d'une expertise dans ces documents clefs la condamne à l'oubli.

De fait, il nous apparaît effectivement que les expertises ont un but scientifique, qui n'est donc pas un but juridique. Parce qu'elles ont un objectif scientifique, elles ne correspondent pas exactement à ce que le droit attend pour être complet ; par exemple, elles ne distinguent pas l'existence d'un élément moral et d'un élément matériel pour évoquer l'existence, ou non, de l'incrimination. En guise d'illustration, nous pouvons relever le fait que l'expertise psychologique a surtout pour objectif de mettre au jour le profil du délinquant et de donner des éléments d'explications du passage à l'acte – les mobiles –, éléments qui ne regardent pas le droit³⁴². Ainsi, les expertises semblent n'avoir d'existence juridique qu'une fois reprises par les magistrats, ce qui concourt à nous laisser penser que, finalement, les juges maintiennent leur pouvoir sur leur office, ce que nous allons désormais analyser.

B. Un juge régnant sur son office

Par principe, et quelle que soit la période, les magistrats ne sont pas tenus par les expertises³⁴³. Néanmoins, nous avons pu constater comment leur déclaration d'incompétence, en nommant un expert, pouvait être difficile à contrer par la suite. Cependant, d'autres éléments entrent en ligne de compte, et cette position ambivalente est très bien résumée par l'un des magistrats avec qui nous nous sommes entretenus :

Et la loi est critiquable à ce titre-là, c'est que justement les experts sont devenus parfois des juges en fait. En portant un jugement de dangerosité, ils ouvrent la voie à des saisines pour surveillance judiciaire ou surveillance de sûreté. Alors oui, on a la possibilité de ne pas le faire, mais enfin pour le coup... En même temps si j'ai une conception assez large des fonctions du juge d'application des peines, même si j'estime qu'il faut savoir ne pas prendre de risques, mais pour autant les assumer, je n'arrive pas à assumer un risque sur une expertise. Si l'expertise me dit qu'il y a une dangerosité et qu'il faut une mesure d'accompagnement, je ne me vois pas filtrer la demande... Alors oui... on est un peu liés par ça.

³⁴² En effet, les mobiles sont inopérants en droit français. Ils sont cependant pris en considération dans d'autres systèmes pénaux, comme en Italie ou au Liban. Sur ce dernier point, voir Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2016, p. 109-110.

³⁴³ Voir notamment Domitille DUVAL-ARNOULD, « Le magistrat face au rapport d'expertise », *Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance-Maladie*, 1 (2019), p. 10-16.

Après, le biais, enfin le biais... l'autre façon de procéder, c'est de choisir l'expert !
Voilà [silence].

On sait dans quel sens il va aller, on peut le savoir à peu près ; il y a des experts qui de façon presque systématique vont avoir telle position en fait. Il y en a d'autres qui vont aller dans la position inverse³⁴⁴.

Deux choses sont marquantes ici : d'un côté le magistrat interrogé reconnaît une forme de lien avec l'expertise, qui aurait donc tendance à amoindrir les possibilités du juge ; d'un autre côté, le magistrat peut choisir l'expert. Cette dernière option est la plus remarquable, puisqu'elle repose sur l'idée selon laquelle certains experts auraient des comportements déterminés et qu'il serait possible de connaître leur positionnement avant même qu'ils ne rendent leur rapport. Ce faisant, le choix de l'expert revient à choisir la solution : dans cette hypothèse, nous avons effectivement un magistrat qui demeure roi de son office ; s'il se soumet à une expertise, il se plie finalement au rapport qu'il a choisi en amont !

De fait, la logique du lien qui encadrerait le juge tombe, puisque l'expert peut être choisi librement. Néanmoins, dans la pratique de nos archives, cette logique ne tient pas totalement. Sur l'année 1935, le Dr Ceillier intervient à trois reprises pour effectuer une expertise psychiatrique. Dans notre premier dossier, il dit que :

[l'accusé], inculpé d'homicide volontaire, n'est pas un aliéné et n'était pas en état de démence au moment de l'acte. Mais le caractère impulsif de son acte et la nature un peu malade de sa jalousie sont les preuves d'un déséquilibre psychique qui est de nature à atténuer dans une assez large mesure sa responsabilité pénale³⁴⁵.

Dans une deuxième affaire, il déclare que l'inculpé n'a pas d'anomalie mentale de nature à atténuer sa responsabilité³⁴⁶. Enfin, dans la troisième affaire de la même année, il déclare une nouvelle fois que rien n'altère les facultés de l'accusé³⁴⁷.

En définitive, nous avons donc un seul et même expert, qui statue de manière variable selon les cas qui lui sont présentés. De fait, peut-être qu'il s'agit d'une coïncidence, ou peut-être que les éléments apportés par notre magistrat ne sont que

³⁴⁴ E.M-1, entr. cit., décembre 2020.

³⁴⁵ AP, D 2U 8 390 (1935).

³⁴⁶ AP, D 2U 8 396 (1935).

³⁴⁷ AP, D 2U 8 405 (1935).

d'application contemporaine, et ne peuvent rejaillir sur le passé, plus spécifiquement sur notre période d'étude. Peut-être, également, que tout dépend du magistrat. Il y a certainement des juges qui profitent de leur possibilité de nommer un expert, en connaissant par avance le sens dans lequel celui-là statuera ; d'autres, au contraire, nomment les experts de manière bien plus aléatoire. Les hypothèses restent ouvertes puisque nos sources ne nous offrent pas de statuer dans un sens déterminé. En revanche, ce qui est éclairant, c'est qu'il s'agit du même expert qui est chaque fois nommé dans nos dossiers de procédure.

Cela n'est pas une nouveauté puisque, de manière encore plus générale, nous pouvons relever une tendance à retrouver les mêmes noms selon les expertises. Nous y voyons deux possibilités : la première tient effectivement en ce que les magistrats choisissent des noms qu'ils connaissent, des experts avec qui ils ont l'habitude de travailler ; la seconde pourrait tenir dans le manque de personnel parmi les auxiliaires de justice.

En effet, sur l'année 1875, c'est le Dr Delens qui s'occupera de toutes les expertises médico-légales³⁴⁸ ; en 1880, nous retrouvons le Dr Brouardel dans 7 dossiers sur 9 pour ces mêmes expertises médico-légales³⁴⁹. En 1885 et 1890, la situation est plus partagée puisque trois noms se divisent le total des expertises³⁵⁰. La situation tend à redevenir hégémonique en faveur d'une personne à partir de 1935 : le Dr Paul réalise 6 expertises médico-légales sur 10 et le Pr Sannié s'occupe de toutes les expertises d'armes³⁵¹. La situation est équivalente en 1940, où nous retrouvons le Dr Paul et le Pr Sannié³⁵². Idem en 1945³⁵³. Nos deux hypothèses semblent donc valables. Néanmoins, si nous couplons ces chiffres avec les propos tenus par notre magistrat, nous penchons en faveur de l'hypothèse selon laquelle les magistrats choisissent les experts selon leurs préférences personnelles. Cela ne signifie pas nécessairement qu'ils

³⁴⁸ AP, D 2 U8 34 (1875) ; D 2 U8 36 (1875) ; D 2 U8 41 (1875) ; D 2 U8 42 (1875).

³⁴⁹ AP, D 2 U8 94 (1880) ; D 2 U8 96 (1880) ; D 2 U8 97 (1880) ; D 2 U8 101 (1880) ; D 2 U8 104 (1880) ; D 2 U8 107 (1880) ; D 2 U8 108 (1880) ; D 2 U8 109 (1880).

³⁵⁰ AP, D 2 U 8 174 (1885) ; D 2 U8 175 (1885) ; D 2 U8 177 (1885) ; D 2 U8 178 (1885) ; D 2 U8 179 (1885) ; D 2 U8 180 (1885) ; D 2 U8 181 (1885) ; D 2 U8 182 (1885) ; D 2 U8 188 (1885) ; D 2 U8 193 (1885) ; D 2 U8 195 (1885) ; D 2 U8 257 (1890) ; D 2 U8 258 (1890) ; D 2 U8 259 (1890) ; D 2 U8 260 (1890) ; D 2 U8 262 (1890) ; D 2 U8 263 (1890) ; D 2 U8 264 (1890) ; D 2 U8 266 (1890).

³⁵¹ AP, D 2 U 8 390 (1935) ; D 2 U8 391 (1935) ; D 2 U8 396 (1935) ; D 2 U8 397 (1935) ; D 2 U8 399 (1935) ; D 2 U8 400 (1935) ; D 2 U8 403 (1935) ; D 2 U8 405 (1935) ; D 2 U8 406 (1935) ; D 2 U8 407 (1935) ; D 2 U8 409 (1935).

³⁵² AP, D 2 U 8 605 (1940) ; D 2 U8 606 (1940) ; D 2 U8 610 (1940) ; 107 W 5 (1940) ; 107 W 10 (1940).

³⁵³ AP, 122 W 30 (1945) ; 122 W 31 (1945) ; 122 W 32 (1945) ; 122 W 34 (1945) ; 122 W 40 (1945).

choisissent tel expert parce qu'ils savent qu'il tranchera dans un sens déterminé, mais peut aussi s'expliquer parce qu'ils ont connaissance du sérieux du travail réalisé³⁵⁴.

Dans tous les cas, que ce soit pour le sérieux des expertises ou par décision d'opportunisme dans la perspective de maîtriser le rapport qui sera vraisemblablement rendu, il apparaît que les magistrats gardent la main sur l'expertise. Certes, une fois que le rapport est restitué, il y a de fortes chances pour que ce dernier soit suivi. Néanmoins, rien n'empêche de demander une seconde expertise. Dans cette situation, si les deux experts vont dans le même sens, il sera délicat pour le magistrat de s'inscrire en faux ; si les deux expertises sont contradictoires, le magistrat récupère pleinement le pouvoir sur son office. Ici, nous sommes bien plus proches d'un fonctionnement tel que le connaissent les magistrats du système de *common law* dans lequel chaque partie vient avec son expertise, charge au juge de trancher selon celle qui lui semble la plus vraisemblable³⁵⁵.

De fait, il nous apparaît effectivement que, dans certaines hypothèses *a minima*, le magistrat garde la main sur son office. Il peut nommer les experts en connaissance préalable du rapport d'expertise qui sera rendu, et peut, même difficilement, aller à l'encontre d'une expertise qui ne lui semble pas probante – en précisant que cette hypothèse nous semble peu probable au vu des éléments statistiques de nos dossiers de procédure et des dires des magistrats avec qui nous avons pu nous entretenir. De surcroît, s'il y a une pluralité d'expertises qui ne vont pas toutes dans le même sens, le juge retrouve son plein pouvoir d'appréciation et peut trancher librement dans le sens qui le convainc le mieux.

C'est le cumul de toutes ces idées qui nous pousse à contrebalancer le poids que peuvent avoir les expertises, et particulièrement en rapport avec l'intention. Nous avons pu constater que les expertises ne visent pas, prioritairement, l'intention en tant

³⁵⁴ Dans beaucoup de nos entretiens avec les auxiliaires de justice – les experts –, on nous a rapporté des dérives qui pouvaient exister, avec des expertises faites à l'emporte-pièce. Pour expliquer cela, beaucoup citent les problèmes de rémunération. E.E-1, entr. cit., mars 2021 ; E.E-2, entr. cit., mars 2021 ; E.E-3, entr. cit., avril 2021.

³⁵⁵ En effet, dans le système de *common law*, tel que rencontré au Canada par exemple, chaque partie vient avec son expert et son rapport d'expertise. De manière générale, le juge, en *common law*, est un arbitre passif à qui l'on apporte des éléments de preuve. Dans le système français, les magistrats prennent un rôle bien plus actif, à l'image de la demande pour obtenir une expertise, qui est une prérogative réservée aux magistrats jusqu'en 1959 et l'arrivée du *Code de procédure pénale*. Pour quelques rappels généraux sur ce point, voir notamment Janeth AINSWORTH, « Legal Discourse and Legal Narratives », art. cit., p. 2-3.

que telle. Cette notion est purement juridique, et ne fait donc pas l'objet de développements directs de la part des experts. Ces derniers se contentent, au choix, de préciser les circonstances matérielles de l'action, l'état psychiatrique de la personne incriminée ou encore le profil psychologique de l'accusé. Se surajoute le fait que les magistrats peuvent vraisemblablement détourner le processus de l'expertise.

Conclusion du chapitre

Au moment de conclure ce chapitre, il nous semble, effectivement, que l'intention est sortie victorieuse des différents obstacles qui pouvaient se dresser sur son chemin. Si elle n'est pas directement visée ni appréhendée, elle reste présente dans le système et le schéma de pensée, ce qui lui vaut d'être parfois mentionnée, au détour d'un procès-verbal de police, d'une page de doctrine ou d'un acte d'accusation.

Nous avons pu constater dans quelle mesure la spécialisation de la science pénale a joué un rôle déterminant dans l'imposition du système intentionnel. Alors que l'ensemble de la doctrine pénale était déchiré entre le déterminisme et le néo-classicisme, c'est une sorte de voie médiane qui a fait jour. Le droit pénal était lui-même dans la tourmente, puisqu'en cours d'annexion tactique par les sciences criminelles. Cependant, ce n'était pas sans compter sur une poignée de juristes dont Garraud ou Saleilles sont les meilleurs représentants. À un moment où il devenait presque impossible de continuer d'ignorer les avancées propulsées par les déterministes, ces auteurs ont proposé un schéma pénal de synthèse, qui allie l'ancien et le nouveau. C'est dans ce cadre, par exemple, que Raymond Saleille pose sa théorie de l'individualisation de la peine, qui continue de reposer sur le fondement d'une responsabilité subjective – avec intention –, tout en glanant dans les doctrines positivistes de quoi nourrir son propos. L'intention est donc victorieuse en ce qu'elle est sauvée par cette tentative d'un autre sauvetage : celui du droit pénal tout court. C'est en s'arcboutant sur les notions principales du droit criminel, tout en y incluant des éléments des sciences criminelles, que la doctrine pénale s'est défendue face à des sciences criminologiques qui commençaient à rogner sur ses plates-bandes. Chemin faisant, le système intentionnel s'en sort indemne, et est même perfectionné puisque le regard est encore plus porté sur l'infacteur : la subjectivité est renforcée, quel que soit le stade du procès.

En parallèle, nous avons pu constater à quel point les sciences auxiliaires au droit ont pris leur envol sur notre période. La psychologie et la psychiatrie font partie de ces sciences que nous estimons en lien avec l'intention. Ce lien, nous le voyons en

ce que ces disciplines ont pour objectif de replacer le sujet dans son individualité pour le comprendre. L'étude psychologique cherchera à déterminer un schéma comportemental, axé autour de la croyance que les humains disposent d'un libre arbitre, sans quoi cette matière n'aurait pas lieu d'exister et se bornerait à la recherche de déterminismes sans qu'il n'y ait de possibilité d'y échapper. Le lien intentionnel est encore plus flagrant dans le cas de la psychiatrie, puisque cette discipline intervient justement pour jauger du degré d'intentionnalité et, surtout, dire s'il n'y a pas eu altération de la volonté, et donc, altération de l'intention dans l'action criminelle. En parallèle de ces développements de sciences qui sont en lien avec le système intentionnel qui semble dominer la société, la doctrine juridique est plutôt terne ; elle continue de prendre l'intention comme une *donnée naturelle*. L'intention est peu évoquée, encore moins définie, et ne fait l'objet de toutes les attentions que lorsqu'elle vient à manquer ou à être amoindrie, c'est-à-dire dans les hypothèses *contre nature*³⁵⁶. Néanmoins, même dans son absence, elle est présente et constitue le socle de pensée des différents auteurs étudiés.

Enfin, nous avons pu voir en quoi et comment les expertises peuvent servir le système intentionnel. Nous avons fait un détour pour observer la manière qu'ont les magistrats de recevoir ces expertises. Le recours aux experts est de plus en plus fréquent à partir de la fin du XIX^e siècle, dont l'usage permet vraisemblablement de matérialiser l'immatériel, de donner corps aux présomptions, en trouvant et relevant des indices qui n'auraient pas été vus autrement. Nous avons pu constater dans quelle mesure les magistrats pouvaient être liés par les expertises, notamment sur celles qui visent l'intentionnalité, mais il nous a également été offert de nuancer ce propos, en démontrant qu'il reste des hypothèses dans lesquelles les juges gardent la main sur leur office et, *in fine*, sur la détermination de l'intentionnalité en imposant la matérialité des faits.

L'intention ressort plus forte que jamais de l'ensemble de ces éléments. Mise en crise, elle a su se défendre en comptant sur des auteurs qui sont bercés par ses enseignements et sa longévité. Après avoir su résister face aux assauts déterministes, il ne lui reste plus qu'à gagner inévitablement la partie.

³⁵⁶ Un parallèle intéressant peut-être réalisé avec la posture de François Gény dans ses études, comme le décrit Nader HAKIM, « Droit naturel et histoire chez François Gény » [en ligne], *Clio@Themis*, 9 (2015), URL : <https://journals.openedition.org/cliiothemis/1534>.

Titre IV. La victoire de l'intention (1945-1994)

Au crépuscule de ce travail, il est temps de faire un premier bilan de notre avancée sur le terrain de l'intention. Nous avons pu voir dans un premier temps que l'intention contemporaine apparaissait à la fin du XVIII^e siècle, pour se construire au fur et à mesure des avancées doctrinales mais, surtout, jurisprudentielles. Nous avons donc pu, dans un deuxième temps, étudier en quoi et comment l'intention s'affirmait-elle dans une période propice pour elle. Nous avons également relevé, c'était l'objet d'un troisième temps, en quoi l'intention a eu à surmonter des obstacles sur le chemin de sa confirmation, et comment ces éléments avaient pu la renforcer. Nous arrivons au quatrième et dernier mouvement de l'intention : sa victoire.

Les crises successives qu'elle a pu rencontrer, de légitimité textuelle, jurisprudentielle ou doctrinale, n'ont en rien éraflé le concept de l'intention en tant que fondement de la responsabilité morale subjective. L'intention existe, même si l'on n'en parle pas, même lorsqu'elle est évitée ou dite à demi-mot ; c'est parfois dans son absence que sa présence se fait ressentir, comme un vide signifiant pour un lectorat acquis à sa cause.

De fait, les futures turbulences qu'elle traversera n'auront qu'un retentissement limité sur elle. C'est notamment le cas de la critique portée contre le système pénal à la fin de la Seconde Guerre mondiale. Alors que l'école de la défense sociale nouvelle fait jour, nous nous apercevons que les contestations formulées sont désormais des critiques *institutionnalisées*. L'heure n'est plus à la révolution déterministe qui venait saper les fondements de la pensée pénale ; nous sommes dans une perspective de transaction, entre l'ancien et le nouveau, un peu à l'image de la codification pénale napoléonienne. Alors que la linguistique occupe une place de plus en plus grande dans les sciences sociales, la critique radicale portée par certains auteurs n'atteindra que difficilement la superbe de l'intention. Tandis que, la fin du XIX^e siècle et le début du XX^e siècle faisaient montre d'une forme de perméabilité entre les disciplines scientifiques, à tel point que nous avons un parfait exemple de transdisciplinarité grâce aux sciences criminelles, l'heure ne semble plus au mélange des savoirs. Le droit

français ignore donc certains des grands retentissements du *linguistic turn* ou du structuralisme (**Chapitre 7**).

Notre organisation juridique demeure donc inchangée dans les grandes lignes, malgré les influences réciproques de certains auteurs entre eux. Alors que de grands noms émergent, comme celui de Derrida (1930-2004) ou de Foucault (1926-1984), la conception juridique continue dans sa lancée. Le système pénal suit la même voie et c'est donc assez logiquement que l'intention se trouve finalement sacralisée dans la législation de 1994 posant le nouveau *Code pénal*. Création paratextuelle, fondée sur des bribes d'indices dans une législation lacunaire, l'intention, fruit d'un travail commun des juges et de la doctrine pénale fait une entrée réelle et matérielle dans le *Code pénal* de 1994. Cela ne signifie pas pour autant que les doutes qui planent autour de la notion seront totalement levés. Si nous pouvons relever une amélioration dans le respect du principe de la légalité qui était jusqu'à présent violé, l'intelligibilité de la loi pénale n'est en rien modifiée puisqu'il n'y a pas de définition de l'intention ni de précisions sur ce que nous devons y intégrer. Il y a donc une sacralisation textuelle d'une notion construite en dehors de ceux-ci mais, sans précisions, un peu comme nous avons pu le relever jusqu'à présent : il s'agirait donc d'une évolution sans révolution, le législateur ne faisant qu'avaliser les avancées jurisprudentielles, sans aller plus loin (**Chapitre 8**).

Chapitre 7. L'intention prise en compte dans les nouvelles critiques du système pénal

Au sortir de la Seconde Guerre mondiale, le système pénal reçoit un certain nombre de remarques, qui puisent leurs sources dans le choc provoqué par les atrocités commises pendant le conflit. C'est de la sorte que se constitue l'école de la défense sociale nouvelle, portée en France, principalement, par Marc Ancel (1902-1990). Dans le même temps, Henri Lévy-Bruhl (1884-1964) consacre de nouveau une rubrique de droit criminel dans *l'Année sociologique* à partir de 1948, laquelle marque le renouveau de la sociologie criminelle en France.

Tout un courant contestataire se constitue sur ces fondations, mais l'heure n'est plus à la grande révolution des concepts. Tandis que l'école de la défense sociale portée par les criminalistes italiens et français préconisait une position de rupture avec le système pénal en attaquant, notamment, la notion de libre arbitre, la défense sociale nouvelle est bien plus timorée. Si critique il y a, c'est désormais dans le cadre institutionnel posé ; les concepts sont contestés, mais on en propose des améliorations, non des suppressions. L'heure est à la reconstruction d'un droit malmené par les conflits mondiaux, vieillissant, et à qui il convient de redonner ses lettres de noblesse en le modernisant. C'est ainsi que poindra une responsabilité de transaction, qui fait la part belle à plusieurs théories, tout en demeurant ancrée dans le système classique de responsabilité subjective pour faute morale (**Section I**).

Dans ce grand mouvement, la philosophie n'est pas épargnée. Alors que les travaux du Cercle de Vienne commencent à quitter la capitale autrichienne et gagnent d'autres villes, la figure de Ludwig Wittgenstein (1889-1951) émerge des décombres de la philosophie désormais nommée continentale. La remise en cause est ici radicale : l'objectif est de reprendre tous les travaux philosophiques pour les scientificiser grâce au langage. Pour lui et ses tenants, tous les problèmes de la philosophie continentale sont des problèmes de mots, de mauvaise compréhension, et donc une perte de temps. Or, nous avons pu constater comment la philosophie pouvait entrer en résonance avec le droit et, particulièrement, avec le droit pénal. La question de la liberté y est prégnante et la liberté est également un champ de questionnements très vaste pour la

philosophie. D'autres, à l'image d'Elizabeth Anscombe (1919-2001), chercheront même à résoudre les problématiques qui entourent l'action, et plus particulièrement l'intention dans l'action. Nous voyons donc sous les traits de la philosophie analytique un vecteur de renouveau potentiel dans la manière de penser le crime et le criminel (**Section II**).

Enfin, en parallèle de la philosophie analytique, la philosophie continentale n'a pas rendu les armes et est toujours présente. Nous la trouvons dans la critique structuraliste et post-structuraliste portée par des penseurs français comme Henri Lévy-Bruhl ou Jacques Derrida. Néanmoins, les ambitions semblent moins grandes que celles portées par la philosophie analytique qui tend à supplanter les approches continentales. La mise en crise du système de pensée portée par le structuralisme n'est donc que tempérée, et les grands concepts qui nous interrogent se trouvent même, parfois, confortés (**Section III**).

Section I. La nouvelle défense sociale

En premier lieu, il nous semble nécessaire d'expliquer pourquoi l'école de la défense sociale nouvelle nous intéresse. Ce mouvement sait capter notre attention dans la mesure où il sait rassembler de grands noms de la pensée pénale dans la seconde moitié du XIX^e siècle, à l'image de Marc Ancel (1902-1990), mais également de Jean Pinatel (1913-1999) ou encore Georges Levasseur (1907-2003). De surcroît, cette école offre des propositions qui seront parfois intégrées dans la législation, preuve de son dynamisme – et donc de l'intérêt, pour nous, de l'étudier.

L'école de la défense sociale nouvelle offre une critique parfois radicale du système mais, surtout, une critique institutionnalisée du droit pénal. Alors que les penseurs de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle étaient dans une optique de déconstruction du système, notamment en ce qui touche à la responsabilité, en proposant une négation totale du « postulat du libre arbitre », l'ambiance n'est pas ici à la révolution, mais à l'amélioration de l'existant.

Certes, en poussant le curseur sur certains points, le libre arbitre en vient toujours à pâtir, et donc heurte l'intention. Néanmoins, cette critique est plus timide et touche uniquement des cas spécifiques, pour lesquels il conviendrait de reconnaître de manière encore plus large certains déterminismes, essentiellement sociaux, qui font obstacle à l'expression et la reconnaissance d'une culpabilité pleine et entière (§ 1).

Cependant, en aucun cas il ne s'agit de chercher à faire primer cette forme de responsabilité objectivée, appelée également responsabilité criminologique, sans faute, sur le reste. Finalement, c'est bien plus un travail d'articulation entre acquis criminologiques et droit pénal qui sera ici opéré, qu'une forme de rupture proposant la naissance d'un droit pénal renouvelé (§ 2).

Dans cette perspective, les auteurs semblent accepter et assumer le rôle éminemment politique que peut avoir le droit pénal. Rangés dans la branche du droit privé, ils n'oublient pas que la poursuite est menée par des procureurs qui reçoivent des directives de la Chancellerie, qui marque une politique pénale déterminée, et demande de sanctionner plus ou moins certaines infractions données. C'est notamment ce qui est démontré par l'ordonnance pénale des mineurs, pour considérer un exemple pratique (§ 3).

§ 1. La continuité d'une critique sur le libre arbitre

Dès lors qu'une contestation touche le droit pénal, bien vite elle se mue en confrontation sur le terrain de la responsabilité. Cela relève de la logique, puisque la responsabilité est l'épicentre de la réponse pénale, sans quoi rien ne tiendrait. Les débats sur la manière dont on peut être tenu responsable arrivent très vite sur la contestation du libre arbitre, cheval de bataille de ceux qui cherchent à remettre en cause, totalement ou partiellement, l'organisation pénale établie. C'est donc sans surprise que l'école de la défense sociale nouvelle s'inscrit dans ce que nous pourrions appeler une *tradition* de contestation du libre arbitre, comme l'ont fait les penseurs du XVIII^e siècle ou les déterministes de la fin du XIX^e siècle ; cela constitue un des éléments qui peuvent être appréhendés comme fondateurs de cette école de pensée (A).

Ce faisant, le débat est donc décalé non plus sur la responsabilité fondée sur une faute morale, mais sur la responsabilité criminologique. Alors que la première est éminemment métaphysique, en ce qu'elle suppose tout un système de croyances, dont la croyance en un libre arbitre – qu'il soit absolu ou non –, la seconde repose sur des investigations présentées comme plus scientifiques, parce qu'empiriques. Le renouveau des sciences sociales en matière criminologique apporte donc de nouveaux éléments pour nourrir et construire cette autre forme de responsabilité. Néanmoins, la nouveauté tient en ce que les auteurs ne tendent plus à appliquer une responsabilité criminologique exclusive, mais à faire acte de synthèse en articulant responsabilité morale et responsabilité criminologique (B).

A. Les éléments fondateurs de la défense sociale nouvelle

Malgré les avancées permises par les déterministes sur la pénalité, et la synthèse de Saleilles sur l'individualisation de la peine, le délinquant avait beau être appréhendé comme un malade à soigner, il n'en restait pas moins qu'il était sacrifié face à l'intérêt général. Cette notion de sacrifice atteindra d'ailleurs son paroxysme avec les funestes perpétrations criminelles de la Seconde Guerre mondiale. Il n'est donc pas étonnant qu'à la suite de ce cataclysme, une forme d'humanisme renaisse, notamment en théorie pénale³⁵⁷.

³⁵⁷ Jean PRADEL, *Histoire des doctrines pénales, op. cit.*, p. 93.

Ce mouvement prend les traits de la défense sociale nouvelle en France, portée par Marc Ancel, que beaucoup rejoindront³⁵⁸. C'est en 1954 que paraît la première édition de son ouvrage phare, *La défense sociale nouvelle*³⁵⁹. Sans revendiquer la création d'une école de pensée, Ancel parlera plus volontiers de *mouvement*³⁶⁰. C'est donc l'aube d'un mouvement plus humaniste, qui entend réformer le droit pénal pour en faire une véritable science. En effet, il déclare que :

Le droit pénal n'est pas directement en prise avec la réalité : il serait aisé de montrer comment le droit pénal néoclassique, qui domine encore largement le droit pénal positif actuel, repose sur des fictions légales et comporte un jeu souvent presque gratuit de la technique juridique par l'effet duquel les notions du droit pénal finissent par ne plus exprimer la réalité sociale³⁶¹.

Néanmoins, il convient de rappeler que Marc Ancel ne s'oppose pas au droit pénal, il entend l'améliorer, ce qui en fait une démarche singulière par rapport aux positivistes italiens³⁶². En cela, il se distingue de Gramatica (1901-1979), qui était un peu plus radical que lui, et proposait une véritable révolution pénale dans son ouvrage *Principes de défense sociale*³⁶³. Ce dernier, par exemple, s'opposait frontalement au système de la responsabilité individuelle :

Je consacre précisément ces réflexions à un éclaircissement – dont cette étude m'offre la possibilité – de la négation, que j'ai maintes fois soutenue, de la « responsabilité pénale » et en particulier de la « responsabilité morale », telles qu'elles sont conçues aujourd'hui dans le droit pénal³⁶⁴.

Preuve de l'insoluble problème entre ces deux auteurs, à propos de la responsabilité morale, Marc Ancel écrit que :

³⁵⁸ Jean DANET, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIX^e au XXI^e siècle », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1 (2010), p. 49-50.

³⁵⁹ Marc ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Paris, Cujas, 1954.

³⁶⁰ Jacques BORRICAND, « L'influence de Marc Ancel sur le droit positif français contemporain », *Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL*, 2 (2015), p. 81-82.

³⁶¹ Marc ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 2^e éd., Paris, Cujas, 1971, p. 120-121.

³⁶² Alfonso SERRANO MAÍLLO, « La défense sociale nouvelle et modernité réflexive. La vision espagnole », *Déviance et Société*, 4 (2010), p. 600 ; Jacques BORRICAND, « L'influence de Marc Ancel sur le droit positif français contemporain », art. cit., p. 82.

³⁶³ Filippo GRAMATICA, *Principes de défense sociale*, Paris, Cujas, 1964.

³⁶⁴ Filippo GRAMATICA, « La notion de "responsabilité" dans le système de défense sociale », dans Maurice Rolland (dir.), *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel. II. Études de science pénale et de politique criminelle*, Paris, Pedone, 1975, p. 110.

Pour des raisons analogues, mais aussi pour des raisons plus profondes, nous ne pouvons souscrire au rejet, par M. Gramatica, de la notion de responsabilité morale. Là réside même sans doute notre opposition la plus sérieuse, et peut-être la plus irréductible³⁶⁵.

Dès lors, même si ces auteurs se réunissent sur beaucoup de points, nous relevons effectivement que la radicalité de Gramatica concernant la responsabilité pénale, est un point d'achoppement indépassable entre nos deux auteurs.

En premier lieu, l'un comme l'autre se retrouvent sur le terrain de l'idée de la défense de la société par le biais de l'adaptation ou de la resocialisation du délinquant. Gramatica expose en ce sens que l'on recherche la protection du groupe en protégeant, justement, les membres du groupe³⁶⁶. Marc Ancel, lui, écrit que :

Ce que recouvre ici le concept de défense sociale, c'est une politique active de prévention qui entend protéger la Société en protégeant également le délinquant, et qui vise à lui assurer, dans les conditions et par des voies légales, le traitement approprié à son cas individuel³⁶⁷.

Par ailleurs, ils affirment de concert que le droit criminel doit respecter les droits humains et que la liberté et la légalité sont des principes cardinaux inviolables³⁶⁸. Là encore, le poids de la sortie de la Seconde Guerre mondiale se fait ressentir. Les atrocités commises ont démontré que les systèmes sont faillibles et qu'il n'est pas inutile de rappeler des principes que l'on croyait pourtant bien acquis³⁶⁹.

Encore, nous retrouvons l'idée selon laquelle la défense sociale est d'essence scientifique et non métaphysique : il ne faut donc pas, par exemple, mobiliser la notion

³⁶⁵ Marc ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 225.

³⁶⁶ Filippo GRAMATICA, *Principes de Défense sociale*, *op. cit.*, p. 191 et s. ; sur ce même point, voir Marc ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 240 et s.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 31.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 37 : « Cette action de resocialisation ne peut néanmoins se développer que par une *humanisation* toujours croissante du droit pénal nouveau qui devra faire appel à toutes les ressources de l'individu, qui cherchera à lui rendre confiance en lui-même et à lui redonner à la fois le sens de sa responsabilité personnelle, ou plus exactement peut-être de sa liberté sociale, et le sens des valeurs humaines. Cette conception s'efforcera, en même temps, d'assurer qu'il s'agisse du délinquant présumé ou condamné, le respect des droits inhérents à sa qualité d'homme, tout comme elle entendra maintenir les garanties essentielles dérivant du principe de la légalité et de la régularité du procès pénal ». Gramatica rejoint cela en exprimant que : « Si l'État est basé sur l'homme – seigneur de ses droits naturels, reposant sur le principe de liberté et de bien-être, il en résulte nécessairement, nous semble-t-il, que l'État doit rechercher ses critères et la "limite" de ses règles dans le respect des droits de l'homme ». Sur ce dernier point, voir Filippo GRAMATICA, *Principes de Défense sociale*, *op. cit.*, p. 15.

³⁶⁹ Jean PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, *op. cit.*, p. 95.

de blâme ou de libre arbitre à excès pour Marc Ancel³⁷⁰, ou tout court pour Gramatica³⁷¹. Néanmoins, la justice pénale doit être conforme à la conscience sociale et reposer sur le sentiment que chacun peut se faire de sa responsabilité morale pour Ancel. De fait, la responsabilité n'est donc plus le point de départ de la condamnation, mais son point d'arrivée.

Ils développent également l'idée selon laquelle les peines doivent être véritablement individualisées pour permettre la resocialisation du criminel³⁷². D'ailleurs, l'objet principal de la peine doit être mesuré avec cette capacité qu'elle peut avoir à permettre la resocialisation. C'est ici une idée phare de la défense sociale nouvelle.

Enfin, il faut accepter que le droit pénal ne soit pas le seul ni le meilleur moyen de lutter contre la criminalité ; les meilleures ressources dans ce domaine sont les éléments qui permettent une vraie prévention, un véritable travail préventif de la criminalité, en recherchant, par exemple, les causes sociales³⁷³. Ce dernier point s'articule parfaitement avec le renouveau de la sociologie pénale portée par Henri Lévy-Bruhl dans la revue de *L'année sociologique*, qui y intègre une rubrique de droit criminel à partir de 1948³⁷⁴.

Nous le constatons, ce tronc commun des apports principaux de la défense sociale nouvelle n'est pas programmatique d'un renversement absolu des considérations de droit pénal. Les axes principaux proposent seulement de socialiser la responsabilité et d'humaniser la réponse pénale. Un point est cependant important, et nous semble sous-traité : le respect du principe de la légalité. Nous pouvons

³⁷⁰ Marc ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 226 : « Sans doute importe-t-il de ne pas s'aventurer dans la métaphysique de la responsabilité, tout en dépassant aussi bien la conception classique, qui se borne à poser, sur la base de ce concept, une présomption d'imputabilité, que l'agnosticisme prudent de l'Union internationale de droit pénal ou des Écoles éclectiques. Nous reviendrons dans un prochain chapitre sur ce problème essentiel. Notons seulement pour l'instant que la politique criminelle que propose la défense sociale *nouvelle* ne peut ni se comprendre, ni se justifier sans un appel constant à la notion de responsabilité humaine ».

³⁷¹ Filippo GRAMATICA, « La notion de "responsabilité" dans le système de défense sociale », *art. cit.*, p. 109-122.

³⁷² Marc ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 258 et s.

³⁷³ *Ibid.*, p. 28-29 : « Or, dans sa signification moderne, la défense sociale se présente d'abord comme une réaction contre ce système uniquement rétributif. C'est même en cela que le terme de défense sociale acquiert une portée, ou si l'on préfère une autonomie nouvelle ; c'est en cela qu'il implique une conception renouvelée de la lutte contre la délinquance ; c'est en cela enfin qu'il présuppose, au-delà du droit pénal en tant que technique juridique, une politique criminelle délibérée et fondée sur les données des sciences sociales et de la criminologie ».

³⁷⁴ Jacques FAGET, *Sociologie de la délinquance*, Toulouse, Érès, 2002, p. 27-28.

comprendre que Marc Ancel ait trouvé et souhaité nécessaire de rappeler la vigueur des droits et libertés fondamentaux au sortir d'une période aussi trouble que fut celle de la Seconde Guerre mondiale. Néanmoins, il est plus intéressant de noter cette référence au principe de la légalité, qui sous-entend qu'il n'était pas respecté.

Pour notre part, nous avons posé l'hypothèse selon laquelle retenir un élément moral, preuve de l'intention, comme élément constitutif des infractions, était une création jurisprudentielle *praeter legem*, qui pouvait être vue comme une contradiction avec le principe de la légalité qui veut que les textes pénaux soient interprétés strictement, sans rien enlever et, surtout, sans rien y ajouter. Malheureusement, Marc Ancel ne dit pas pourquoi ce rappel de la légalité criminelle lui semblait important. Cependant, parce qu'il milite pour la prise en considération des mobiles par le droit pénal français³⁷⁵, qui les rejette jusqu'à présent³⁷⁶ – et encore aujourd'hui –, nous pouvons nous demander s'il ne partageait pas certaines des interrogations que nous pouvons aujourd'hui avoir sur le contenu de l'intentionnalité criminelle. En effet, ajouter les mobiles viendrait clarifier grandement le contenu de l'intention criminelle, puisque ce sont les motifs subjectifs qui ont poussé l'agent à agir comme il l'a fait.

Or, cette consécration d'une forme de définition de l'intention pourrait être dangereuse pour le droit pénal et la construction de l'infraction. Dans la conception classique de la responsabilité, celle qui est partagée lorsqu'écrit notre auteur, l'élément moral de l'infraction est constitué par la volonté qu'avait l'auteur de commettre ce qui est proscrié par la loi. Or, souvent il peut arriver que les mobiles soient absolument étrangers à l'inscription de la loi. Par exemple, une personne peut vouloir tuer un tiers non pas pour qu'il soit mort – ce qui correspondrait à la définition de l'assassinat –, mais pour qu'il se taise. Un exemple, particulièrement représentatif de notre échantillon, nous est donné par un expert avec qui nous avons pu nous entretenir :

Si effectivement, par exemple, il me dit « non mais il m'a insulté », nous on ne sera pas là pour le savoir, alors je peux éventuellement demander ce qu'on lui a dit, et pourquoi il l'a si mal pris, s'il peut m'en dire quelque chose ça peut être intéressant, mais

³⁷⁵ Marc ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 288 : « Certes, les notions sur lesquelles on discute demeurent incertaines : après des siècles de controverses, la volonté criminelle, la *mens rea* est aussi obscure qu'au temps de Cicéron ; et, si le droit pénal classique, afin d'éviter une analyse véritable de la culpabilité, a tenté de séparer l'intention du mobile pour rattacher plus directement la faute à l'infraction, "ce barrage est fragile", comme le souligne justement M. Pinatel, et il s'harmonise mal avec l'ensemble des théories pénales ».

³⁷⁶ Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 110.

si par contre on se rend compte que le gars qui était au sol, il voulait lui piquer sa petite copine et qu'il pouvait plus le supporter, qu'il y avait déjà eu des bagarres entre eux... ça ajoute des éléments. Mais si la personne dit, « mais je voulais juste le frapper, je voulais pas le tuer », parce qu'on peut avoir envie de tuer quelqu'un dans sa tête, c'est rare de vouloir tuer pour de vrai, donc il peut aussi, une fois que c'est fait, s'en défendre, parce qu'il ne se reconnaît pas !³⁷⁷

Nous voyons avec ce propos rapporté d'une experte-psychologue, que les mobiles peuvent venir en contradiction avec l'intention telle que posée – ou supposée à défaut de base textuelle – par l'incrimination. Peut-être s'agit-il d'une des raisons qui ont contribué à ne jamais introduire les mobiles dans les éléments qui intéressent le droit criminel, puisque si nombre de propositions de la défense sociale nouvelle ont été adoptées, notamment dans le *Code de procédure pénale* de 1959³⁷⁸, la prise en compte des mobiles n'a toujours pas intégré notre système pénal – du moins, officiellement. Cette distinction, officiellement / officieusement est importante car, alors que les textes rejettent au loin les mobiles, les magistrats, dans leur travail, prennent ces derniers en considération pour non seulement reconstruire l'intention, mais également adapter la réponse pénale : sur 19 entretiens avec des magistrats, les mobiles comme éléments importants ont été pointés par l'intégralité des interrogés³⁷⁹.

En conséquence, nous avons pu constater en quoi les avancées portées par le mouvement de la défense sociale nouvelle sont des éléments novateurs dans la pensée pénale. Il y a une forme de nouveauté dans certaines idées qui n'étaient pas encore connues de la doctrine pénale ; il y a également une autre forme de nouveauté, qui serait le fruit d'une évolution de ce qui existe déjà. Ces éléments forment le tronc commun de la défense sociale nouvelle, qui peuvent être partagés, majoritairement, par Gramatica et Ancel. Si les deux auteurs ont des désaccords, il faut remarquer qu'ils disposent aussi de nombreux points de rencontre ; nous notons également que Marc Ancel est le préfacier des *Principes de défense sociale*³⁸⁰. De surcroît, malgré leurs divergences sur la responsabilité morale, il nous semble qu'ils peuvent croiser leurs

³⁷⁷ E.E-1, entr. cit., mars 2021.

³⁷⁸ Jacques BORRICAND, « L'influence de Marc Ancel sur le droit positif français contemporain », art. cit., p. 81-89.

³⁷⁹ E.M-1, entr. cit., décembre 2020 ; E.M-2, entr. cit., décembre 2020 ; E.M-3, entr. cit., décembre 2020 ; E.M-4, entr. cit., janvier 2021 ; E.M-5, entr. cit., février 2021 ; E.M-6, entr. cit., mars 2021 ; E.M-7, entr. cit., mars 2021 ; E.M-8, entr. cit., mars 2021 ; E.M-9, entr. cit., mars 2021 ; E.M-10, entr. cit., mars 2021 ; E.M-11, entr. cit., avril 2021 ; E.M-12, entr. cit., avril 2021 ; E.M-13, entr. cit., avril 2021 ; E.M-14, entr. cit., avril 2021 ; E.M-15, entr. cit., avril 2021 ; E.M-16, entr. cit., avril 2021 ; E.M-17, entr. cit., avril 2021 ; E.M-18, entr. cit., avril 2021 ; E.M-19, entr. cit., juin 2021.

³⁸⁰ Filippo GRAMATICA, *Principes de défense sociale*, op. cit.

objectifs dans ce que nous pourrions appeler la responsabilité criminologique, ce que nous allons désormais étudier.

B. Un penchant certain pour la responsabilité « criminologique »

Alors que Gramatica rejette par principe la responsabilité morale³⁸¹, Marc Ancel préfère conjuguer les apports criminologiques avec le système pénal en place. Il n'est donc pas question de revenir sur ce cela, qui constitue un point de friction entre les deux auteurs, comme ils le concèdent tous les deux³⁸². Ce qui nous intéresse bien plus, c'est la vision que Marc Ancel a de la responsabilité. Sans se dégager pleinement de la responsabilité morale, comme nous l'avons vu, il privilégie néanmoins une forme de responsabilité qui n'est pas la responsabilité connue par le système pénal en place lorsqu'il écrit.

Le fonctionnement qu'il propose est beaucoup plus marqué par le collectivisme, puisque c'est l'ensemble de la société qui voit son reflet dans l'action criminelle menée. C'est en miroir de la société que le délinquant doit comprendre sa responsabilité. Il y a donc une forme de croyance dans une notion de responsabilité transcendante. Alors que l'auteur se garde de toute métaphysique, il mobilise pourtant cet argument qui y ressemble fortement. Il nous dit notamment que :

Or, la réalité, c'est, il faut y revenir, le sentiment intime et naturel de la responsabilité personnelle. On sait que psychiatres, psychologues et criminologues modernes insistent sur ce sens individuel de la responsabilité, que l'on retrouve normalement chez tout être humain à qui il donne la notion et comme disait E. De Greef, « la certitude de la liberté intérieure ». Cette responsabilité constitue ainsi « l'expérience même de son libre arbitre ». Les psychanalystes eux-mêmes ne refusent pas toute place à la culpabilité et au sentiment intime de responsabilité. Ce sentiment dans sa réalité psychologique, rattache l'homme à son activité et à son avenir personnel ; et cette liberté ressentie fait que l'acte accompli « émane de notre personnalité entière et l'exprime ». La responsabilité apparaît ainsi, dans la doctrine de la défense sociale nouvelle, comme la conscience ou mieux encore la prise de conscience par l'individu de sa personnalité en tant qu'elle s'affirme dans son action³⁸³.

³⁸¹ Filippo GRAMATICA, *Principes de défense sociale*, op. cit., p. 33-39.

³⁸² Marc ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 2^e éd., op. cit., p. 225-226 ; Filippo GRAMATICA, « La notion de "responsabilité" dans le système de défense sociale », art. cit., p. 110.

³⁸³ Marc ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 2^e éd., op. cit., p. 290-291.

La démarche est ici subtile, parce que Marc Ancel conclut sa démonstration sur le mode de responsabilité en disant qu'elle regarde « la prise de conscience par l'individu de sa personnalité en tant qu'elle s'affirme dans son action », le tout étant relié par le sentiment de la responsabilité personnelle. Nous pourrions croire que les éléments sont, une nouvelle fois, très matériels et matérialisables. L'auteur cache son jeu en déployant des arguments qui relèvent du champ lexical de la scientificité, en convoquant la psychologie, la psychanalyse et la psychiatrie, dont le statut scientifique n'est plus à démontrer lorsqu'il écrit ces lignes.

Cependant, nous ne devons pas perdre de vue le postulat initial qui est celui du libre arbitre, et qui ne peut être prouvé comme nous l'avons vu précédemment dans notre travail. Il s'agit d'une idée fondamentale, qui permet de construire la notion de responsabilité individuelle et d'autres notions, mais cela reste une idée, non une preuve concrète d'existence. Marc Ancel dit donc évacuer la métaphysique et annonce s'en remettre aux conclusions empiriques des sciences que sont la psychologie, la psychiatrie et la psychanalyse. Or mélanger les expressions de « libre arbitre » et de « responsabilité » dans la même définition ne nous semble pas relever d'une hypothèse empirique, du moins, c'est ce que nous supposons.

C'est donc une nouvelle forme de responsabilité qui est créée, qui n'est plus uniquement la responsabilité fondée sur une faute morale, puisqu'on y ajoute un petit quelque chose, bien que cela reste très proche de la responsabilité métaphysique qui était pourtant rejetée par principe dans cet ouvrage, qui ne voulait convoquer que des savoirs empiriques. C'est en cela qu'il construit, selon nous, une responsabilité criminologique.

Bien que reposant sur des notions floues comme le libre arbitre ou le « sentiment de responsabilité », cette responsabilité morale est enrichie par des savoirs qui appartiennent aux sciences criminelles. En cela que nous voyons la mise en place d'une responsabilité criminologique, qui sait puiser dans les savoirs criminels pour exister.

Par ailleurs, il précise également que :

Ramenée ainsi à la réalité humaine, cette responsabilité concrète se trouve comme libérée de sa pesanteur ancienne. La doctrine néo-classique était en réalité encombrée de ce libre arbitre métaphysique qui échappait à son domaine propre. Aussi,

après l'avoir proclamé impérieusement, n'en faisait-elle qu'un usage pratiquement restreint. Cette liberté, posée en principe, de l'homme délinquant, n'était qu'un postulat transformé en présomption légale. Il n'était utilisé qu'une seule fois dans le procès pénal, au moment du jugement et, pour ainsi dire, comme hypothèse de travail. Dans la justice pénale de défense sociale, la responsabilité redevient effectivement une réalité, et une réalité de tous les instants. Elle constitue ainsi la raison d'être, mais aussi l'objet de cette justice pénale appelée à statuer non seulement sur l'acte incriminé, mais sur le comportement social de son auteur ; et le traitement imposé, parce qu'il a pour objet de rendre le délinquant conscient des valeurs et des exigences sociales, est bien d'abord une rééducation de la responsabilité ou, si l'on veut même, une thérapeutique de la liberté ; car il cherche à faire de cette notion innée – ou naturelle, mais chez beaucoup de délinquants, incertaine et fruste – non seulement une liberté vécue, mais une liberté consciente, acceptée avec ses limites nécessaires³⁸⁴.

Une nouvelle fois il semble s'opposer aux notions métaphysiques qui viennent embrouiller le raisonnement juridique, et critique au passage l'ancienne conception de la responsabilité fondée tout entière sur le postulat du libre arbitre. Néanmoins, nous remarquons qu'il n'est pas loin de tels développements lui non plus, notamment lorsqu'il affirme que l'examen de la responsabilité, et la peine qui s'ensuivra permettront de réparer une volition biaisée par un défaut d'appréhension des valeurs sociales. Ce faisant, il considère la liberté et ses exigences comme *innées* ; *quid* ici du rejet de la métaphysique ? Il affirme sans démonstration autre que le bon sens commun, ce qu'enseignerait la psychologie sociale, que la liberté est innée. Il nous semble que c'est ici convoquer la métaphysique dans son système de responsabilité criminologique.

D'autres points sont intéressants, et plus particulièrement le traitement qui sera donné au délinquant. La défense sociale nouvelle cherche à mieux encore individualiser les peines pour améliorer la réintégration future du délinquant dans la société³⁸⁵. Ici, plus particulièrement, nous voyons que le délinquant sera réinséré en lui réinculquant les notions « innées » qui lui font défaut, qui sont plus faibles chez lui. Dans la continuation de la métaphore du délinquant vu comme un malade, c'est un peu comme s'il avait des carences en vitamines qu'il faudrait combler, mais la carence est en réalité liée à sa conception de la liberté. Marc Ancel nous le dit, il s'agit d'une « thérapeutique de la liberté », dans laquelle il faut comprendre que les peines qui sont

³⁸⁴ Marc ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 297-298.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 241 et s., p. 258 et s., p. 272 et s.

prononcées, en lien avec la responsabilité, doivent permettre de réapprendre au délinquant les différents degrés de liberté³⁸⁶.

L'intention se mêle de toutes ces considérations. Nous voyons en effet qu'elle ne peut être rejetée dans une telle conception, à la différence de la critique déterministe de la fin du XIX^e siècle. La défense sociale nouvelle, elle, accepte l'idée selon laquelle le libre arbitre existe et, plus loin, consacre la liberté comme une valeur à protéger et éventuellement, à apprendre et mieux connaître. Une telle pensée embrasse évidemment la conception selon laquelle l'action réalisée est libre. Si une dose de déterminisme peut être acceptée, lorsque l'on envisagera l'appréhension de la responsabilité, elle n'est pas pleine ici. Les actions sont donc le fruit de libres volitions qui reposent sur des explications logiques et internes aux agents. Ancel le dit dans un autre extrait de manière limpide : « Pas plus qu'il ne faut séparer l'intention de son mobile, il ne faut séparer l'homme de son acte »³⁸⁷.

Pour lui, et pour le mouvement de la défense sociale nouvelle, les actions criminelles ont donc effectivement une intention, laquelle est déterminée par des mobiles. C'est la concurrence de l'intention et des faits matérialisés qui ouvre le droit à la réponse pénale, donc l'objet est de mesurer la responsabilité individuelle, en miroir de la responsabilité communément admise, pour administrer la meilleure peine, ce qui passe par le réapprentissage de la liberté.

De fait, parce que Marc Ancel dans son ouvrage programmatique laisse une large place aux sciences criminelles pour venir éclairer le magistrat lorsqu'il se penche sur la responsabilité, nous pouvons effectivement supposer que le type de responsabilité mise en œuvre est une responsabilité hybride, une responsabilité criminologique. Cette responsabilité, qui repose toujours sur le même fondement de la faute morale, est considérée dans un cadre plus vaste qui va examiner dans le détail l'action du délinquant et, surtout, le délinquant lui-même dans ce qui lui fait défaut, et donc ce qu'il est nécessaire de lui inculquer : la notion innée de liberté. C'est là un des éléments qui nous permet d'avancer l'idée selon laquelle l'attaque menée contre le système pénal est une attaque institutionnalisée, qui ne rejette pas entièrement le droit criminel.

³⁸⁶ Marc ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 290.

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 291.

§ 2. Une attaque institutionnalisée contre le système pénal

Outre les propos sur la responsabilité, qui démontrent le caractère tempéré des attaques menées contre le système pénal, c'est l'ensemble des pans de l'organisation pénale qui est remise en cause par l'ouvrage programmatique de Marc Ancel, et par les autres auteurs qui s'inscrivent dans cette tendance, tels que Gramatica en Italie, ou Jean Pinatel. Néanmoins, si l'attaque est d'envergure et ne ménage pas ses efforts pour brasser l'ensemble du droit criminel, elle demeure mesurée sur le fond. Il ne s'agit pas de faire table rase du passé, mais acte de synthèse, en proposant une organisation renouvelée et non pas révolutionnaire.

Cela se mesure à l'aune de plusieurs éléments, comme le fait que les auteurs acceptent le système pénal et ne soient pas extrémistes dans leurs propos (A). Il nous semble ainsi pouvoir y déceler l'œuvre d'une logique transactionnelle, certainement pour que ces idées soient mieux acceptées, et ne fassent pas l'objet de la levée de boucliers qu'ont pu connaître les premiers déterministes (B).

A. Des auteurs mesurés dans leurs propos

Puisque nous parlons d'auteurs mesurés, nous excluons d'office Gramatica dont les dires sont loin d'être dans la conciliation. En effet, ce dernier propose un système de rupture avec l'existant. Dans les prémisses de son système, il rejette frontalement la responsabilité morale, ce que ne font pas Marc Ancel ou Jean Pinatel par exemple. Ces deux derniers acceptent le système comme il est ; ils cherchent seulement à le faire évoluer en prenant en considération les approches criminologiques qui sont restées vives depuis le début du XX^e siècle.

À plusieurs reprises dans son ouvrage, Marc Ancel n'applique pas la politique de la terre brûlée, mais embrasse les éléments du passé pour y chercher les éléments les plus pertinents qui vont contribuer à nourrir sa théorisation. C'est notamment le cas lorsqu'il évoque l'individualisation de la peine. Il ne rejette pas le point de vue développé magistralement par Raymond Saleilles ; certes, il en critique l'aspect trop retenu, mais il le prend comme fondement afin de porter un nouveau regard sur la question. En effet, il déclare notamment que :

La « double voie » de 1930 mettait en discussion la souveraineté de la répression pure, à l'intérieur de son empire traditionnel. Le système nouveau avait surtout ceci en particulier qu'il exigeait du juge un effort d'appréciation du crime qui dépassait l'analyse purement juridique des éléments constitutifs de l'infraction et l'évaluation de la pénalité selon des critères légaux, même tempérés ou complétés par un souci d'individualisation, au sens néo-classique du mot³⁸⁸.

Il reconnaît donc, dans le système précédent et existant, qu'il y avait les germes d'une individualisation de la peine, qui savait s'affranchir d'une lecture purement legaliste de la criminalité, en acceptant d'autres critères de mesure. C'est dans cette voie qu'il souhaite continuer, en poussant le curseur de l'appréciation extra-légale. En prenant les habits d'un historien du droit, il va même plus loin et loue les avancées en termes de pénalité de la législation napoléonienne, qui constitue un préalable insuffisant, mais pour autant nécessaire :

Entre la stabilisation napoléonienne et la révolte positiviste, cependant, quelques courants se dessinent qui, en marge du mouvement de codification néo-classique, préparent déjà une révision des doctrines. Il suffit d'en signaler trois, dont l'importance ne saurait être méconnue.

Le premier est celui qui, avec l'avènement du droit pénal libéral, tend à l'individualisation de la peine. Le code pénal de 1810 avait définitivement rompu avec la fixité des peines et, malgré son légalisme intransigeant, le code bavarois de 1813 connaissait des peines indéterminées. La révision française de 1832 vint permettre non seulement au juge, mais au jury, d'accorder librement, et sans avoir à s'en expliquer, des circonstances atténuantes au condamné. C'était inviter la juridiction de jugement à se préoccuper, non seulement du délit légal de la peine édictée par la loi, mais des circonstances particulières de l'infraction et de la personnalité de son auteur ; c'était passer, selon la terminologie de Saleilles dans un ouvrage célèbre, de l'individualisation législative à l'individualisation judiciaire³⁸⁹.

Nous le voyons, notre auteur embrasse les éléments du passé pour y trouver les prémisses de sa théorie, dans une forme de justification théorique par le truchement de l'histoire, d'un mouvement évolutif qui pousse inexorablement vers les enseignements professés par son ouvrage. Nous lui trouvons donc un côté darwinien dans cette manière de procéder.

³⁸⁸ Marc ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 276-277.

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 73-74.

L'individualisation de la peine n'est pas la seule thématique qui bénéficie de tels développements. De manière générale, nous pouvons affirmer que l'ensemble des théories qui sont posées sont resituées dans leur histoire, une histoire qui ne sert qu'à démontrer comment l'auteur s'inspire de ce qu'il y a de mieux dans chaque théorisation du passé. Plus qu'une révolution, c'est donc une évolution synthétique qu'il propose. Nous la qualifions de synthétique en ce qu'il vient agglomérer les différents éléments portés par des théories que nous pourrions classer aux antipodes les unes des autres. Il pioche des notions dans l'école néo-classique et y accole, sans difficulté, des enseignements déterministes.

De manière encore plus globale, nous constatons qu'il consacre tout un chapitre aux « origines du mouvement de défense sociale »³⁹⁰. Cela lui donne l'opportunité d'inscrire son mouvement dans une logique évolutionniste, de progression en avant, avec des fondements historiques.

De fait, l'objectif de Marc Ancel ne nous apparaît pas comme une refonte absolue du système pénal en place, mais plutôt de montrer la voie vers des perfectionnements qui sont, pour beaucoup, dictés par l'Histoire du droit pénal et des sciences criminelles. Il ne semble jamais critiquer ouvertement les doctrines précédentes, préférant y voir autant de points d'appui pour échafauder sa théorie.

Peut-être que son absence de radicalité trouve explication par sa carrière, puisqu'il était magistrat³⁹¹. Il connaissait, de fait, les rouages du système, dans ce qu'il a de plus pratique, contrairement à d'autres auteurs en doctrine qui sont restés cantonnés à la recherche et à l'enseignement. Nous pouvons apprécier son regard pragmatique et sa perspective de magistrat lorsqu'il propose, notamment, de renforcer les pouvoirs des juges au criminel, qui doivent désormais, dans son système, s'adonner à des enquêtes très précises sur le délinquant³⁹². C'est également lui qui milite pour l'accroissement des pouvoirs du juge d'application des peines, qui doit lui aussi se

³⁹⁰ Marc ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 41-80.

³⁹¹ Pour plus de précisions sur la vie et la carrière de Marc Ancel, voir notamment Maurice ROLLAND (dir.), *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel. II. Études de science pénale et de politique criminelle*, Paris, Pedone, 1975, p. XXIX-XXXII ; de manière contemporaine, Hinda HEDHILI-AZEMA, « La mutation doctrinale de la prévention comme politique publique criminelle dans l'œuvre de Marc Ancel », *Cahiers de la sécurité et de la justice*, hors-série (2021), p. 7-8.

³⁹² Marc ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 241 et s.

plonger dans la psychologie du délinquant pour le comprendre, saisir le récit criminologique de son crime, et statuer en conséquence³⁹³.

De fait, bien qu'il préconise une nouvelle vision de la responsabilité, qui est une forme de responsabilité criminologique, il ne peut être taxé de radicalité dans son propos, puisqu'il ne rejette pas tout d'un bloc. Il formule des améliorations ponctuelles, dictées par une politique pénale plus générale.

Dans ce système, l'intention est donc toujours présente, et elle se voit même renforcée par une vision méliorative portée sur les mobiles. À la différence de la critique véhiculée par les déterministes, il ne nie pas la faculté des humains à être libres, et donc ne nie pas la faculté de libre volition. S'il veut, effectivement, améliorer la prise en considération du principe de la légalité, il ne vise jamais l'intention comme un point faible, ce qui peut être étonnant à plusieurs égards. D'abord, parce qu'en tant que magistrat, il fut confronté à la question intentionnelle dans les délits et les crimes. Il a donc connaissance de cette construction en marge de textes, puisque l'intention n'est pas affirmée clairement pour l'ensemble des infractions dans le *Code pénal*. Par ailleurs, il relève les points faibles de la législation et préconise, nous l'avons vu, un respect du principe de la légalité. Il est donc étonnant qu'il ne critique pas le décalage entre le manque de définition des éléments constitutifs de l'infraction et cette affirmation. Nous posons l'hypothèse selon laquelle il se préoccupe bien plus d'imposer son système qui mélange la criminologie aux politiques pénales, pour avoir une procédure plus efficace et qui permette de défendre la société, plutôt que de s'attarder sur des points plus techniques – qu'il laisse peut-être aux soins d'autres auteurs, membres de son *mouvement*.

En effet, le cœur de sa proposition tient sur une humanisation de la pénalité mais, pas seulement, une humanisation de l'ensemble de l'organisation pénale. Cela passe notamment par l'abolition de la peine de mort³⁹⁴ qui arrive assez tôt dans ses écrits, et pour laquelle il mobilise, toujours, des éléments historiques de justification. Nous l'avons dit, il propose également une meilleure individualisation de la peine

³⁹³ Jacques BORRICAND, « L'influence de Marc Ancel sur le droit positif français contemporain », art. cit., p. 87.

³⁹⁴ Voir son article qui est spécialement dédié à cette question : Marc ANCEL, « Le problème de la peine de mort », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1963, p. 373-393.

offerte par un reclassement amélioré des condamnés, avec des peines qui sont prononcées parce qu'utiles³⁹⁵.

Il nous semble pouvoir trouver la même tendance chez d'autres auteurs, dont Jean Pinatel et Georges Levasseur. Ils partagent cette appétence pour le mélange entre les sciences criminelles et le droit pénal, afin d'en faire émerger un système qui accepte l'hybridation et ne conçoit plus le droit pénal, entendu strictement, comme la meilleure manière de traiter la criminalité. Ils publient d'ailleurs des études en ce sens, dont les titres sont suffisamment évocateurs de ce penchant³⁹⁶. À la lecture de ces différents textes, il ne nous apparaît toujours pas, comme chez Marc Ancel, que le système pénal doit être absolument et totalement remis à plat. Une nouvelle fois, ce sont des propositions de croisements avec les sciences sociales, et particulièrement les sciences criminelles qui sont formulées. L'exemple le plus significatif tient peut-être en ce que ces auteurs ont tous les deux publié des traités ou manuels de droit pénal³⁹⁷. Cette approche, plus pédagogique, confirmée par un nombre conséquent de rééditions, dans une maison d'édition qui n'est pas réputée pour la publication de brulots – Dalloz –, semble effectivement attester qu'ils acceptent en grande partie le système en place. S'ils estiment, eux aussi, qu'il doit évoluer, ils ne semblent pas considérer qu'une refonte totale soit pressente.

De fait, il nous semble effectivement que les tenants de la défense sociale nouvelle ne constituent pas un groupe « d'anarchistes de la chaire », qui veulent faire voler en éclats l'organisation pénale en place. Ils souhaitent plus simplement alerter sur les possibilités d'évolution, en baignant le droit pénal dans les sciences criminelles. Il nous apparaît d'ailleurs que cette entreprise est une réelle réussite à en juger par les

³⁹⁵ Marc ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 272 et s.

³⁹⁶ Pour Georges Levasseur, voir notamment : Georges LEVASSEUR et Gaston STEFANI, *Droit pénal général et criminologie*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1958 ; Georges LEVASSEUR, Gaston STEFANI et Roger JAMBU-MERLIN, *Criminologie et Science pénitentiaire*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1968 ; Georges LEVASSEUR, « Étude de l'élément moral de l'infraction », *art. cit.*, p. 81-97 ; Georges LEVASSEUR, « Réformes récentes en matière pénale dues à l'école de la défense sociale nouvelle », dans Maurice Rolland (dir.), *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel. II. Études de science pénale et de politique criminelle*, Paris, Pedone, 1975, p. 35-62. Pour Jean Pinatel, voir notamment : Jean PINATEL, « Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale, le point de vue criminologique et pénologique », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 4 (1964), p. 757-773 ; Jean PINATEL, « La théorie pénale de l'intention devant les sciences de l'Homme », *art. cit.*, p. 181-193 ; Jean PINATEL, « L'apport scientifique du centre international de criminologie comparée », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 4 (1977), p. 871.

³⁹⁷ Voir notamment Pierre BOUZAT et Jean PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Paris, Dalloz, 1963 ; Gaston STEFANI et Georges LEVASSEUR, *Droit pénal général et procédure pénale*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 1973.

éléments qui seront repris tant en procédure pénale qu'en droit pénal tout court³⁹⁸. Nous posons l'hypothèse selon laquelle ils s'inscrivent, bien plus, dans une logique transactionnelle, ce que nous allons désormais développer.

B. L'œuvre d'une logique transactionnelle

Si les auteurs du mouvement de la défense sociale nouvelle ne rentrent pas directement en conflit avec le système en place, c'est vraisemblablement parce qu'ils sont dans une logique que nous pourrions appeler *logique transactionnelle*. Cette logique transactionnelle les pousse à ne pas rejeter des principes cardinaux du droit pénal, comme la responsabilité morale³⁹⁹.

Cette logique s'exprime également dans les enseignements spécifiques qui sont ceux de cette école de pensée. Loin de rejeter le droit pénal tel qu'il existe, ils cherchent à le perfectionner pour améliorer l'appréhension que l'on peut avoir de la pénalité⁴⁰⁰. Assez logiquement, cela passe par une remise en cause, sous forme de proposition d'amélioration, de la pénalité qui est vue comme démodée, parce que datée⁴⁰¹. Si les sursauts du passé ont pu améliorer les caractéristiques de la peine, il reste que cette dernière peut faire l'objet d'autres améliorations, celles qu'ils proposent⁴⁰².

Pour nous, cette logique transactionnelle est également véhiculée par un effacement des revendications les plus fortes⁴⁰³. Alors qu'en face d'eux nous pouvons

³⁹⁸ Alfonso SERRANO MAÍLLO, « Défense sociale nouvelle et modernité réflexive. La vision espagnole », art. cit., p. 597-611 ; Jacques BORRICAND, « L'influence de Marc Ancel sur le droit positif français contemporain », art. cit., p. 81-89 ; Vincent SIZAIRE, « Que reste-t-il de la défense sociale nouvelle ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2 (2017), p. 261-272 ; Hinda HEDHILI-AZEMA, « La mutation doctrinale de la prévention comme politique publique criminelle dans l'œuvre de Marc Ancel », art. cit., p. 5-11.

³⁹⁹ S'ils peuvent avoir une approche critique, elle n'en reste pas moins institutionnelle et accepte les éléments qui sont largement relayés en doctrine. Pour un exemple concret, voir notamment Gaston STEFANI, Georges LEVASSEUR et Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, 17^e éd., op. cit., p. 226 et s.

⁴⁰⁰ C'est notamment en ce sens que Jean LARGUIER présente les avancées de l'école de la défense sociale nouvelle. Sur ce dernier point voir Jean LARGUIER, « Mort et transfiguration du droit pénal », dans Maurice Rolland (dir.), *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel. II. Études de science pénale et de politique criminelle*, Paris, Pedone, 1975, p. 123-150.

⁴⁰¹ En effet, il était temps de marier les sciences criminelles au droit pénal pour en obtenir une union féconde sur tous les plans. Sur ce dernier point, voir notamment Léon HUSSON, « Le droit, la morale et les sciences humaines », *Revue internationale de droit comparé*, 4 (1970), p. 646-648.

⁴⁰² Ici, nous renvoyons classiquement aux propositions formulées par Marc ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 2^e éd., op. cit., p. 240 et s.

⁴⁰³ À l'image de l'acceptation de la responsabilité morale, qui fonde le principe de la réponse pénale. Ce point est assez logiquement l'objet de tensions en ce qu'il sous-tend tout un ensemble de valeurs

trouver un auteur comme Gramatica, qui reste ferme dans les propositions qu'il formule⁴⁰⁴, nous avons, pour notre part, des auteurs qui diluent leurs idées. En effet, Gramatica se pose un peu moins de questions et va directement à l'essentiel : pour lui, c'est l'ensemble de l'organisation pénale qui doit adopter de nouveaux fondements, ce qui passe invariablement par une refonte de la responsabilité qui peut prévaloir⁴⁰⁵. Cela ressemble, encore, à l'opposition de la fin du XIX^e siècle entre des auteurs italiens déterministes et très déterminés, et des auteurs français un peu moins révolutionnaires⁴⁰⁶.

Selon nous, c'est l'histoire qui vient modifier cette perception du réel et la manière dont il doit être amélioré. La dernière révolution pénale d'envergure date de la tentative des déterministes de revenir sur l'ensemble de la matière criminelle, en y appliquant leurs nouvelles idées⁴⁰⁷. Ils ne se cachaient pas pour critiquer vertement l'application de la pénalité dans le système qu'ils connaissaient et, comme Gramatica, niaient la responsabilité morale ; ils y préféraient un système entièrement fondé sur leur nouvelle théorie : la dangerosité⁴⁰⁸. C'était l'état dangereux des personnes qui devait dicter une réponse pénale, une mesure de sûreté, pour protéger convenablement la société⁴⁰⁹. Certains allaient même jusqu'à vouloir sanctionner *ante delictum*, toujours dans ce même objectif de sauvegarde de la société⁴¹⁰.

cardinales, qui découlent du postulat de la liberté. Or, critiquer la liberté, c'est remettre en cause non pas l'organisation pénale, mais l'ensemble du système juridique.

⁴⁰⁴ Même face au flot de critiques qu'il subit, Gramatica reste dans sa ligne directrice qu'il défend bec et ongles. Dans son ouvrage, il nomme même un titre « Critique de la notion "d'infraction" et de la "responsabilité pénale" » (Filippo GRAMATICA, *Principes de défense sociale*, op. cit., p. 29 et s). Il maintient sa position critique et s'en justifie jusque dans l'ouvrage des mélanges consacrés à Marc Ancel. Sur ce dernier point, voir Filippo GRAMATICA, « La notion de "responsabilité" dans le système de défense sociale », art. cit., p. 109-122.

⁴⁰⁵ Filippo GRAMATICA, *Principes de défense sociale*, op. cit., p. 33-35.

⁴⁰⁶ Voir notamment la controverse entre Lombroso et Lacassagne dans les *Archives de l'anthropologie criminelle*, et notamment les rapports des Congrès qui y sont faits ; voir Alexandre LACASSAGNE, « Rapport de M. Ferri », art. cit., p. 182.

⁴⁰⁷ S'il a pu exister des mouvements entre les deux périodes, leur intensité est demeurée trop faible pour s'imposer véritablement en doctrine. D'ailleurs, Marc Ancel ne le liste pas dans les éléments qui permettent à la défense sociale nouvelle de se forger. Sur ce dernier point, voir Marc ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 2^e éd., op. cit., p. 81 et s., qui détaille comment l'école anthropologique et sociologique italienne ouvre la voie à la défense sociale, éléments qui sont ensuite portés par l'Union internationale de droit pénal.

⁴⁰⁸ Voir notamment Jean PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, op. cit., p. 78.

⁴⁰⁹ Barthélémy MERCADAL, « Recherches sur l'intention en droit pénal », art. cit., p. 34 ; Jean DANET, « La dangerosité, une notion criminologique séculaire et mutante » [en ligne], art. cit.

⁴¹⁰ Notons que Gramatica parle, pour sa part, « d'antisociabilité objective ou sans faute ». Sur ce dernier point, Filippo GRAMATICA, *Principes de défense sociale*, op. cit., p. 135. Pour d'autres illustrations, voir Jean PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, op. cit., p. 91 et 93.

Seulement, nous savons comment s'est terminée leur histoire. Les juristes, agressés par ces propos, se sont trouvés obligés de construire une réponse coordonnée pour lutter contre ces notions qui allaient aux antipodes de ce qu'ils enseignaient et, peut-être, de ce en quoi ils croyaient avec persévérance. C'est notamment dans ce cadre qu'un Raymond Saleilles a accepté de venir nuancer la réponse pénale en proposant son ouvrage majeur sur l'individualisation de la peine⁴¹¹. Les théories déterministes, qui s'employaient à réduire fortement le champ d'application du droit pénal pour y préférer les analyses criminologiques⁴¹², ont donc été enterrées sous une masse d'écrits qui sont revenus sur chaque point qu'ils soulevaient. Face à cette levée de boucliers, ces théories ont donc été ostracisées, rendues minoritaires, et ont fini par se taire, presque définitivement.

Cela ne signifie pas qu'aucun de leurs enseignements ne nous parvient, encore même aujourd'hui⁴¹³. Cela démontre surtout qu'une attaque franche et déterminée face à la gigantesque machine que représente le système pénal et, plus largement, le fonctionnement du droit, revient à être mis en chasse par une doctrine qui sait défendre son territoire lorsqu'elle est attaquée.

Il nous semble que Marc Ancel et consorts sont bien au fait de cela. L'histoire n'est pas très ancienne et, par leur formation et leur ouverture aux sciences criminelles, ils connaissent sur le bout des doigts les déboires des théories déterministes. De fait, ils sont informés qu'une attaque directe, même correctement coordonnée, peut-être fatale à la théorie que l'on cherche à faire vaincre. C'est vraisemblablement pour cela qu'il est possible de considérer que les auteurs du mouvement de la défense sociale nouvelle font preuve de mitigation dans leurs propos. Il n'est pas question, comme

⁴¹¹ Raymond SALEILLES, *L'individualisation de la peine, étude de criminalité sociale*, op. cit. Il est remarquable que le mouvement de la défense sociale nouvelle parte de ce fondement pour construire une nouvelle manière d'appréhender la peine. Sur ce dernier point, voir Marc ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 2^e éd., op. cit., p. 78.

⁴¹² Pour une illustration, nous renvoyons vers les propos rapportés par Alfred BINET, « Hamon. Déterminisme et responsabilité », *L'Année psychologique*, 5 (1898), p. 723-724 ; la notion de dangerosité, pierre angulaire des théories déterministes, est encore sujette à questionnements aujourd'hui, laissée au bon vouloir des experts, le droit pénal ne s'y risquant pas. Sur ces débats plus contemporains, voir Frédérique FIECHTER-BOULVARD, « Des liens entre la criminologie et le droit pénal : propos autour de la notion de "dangerosité" », *Archives de politique criminelle*, 1 (2009), p. 263-290.

⁴¹³ Pour preuve, la rémanence de la théorie de la dangerosité. Sur ce dernier point, voir Jean DANET, « La dangerosité, une notion criminologique séculaire et mutante » [[en ligne](#)], art. cit. ; également, Frédérique FIECHTER-BOULVARD, « Des liens entre la criminologie et le droit pénal : propos autour de la notion de "dangerosité" », art. cit., p. 263-290.

cela pouvait être parfois compris au moment de la critique déterministe, de confondre le droit pénal et les sciences criminelles :

Il n'existe pas de séparation logique ou absolue entre la criminologie clinique et l'action positive d'appréciation et de traitement du délinquant-individu. La défense sociale cherche ainsi à rendre juristes et criminologues conscients de la nécessité de leur collaboration, dans les limites respectives – et respectées – de leurs disciplines autonomes⁴¹⁴.

Nous le voyons, Marc Ancel insiste sur l'autonomie des disciplines que sont les sciences criminelles d'une part, et le droit pénal d'autre part ; l'objectif n'est donc pas de venir les confondre, l'idée étant seulement qu'elles travaillent de concert, pour proposer une meilleure réponse pénale face à une exaction criminelle.

Dès lors, la responsabilité doit être renouvelée. Ils ne nient pas la place d'une responsabilité morale de premier plan et premier ordre, s'en accommodent et délivrent une théorie qui arrive parfaitement à s'articuler avec cet état de fait.

La vision sur la peine est datée ? Là encore, ils prennent en considération l'existant, sans craindre de plonger dans des propos historiques, pour aller chercher les fondements de leurs nouvelles idées, et démontrer qu'elles sont finalement le fruit de l'évolution *naturelle* du système pénal.

Ce faisant, il nous semble que c'est pour conjurer le sort des théories les plus radicales que Marc Ancel, et les auteurs qui le suivent dans ses enseignements font montre d'un certain esprit d'ouverture, que nous qualifions volontairement de transactionnel. Ils passent un accord avec les autres théoriciens, avec la doctrine pénale en place, en démontrant que les éléments existants ne sont pas mauvais intrinsèquement, mais peuvent être largement améliorés⁴¹⁵. Il nous paraît donc qu'ils

⁴¹⁴ Marc ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 350.

⁴¹⁵ Nous n'ignorons pas, cependant, les nombreuses critiques qu'a dû essayer ce mouvement. Marc Ancel y donne un « droit de réponse » dans son ouvrage, en reprenant ou en anticipant les différentes remarques qui peuvent lui être formulées : Marc ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 335 et s. Voir également Jean LARGUIER, « Mort et transfiguration du droit pénal », *art. cit.*, p. 123 : « Ce ne fut pas sans mal. Il put sembler, parfois, que les idées de "défense sociale", exposées, défendues, affinées par M. le Président Ancel, rencontraient plus d'adversaires qu'elles ne comptaient de partisans. N'eut-on pas le sentiment, même, un moment, que ces doctrines, au nom ambigu, souffraient de se heurter à trop d'opposition, ignorant sans doute, alors, qu'une thèse vit surtout de ses contraires ? »

prennent en compte les échecs précédents, pour ne pas faire montre d'une même radicalité de façade, même si la radicalité peut, parfois, être présente dans leurs idées. À ce titre, nous pouvons donner l'exemple de la volonté de Marc Ancel d'abolir la peine de mort.

Dès lors, c'est une science criminelle assagie qui nous parvient, une science criminelle qui ne craint pas de faire le pont entre l'existant, et ce qui pourrait exister. C'est peut-être cet esprit de compromission qui permet à la mouvance de la défense sociale nouvelle d'essaimer autant en France qu'à l'étranger⁴¹⁶. C'est également cela qui peut expliquer, vraisemblablement, la percée de la défense sociale nouvelle dans les politiques publiques, en plus d'une période particulièrement favorable à ce type d'idées, ce que nous allons désormais étudier.

§ 3. La prégnance d'une pensée politique du pénal

Le droit pénal peut être vu comme la main armée des autres branches du droit, en ce qu'il vient sanctionner le non-respect d'autres règles, comme celles établies pour le commerce⁴¹⁷. De nombreux délits et crimes sont les pendants de mauvaises actions qui tombent sous le coup d'autres éléments, qui prennent leurs racines dans d'autres codes, ce qui explique le parallélisme entre le procès pénal et le procès civil par exemple, et la règle selon laquelle le procès pénal tient le civil en l'état.

Mais le droit pénal n'est pas que cela ; il est encore le bras armé de l'État, ce qui est particulièrement visible avec les délits et les crimes politiques⁴¹⁸. Plus encore, les infractions sont le reflet des interdits sociaux. C'est ainsi que les crimes d'hier ne sont plus ceux d'aujourd'hui et inversement. Certes, il est des infractions qui peuvent être appelées *classiques*, nous en avons étudié, il peut s'agir du vol ou des homicides par

⁴¹⁶ Il est à noter que l'ouvrage phare de Marc Ancel sera traduit dans de nombreuses langues, preuve de la diffusion de ses idées à propos de la défense sociale nouvelle. Sur ce dernier point, voir Alfred LÉGAL, « M. Ancel, *La défense sociale nouvelle* », *Revue internationale de droit comparé*, 1 (1968), p. 213 : « l'intérêt qu'elles suscitèrent hors de notre pays est attesté par les traductions de ce volume qui furent publiées quelques années plus tard. En 1961 paraissait une version en langue espagnole, à Buenos Aires. L'ouvrage faisait l'objet en 1962 d'une traduction serbo-croate publiée à Belgrade, puis en 1966 d'une traduction anglaise et d'une traduction italienne ».

⁴¹⁷ À l'exemple de l'infraction qui peut toucher les faux-monnayeurs.

⁴¹⁸ Pour une référence générale sur le sujet, voir Clarisse LE ROUX, *L'infraction politique*, Paris, L'Harmattan, 2018. Dans le *Code pénal* de 1810, nous pouvons considérer que les infractions des articles 75 et suivants sont des infractions politiques.

exemple. Il nous faut cependant noter que, pendant un temps, il était parfaitement excusable de provoquer un duel à mort avec une personne qui atteignait notre honneur, ce que le *Code pénal* de 1810 et celui de 1994 ne conçoivent plus. Le droit pénal suit donc les mœurs, l'état de la société à un moment déterminé. D'ailleurs, le titre de l'ouvrage de Jean-Pierre Allinne est particulièrement éclairant en lui-même : *Gouverner le crime*⁴¹⁹. Nous saisissons d'emblée tout l'enjeu de maintenir des interdits sociaux et de gouverner le crime, en imposant des politiques criminelles spécifiques⁴²⁰.

Ces dernières peuvent émaner directement de la Chancellerie, qui donnera des directives aux magistrats du parquet, en leur demandant d'être particulièrement vigilants sur tel type ou telle autre catégorie d'infractions⁴²¹ ; de lire et de comprendre les textes dans un sens déterminé, etc. Nous en avons par exemple une illustration avec cette lettre du ministre de la Justice, exposant que :

Les lois des 23 novembre 1950 et 24 mai 1951 ont modifié (ou abrogé) les articles 381, 383, 384, 385 et 386 du Code Pénal en vue d'aggraver la répression des crimes appelés, dans le langage courant, « attaques à main armée ».

A cet égard il convient d'observer que le législateur n'a pas cru devoir se rallier à l'opinion de ceux qui pensent pouvoir obtenir une répression plus ferme en retirant aux Cours d'Assises la connaissance de certaines de ces infractions pour les confier aux tribunaux correctionnels.

Abandonnant la tendance de la politique répressive qui a entraîné la correctionnalisation par voie législative d'infractions telles que la bigamie (loi du 17 février 1933), l'avortement (loi du 17 mars 1923 et décret du 29 juillet 1939), le faux en écritures lorsqu'il concerne le chèque (décret du 24 mai 1938) [...], le Parlement a montré sa volonté de se tenir aux principes qui ont présidé à l'élaboration de nos Codes Pénal et d'Instruction criminelle.

Si, par les lois de 1950 et 1951 ci-dessus rappelées, le Parlement a estimé devoir revenir aux principes traditionnels, c'est qu'il a constaté que dans la pratique la répression des crimes transformés en délits s'avère le plus souvent insuffisante dans les

⁴¹⁹ Jean-Pierre ALLINNE, *Gouverner le crime. Les politiques criminelles françaises de la Révolution au XXI^e siècle*, Paris, L'Harmattan, 2004.

⁴²⁰ Jean-Paul JEAN, *Le système pénal*, Paris, La Découverte, 2008, p. 13 et s. : l'auteur nous explique que la notion de politique criminelle bénéficie d'un élargissement progressif de la réalité qu'elle recouvre, pour en arriver à notre conception contemporaine.

⁴²¹ Nous avons pu en relever quelques exemples dans les fonds des archives départementales de la Gironde. Le site internet le précise d'ailleurs : « La sous-série 2U, comporte de très précieux registres de la correspondance envoyée par le procureur général pour la période du 1^{er} Empire. Ces documents montrent à quel point ce magistrat était soumis au désir du pouvoir en place et entretenait des rapports étroits avec le ministère de la Justice »,

URL : https://archives.gironde.fr/archives/archives/fonds/FRAD033_IR_2U/view:fonds/n:3.

Nous pouvons aller plus loin en proposant la même analyse pour les périodes suivantes, puisque les quelques exemples que nous avons pu consulter débordent largement le cadre du 1^{er} Empire.

cas graves caractérisés ; la répression pénale perd au surplus le bénéfice de l'effet d'exemplarité qui s'attache à la publicité et à la solennité de la procédure d'Assises.

On constate, en effet, que la pratique systématique de la correctionnalisation, aussi bien législative que judiciaire, ne semble pas avoir amené à une régression sensible de la criminalité. Par contre elle fait naître dans la conscience publique une sorte de tolérance ou d'indifférence à l'égard d'agissements profondément antisociaux qui se trouvent soumis au même mode de poursuite que des délits de peu de gravité.

[...]

La correctionnalisation judiciaire qui conduit à passer sous silence diverses prévisions de la loi ne saurait donc constituer qu'un remède réservé à certaines situations particulières.

Je tiens, à l'occasion de la promulgation des lois des 23 novembre 1950 et 24 mai 1951, à appeler de nouveau l'attention des magistrats du Ministère Public sur les prescriptions de cette circulaire à l'observation de laquelle j'attache la plus grande importance.

Je vous prie de bien vouloir rappeler spécialement à vos Substituts toute l'importance de leur rôle dans la poursuite des crimes, et vous attacher à ce qu'ils ne perdent pas de vue avant d'orienter une poursuite que l'efficacité réelle de la répression dépend non seulement de la certitude qu'une peine sera infligée, mais aussi des conditions dans lesquelles elle sera prononcée⁴²².

Nous comprenons donc à quel point les magistrats du parquet sont la cheville ouvrière de la réponse pénale, et qu'ils sont soumis à l'autorité hiérarchique du ministre de la Justice qui leur formule, de manière régulière, des rappels sur ce qu'il faut faire ou sur les objectifs de la pénalité. Cet extrait est particulièrement éclairant sur ce point, en même temps qu'il nous permet de rappeler la réalité criante de la pratique de la correctionnalisation légale mais, surtout, des abus de la correctionnalisation judiciaire qui n'est pas légalement consacrée.

Il en découle donc que le droit pénal est un outil de gouvernement, mobilisé au gré de politiques criminelles déterminées par l'État, données par le ministre de la Justice, et appliquées, en principe, par les procureurs de la République. Néanmoins, il y a d'autres moyens d'apprécier ce caractère éminemment politique de la réponse pénale ; nous prenons ici l'exemple de l'ordonnance criminelle concernant les délinquants mineurs, qui vise plus particulièrement les questions de discernement, ce qui intéresse donc l'étude de l'intention.

⁴²² ADG, 2 U 24 (1892-1958).

Le discernement peut se définir de manière schématique comme la capacité dont dispose la personne de comprendre la portée de son geste, de son acte⁴²³. Classiquement nous prenons l'exemple de l'enfant en bas âge⁴²⁴ qui causerait un dommage à autrui : dans cette hypothèse, son jeune âge ne peut nous permettre d'affirmer qu'il était conscient de ce qu'il faisait, qu'il savait que son action aurait des répercussions négatives pour sa victime⁴²⁵. Il en va de même pour ce qui concerne les personnes atteintes de troubles mentaux⁴²⁶. Ce sont là deux exceptions classiques, qui ont été acceptées très tôt puisque nous les retrouvons en droit romain, et seront reprises par le droit barbare assez rapidement avant d'être incorporées dans le droit écrit pour survivre encore de nos jours. Mais si le principe semble bien accepté, les modalités de son application sont plus controversées, et l'on ne sait pas poser précisément de frontière à partir de laquelle la personne est discernante ou non, en raison de son âge ou de son infirmité⁴²⁷.

En étudiant les différents courants doctrinaux qui se sont succédés, nous avons déjà pu entr'apercevoir les changements idéologiques qui pouvaient influencer sur la liberté accordée ou non à l'agent dans son action criminelle. Cela continue avec l'ordonnance du 2 février 1945, laquelle démontre l'emprise du politique en matière pénale, et le jeu qui peut être fait sur des éléments connexes à l'intention pour moduler la pénalité.

Cette ordonnance, adoptée le 2 février 1945 par le Gouvernement provisoire, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, concerne la délinquance des mineurs, et est adoptée pour préciser la qualification des infractions dans cette hypothèse spécifique de la délinquance juvénile et les interrogations qui entourent la notion de discernement. De grands principes ont été jetés par une réforme de 1912 qui, déjà, instituait le juge pour enfant ou la liberté surveillée notamment⁴²⁸. Il fallait cependant aller plus loin et revenir sur certains points. Il ressort de l'exposé des motifs qui

⁴²³ V° « Discernement », dans Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., Paris, PUF, 2011 : « Aptitude à distinguer le bien du mal qui, apparaissant chez le mineur, à l'âge de raison, le rend capable de s'obliger délictuellement ».

⁴²⁴ Ou autrement appelé *l'infans*.

⁴²⁵ Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, 2006, p. 189

⁴²⁶ Éric DEUZE, « Le Code pénal face aux progrès techniques et scientifiques », *art. cit.*, p. 164 et 167.

⁴²⁷ André VARINARD, « La théorie de l'infraction impossible : vers la disparition d'un mythe doctrinal », dans Jacques Azéma (dir.), *Mélanges offerts à Albert Chavanne*, Paris, Litec, 1990, p. 165-178 : parfois ce sera même à l'accusé de rapporter la preuve qu'il manque de discernement.

⁴²⁸ *Loi du 22 juillet 1912 dite « Sur les tribunaux pour enfants et adolescents et sur la liberté surveillée »*, art. 1^{er} et art. 20.

président l'adoption de cette ordonnance qu'un intérêt tout particulier sera accordé à l'examen des conditions de vie du mineur, de sa moralité, etc. Aussi était-il nécessaire d'instituer une juridiction spéciale obligatoire⁴²⁹ en cas de jugement d'un mineur de 18 ans⁴³⁰. Trois seuils sont alors définis, avec les mineurs de 13 ans qui auront un régime différent des mineurs de 16 ans, pour finalement trouver le régime, lui aussi singulier, s'appliquant aux mineurs de 16 à 18 ans. Néanmoins, cette distinction n'est qu'une surface recouvrant un tronc commun qui s'applique quel que soit l'âge : l'obligation de passer, d'abord, par des mesures éducatives et non répressives⁴³¹, sauf dérogations qui seront spécialement motivées et qui dépendront de l'âge du mineur selon les trois paliers définis⁴³².

S'il tombe sous un certain sens qu'en 1912, au beau milieu du courant d'individualisation de la peine instigué en France par Saleilles, il ait été décidé de s'occuper de la législation concernant les mineurs, la réforme de 1945 trouvera plutôt son explication par le fait qu'au lendemain de la guerre, les forces manquent en France, pays ravagé. Or, la jeunesse représente l'avenir d'un pays, il convient donc de la préserver⁴³³ et, par-là, de la prévenir du crime ou de l'en « guérir » par des mesures éducatives⁴³⁴. Pour autant, bien que traçant les lignes qui semblent claires, les textes ne nous aiguillent pas sur le point de savoir quand le juge peut faire jouer une exception ; même motivée, si le cadre est imprécis, la problématique n'en reste que toujours plus saillante. Dans le même ordre d'idée critique, notons que cette ordonnance ne sera pas réellement fondue dans le *Code pénal* mais restera en marge, telle une annexe. L'idée d'une théorisation générale en prend un coup par cet éclatement des sources. Surtout, nous voyons comment la politique peut se mélanger au domaine pénal, et comment les nécessités d'un moment déterminé peuvent entraîner un changement de paradigme dans la réponse pénale apportée.

C'est sur ce même terrain que le mouvement de la défense sociale nouvelle va pouvoir jouer, en proposant des réformes et des modifications de politique pénale, en

⁴²⁹ Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 dite « Sur l'enfance délinquante ».

⁴³⁰ Sur ces différents points, voir l'« Exposé des motifs de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante », *Journal officiel de la République française*, 4 février 1945, p. 530-531.

⁴³¹ Voir « Exposé des motifs de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante », *Journal officiel de la République française*, 4 février 1945, p. 530-531.

⁴³² Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 dite « Sur l'enfance délinquante », art. 2.

⁴³³ Voir « Exposé des motifs de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante » *Journal officiel de la République française*, 4 février 1945, p. 530-531.

⁴³⁴ Preuve de la marque de l'école positiviste dans cette réforme puisque le délinquant peut être soigné.

prenant en considération les enseignements criminologiques⁴³⁵. Quand beaucoup des propositions programmatiques de Marc Ancel sont reprises dans le *Code de procédure criminelle* de 1959⁴³⁶, qui suit de cinq ans la publication de l'ouvrage de notre auteur, nous avons donc une démonstration de l'importance que peut avoir la doctrine sur la production législative. Surtout, nous voyons comment le système pénal peut être modifié au gré des volontés politiques, démontrant encore que le droit pénal est intimement relié au politique. Pour preuve, après avoir été correctement entendu par le ministre de la Justice, un changement de personnel entraîne un tarissement de la percée des idées de la défense sociale nouvelle⁴³⁷. Il faut attendre les années 1970-1980 pour que cette doctrine ait de nouveau le vent en poupe, avec des réformes particulièrement démonstratives du lien que nous pouvons pointer⁴³⁸.

Deux enseignements principaux nous semblent ici dominer. Premièrement, nous relevons le fait que l'intention peut être un outil de politique pénale. Parce que l'intention est délicate à prouver, appréhender, matérialiser, elle offre des marges de manœuvre intéressantes lorsque l'on souhaite renouveler le regard sur une partie du droit pénal. C'est ce que fera l'ordonnance des mineurs de 1945 en venant poser des distinctions plus claires sur le discernement⁴³⁹, ce qui revient, *in fine*, à jouer sur l'intentionnalité puisque discernement et intention sont des concepts voisins. Dès lors, nous voyons comment, de manière effective, un jeu sur l'intention et ses dérivés peuvent offrir une modification du paysage répressif, en l'occurrence pour permettre à une législation moins sévère de s'appliquer et, ainsi, selon nous, ne pas entraver la reconstruction de la France en se privant d'une jeune main-d'œuvre qui, sinon, risquait de visiter les prisons.

⁴³⁵ Voir notamment Vincent SIZAIRE, « Que reste-t-il de la défense sociale nouvelle », art. cit., p. 261-272 ; encore, Hinda HEDHILI-AZEMA, « La mutation doctrinale de la prévention comme politique publique criminelle dans l'œuvre de Marc Ancel », art. cit., p. 7-8.

⁴³⁶ Jacques BORRICAND, « L'influence de Marc Ancel sur le droit positif français contemporain », art. cit., p. 83-85.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 85 : « L'année 1960 marque la fin de la première étape. Parce qu'à cette date fut appelé au ministère de la Justice Jean Foyer professeur de droit pénal qui ne partageait pas les idées de Marc Ancel et entendait ne pas suivre la politique de défense sociale nouvelle à qui il reprochait notamment son manque d'efficacité pratique ».

⁴³⁸ Jean DANET, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle », art. cit., p. 54 et s. ; Jacques BORRICAND, « L'influence de Marc Ancel sur le droit positif français contemporain », art. cit., p. 85 et s.

⁴³⁹ La distinction n'est qu'indirecte, mais elle existe. Nous prenons pour exemple le contenu des articles 15 et 16 de l'ordonnance, qui prévoient des dispositions différentes selon l'âge du mineur (mineurs de 13 ans ou mineurs de plus de 13 ans, en l'espèce).

Le deuxième enseignement que nous pouvons tirer tient dans le constat d'une intention qui peut être un outil de politique pénale. Nous avons pu relever à quel point le droit pénal pouvait être utilisé par le pouvoir, avec les directives transmises par le ministère de la Justice jusqu'aux parquetiers, mais également comment les réformes pénales pouvaient être teintées de politique. L'intention offre ici une marge de manœuvre confortable. D'autres biais sont à pointer, et c'est dans ces creux que Marc Ancel fait ses propositions pour renouveler le système pénal. Il en découle, effectivement, que le droit pénal est un droit éminemment politique et social. Ce faisant, l'intention qui peut être mobilisée par les magistrats assez librement, nous semble être un outil de variation, au quotidien, à propos de la réponse pénale à apporter devant les exactions délictuelles ou criminelles.

Il en découle que le droit pénal est encore plus politisé à cette période charnière pour la construction du système juridique. Nous sortons de la Seconde Guerre mondiale, des traumatismes s'accumulent et le besoin se fait ressentir de modifier les choses en laissant plus de place à l'humain. C'est dans cette brèche qu'a pu s'engouffrer la défense sociale nouvelle, en offrant de nouveaux fondements à un droit répressif qui pouvait paraître, parfois, trop sévère ou rigide. Marc Ancel, finalement, nous rappelle la dimension éminemment politique du droit pénal.

Section II. Le renouveau porté par la philosophie analytique

En partant sur les chemins de l'intention, il est impossible d'ignorer la philosophie qui constitue une branche réflexive majeure sur le sujet. Nous l'avons vu dans l'ouverture de ce travail, la séparation de la matière et de l'esprit par René Descartes peut-être l'un des points de commencement de la réflexion sur l'intention en tant que phénomène autonome. D'autres éléments, religieux, peuvent aussi être pris en considération comme la distinction entre le for intérieur et le for extérieur. Il reste que la philosophie, qu'elle réfléchisse en premier lieu sur l'intention, ou de manière indirecte en posant des développements sur la liberté, est un champ d'investigations important si nous souhaitons comprendre cette donnée.

C'est pour cela que le *linguistic turn* nous apparaît comme un moment difficile à éluder dans la construction d'un raisonnement sur l'intention, qui essaierait d'en comprendre les sources et les ramifications. Si l'étude philosophique de l'intention mériterait un travail à part entière – et ne s'inscrirait pas dans une démarche juridique –, il nous semble que l'approche de philosophie analytique peut résumer beaucoup d'interrogations, tout en restant dans le cadre de notre sujet.

En effet, la philosophie analytique se focalise sur des problèmes de langage, en adoptant comme postulat initial que la philosophie continentale n'arrive pas à trancher certaines interrogations, parce qu'il y a un souci de vocabulaire ou, plus simplement, de formulation des énoncés. C'est certainement l'approche philosophique qui se veut la plus ancrée dans le réel, la pratique, en offrant des outils presque immédiatement mobilisables. Si une philosophie peut avoir des liens avec le droit et lui fournir des outils, nous postulons que c'est cette approche (§ 1).

Pourtant, le droit lui reste relativement imperméable, et ce sont toujours les anciennes considérations, celles de la philosophie continentale, qui dominent même jusqu'à aujourd'hui. Alors que les chaires de philosophie sont phagocytées de plus en plus par la philosophie analytique, et que cette dernière tend à supplanter la première dans tous les domaines, le droit semble continuer de se développer sans y prêter attention (§ 2).

La philosophie analytique est donc un point de passage obligatoire, parce qu'elle nous offre une proposition de solution à la question intentionnelle mais,

également, elle nous plonge dans l'ambiance particulière du XX^e siècle, au cours duquel de nombreuses évolutions sont à remarquer. Cet arrêt nous permet alors de développer une forme de contexte d'ensemble, démontrant que la question de l'intentionnalité est posée par la recherche ; seulement, elle ne semble exister qu'à l'extérieur du champ juridique.

§ 1. L'emprise philosophique du « linguistic turn »

Et si les problématiques de la philosophie, comme la liberté, l'art, la conscience ou les sensations n'étaient, finalement, pas de vrais problèmes ? C'est ce que semble acter Ludwig Wittgenstein et avec lui, tout un courant qui sera très vite qualifié de philosophie analytique.

Pour cette mouvance, les questionnements philosophiques classiques ne sont toujours pas résolus à cause d'un problème de langage : les questions sont mal posées, donc les tentatives de réponse sont vaines. Il y a une remise en cause, jusqu'aux racines, de la philosophie classique dite, désormais, continentale. Il est nécessaire, selon eux, et pour rescientificiser la discipline, d'axer des développements sur l'expérience pragmatique et le langage ; les maux ne seraient donc que des logiques de mots (A).

La percée analytique n'épargne presque aucun champ de la philosophie classique, et c'est ainsi que l'intention fait l'objet de recherches. Plus spécifiquement, des auteurs s'intéressent à la philosophie de l'action, et regardent les éléments qui peuvent être déterminants pour la caractériser. On dit alors qu'on saisit l'intention dans l'action ; cette saisine passe, logiquement et invariablement, par des descriptions, et donc des mots (B).

A. La problématique généralisée du langage

C'est notamment Ludwig Wittgenstein qui vient secouer le monde de la philosophie avec son *Tractatus logico-philosophicus* publié en 1922. À partir de là, la

philosophie analytique commence à se construire et à s'imposer comme une discipline qui se souhaite invariablement plus scientifique que la philosophie continentale⁴⁴⁰.

Son programme est assez limpide, et il nous l'expose dans ses avant-propos que nous choisissons de retranscrire intégralement tant ils sont démonstratifs :

Ce livre ne sera peut-être compris que par qui aura déjà pensé lui-même les pensées qui s'y trouvent exprimées – ou du moins des pensées semblables. Ce n'est donc point un ouvrage d'enseignement. Son but serait atteint s'il se trouvait quelqu'un qui, l'ayant lu et compris, en retirerait du plaisir.

Le livre traite des problèmes philosophiques, et montre – à ce que je crois – que leur formulation repose sur une mauvaise compréhension de la logique de notre langue. On pourrait résumer en quelque sorte tout le sens du livre en ces termes : tout ce qui proprement peut être dit peut être dit clairement, et sur ce dont on ne peut parler, il faut garder silence.

Le livre tracera donc une frontière à l'acte de penser, – ou plutôt non pas à l'acte de penser, mais à l'expression des pensées : car pour tracer une frontière à l'acte de penser, nous devrions pouvoir penser les deux côtés de cette frontière (nous devrions donc pouvoir penser ce qui ne se laisse pas penser).

La frontière ne pourra donc être tracée que dans la langue, et ce qui est au-delà de cette frontière sera simplement dépourvu de sens.

Jusqu'à quel point mes efforts coïncident avec ceux d'autres philosophes, je n'en veux pas juger. En vérité, ce que j'ai ici écrit n'élève dans son détail absolument aucune prétention à la nouveauté ; et c'est pourquoi je ne donne pas non plus de sources, car il m'est indifférent que ce que j'ai pensé, un autre l'ait déjà pensé avant moi.

Je veux seulement mentionner qu'aux œuvres de Frege et aux travaux de mon ami M. Bertrand Russell je dois, pour une grande part, la stimulation de mes pensées.

Si ce travail a quelque valeur, elle consiste en deux choses distinctes. Premièrement, en ceci, que des pensées y sont exprimées, et cette valeur sera d'autant plus grande que les pensées y sont mieux exprimées. D'autant mieux on aura frappé sur la tête d'un clou. Je suis conscient, sur ce point, d'être resté bien en deçà du possible. Simplement parce que mes forces sont trop modiques pour dominer la tâche. Puissent d'autres qui feront mieux.

Néanmoins, la vérité des pensées ici communiquées me semble intangible et définitive. Mon opinion est donc que j'ai, pour l'essentiel, résolu les problèmes d'une manière décisive. Et si en cela ne je me trompe pas, la valeur de ce travail consiste alors,

⁴⁴⁰ À l'exemple de la philosophie de l'action, de nombreux auteurs se sont perdus dans les conjectures cartésiennes à tenter de saisir la différenciation entre l'esprit et la matière. C'est là vaine tentative, nous dit la philosophie analytique ; il faut y préférer une approche sur le langage pour mieux saisir l'intention dans l'action, seule démarche valable. Sur ce dernier point, voir Valérie AUCOUTURIER, *L'intention en action, op. cit.*, p. 8 et s.

en second lieu, en ceci, qu'il montre combien peu a été quand ces problèmes ont été résolus⁴⁴¹.

Nous le comprenons de manière limpide : l'auteur n'a pas mis beaucoup d'énergie à résoudre des questions philosophiques ; ces problèmes avaient pour source un souci purement linguistique, parce que les penseurs se sont trop souvent attachés à chercher des choses au-delà de la frontière du dicible⁴⁴². Or, pour Wittgenstein et ses tenants, le dicible doit constituer l'unique champ de recherche possible en philosophie – mais également dans les autres sciences –, le reste ne menant qu'à l'échec.

De fait, les travaux de la philosophie analytique prennent le langage comme objet premier de réflexion. C'est l'expérience de la langue qui va jouer un rôle déterminant dans les interactions humaines ou dans la recherche scientifique⁴⁴³.

Cette forme de réflexion est la marque de la philosophie analytique qui naît sous l'influence de Moore (1873-1958), Russell (1872-1970) et, bien entendu, Wittgenstein. Elle entraînera plusieurs tendances, dont le positivisme du cercle de Vienne et l'analyse linguistique du mouvement d'Oxford. De son côté, le mouvement émergent à la suite de la publication de l'ouvrage de Wittgenstein prend de l'ampleur et se voit qualifié de *linguistic turn* en 1953, par Gustav Bergmann (1906-1987)⁴⁴⁴.

Ce tournant linguistique signifie l'appétence pour les philosophes à propos de la langue et des problématiques du langage. De manière caricaturale, dans une conception continentale, ce sont des jeux de l'esprit qui vont réussir à produire quelque

⁴⁴¹ Ludwig WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, *op. cit.*, « Avant-propos ».

⁴⁴² Il vise ici, l'ensemble des auteurs qui ne sont pas dans une démarche analytique, ceux-là que l'on désigne sous l'appellation de philosophie continentale. Par exemple, sur la critique d'une philosophie qui serait trop *mentaliste* et chercherait à comprendre l'immatériel dans la philosophie de l'action, voir Ludwig WITTGENSTEIN, *Philosophical investigations*, Oxford, Blackwell, 1953, § 308. Voir également la synthèse explicative fournie par Paul FEYERABEND, « Les recherches philosophiques de Wittgenstein », *Philosophie*, 3 (2005), p. 3-39.

⁴⁴³ Sur les liens entre la philosophie analytique et les sciences, nous renvoyons vers Juliette GRANGE, « De la philosophie française des sciences à la "philosophie analytique" à la française », *Cités*, 2 (2014), p. 11-37. Pour une perspective plus critique, mais qui démontre néanmoins la méthode analytique, qui mélange la logique mathématique et le langage pour créer une philosophie analytique, voir Babette BABICHE, *La fin de la pensée ? Philosophie analytique contre philosophie continentale*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 13-14.

⁴⁴⁴ Pour plus de précisions sur la percée du vocable, ses utilisations et les évolutions conceptuelles autour de la notion, voir l'article de Christian DELACROIX, « Linguistic Turn », dans Christian Delacroix, François Dosse, Patrick Garcia et Nicolas Offenstadt (dir.), *Historiographies : concepts et débats*, Paris, Gallimard, 2010, p. 476-490.

chose, des données, des résultats. C'est par la seule force de la pensée et de ses facultés que les philosophes continentaux dépouillent des notions, les décortiquent, et essayent d'y mettre de l'ordre. Dans la pensée analytique, si le travail de l'esprit demeure présent, il se fait plus ordonné : il n'est pas question de laisser l'esprit s'évader autour de concepts flous et indéterminés ; le but est de comprendre les problèmes linguistiques pour les résoudre, et ainsi faire avancer la science philosophique et les autres sciences.

De fait, nous pourrions trouver un parallèle assez évident entre la philosophie analytique et les mathématiques, qui sont d'ailleurs assez régulièrement mobilisées par Wittgenstein dans son ouvrage. Les mathématiques sont pour lui un moyen de neutraliser les problèmes linguistiques en les réduisant en formules coordonnées qui, par leur neutralité, amènent du sens là où il pouvait parfois en manquer. À la fin de son ouvrage, nous trouvons d'ailleurs un « Tableau des symboles » qui permet de reprendre et de définir l'ensemble des propositions linguistico-mathématiques qui sont mobilisées par l'auteur, que voici :

Tableau des symboles du Tractatus logico-philosophicus

TABLEAU DES SYMBOLES DU TRACTATUS	
p	: proposition (énoncé susceptible d'être vrai ou faux).
q, r, \dots	: propositions autres que "p".
$\sim p$: négation de la proposition "p".
\vdash	: j'affirme que... (signe de l'assertion éliminé par W.).
\bar{p}	: ensemble de toutes les propositions élémentaires ou atomiques (qui servent de base aux autres propositions et dont découlent leurs conditions de vérité).
ξ	: variable propositionnelle (dont les valeurs sont des propositions).
$\bar{N}(\xi)$: négation de toutes les valeurs de la variable ξ .
V	: symbole correspondant à l'adjectif « vrai ».
F	: — — — « faux ».
V_p	: nombre des conditions de vérité pour la proposition "p".
$p \supset q$: "p" implique "q" (si "p" est vrai, "q" est vrai).
$p \vee q$: "p" ou "q" ("p" ou "q" au moins est vraie mais elles peuvent être vraies toutes les deux. Alternative non exclusive correspondant au sens du latin « vel », ou somme logique des propositions).
$p \cdot q$: "p" et "q" ("p" et "q" sont vraies ensemble, produit logique des propositions).
$p q$: "p" est incompatible avec "q" ("p" et "q" ne sont pas vraies ensemble mais peuvent être fausses toutes les deux), suivant l'interprétation la plus courante du signe appelé « barre de Sheffer ». Dans le texte de W., "p q" signifie que "p" et "q" sont fausses toutes les deux et donne le même résultat pour la réduction des constantes logiques.

Le *linguistic turn* est important pour nous, puisque c'est un mouvement qui vise à dépasser les frontières strictes de la philosophie, pour toucher l'ensemble des disciplines scientifiques. Ce sera par exemple l'objet du déconstructionnisme et de la psychanalyse. En effet, certains auteurs se réclamant du déconstructionnisme et de la psychanalyse s'emparent du droit dans une perspective critique, avec comme fondements les enseignements du tournant linguistique et la philosophie post-structuraliste de Derrida⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ Baudouin DUPRET, *Droit et sciences sociales* [en ligne], op. cit., p. 51. Il est d'ailleurs intéressant de marier ces deux approches, celle du tournant linguistique et celle de Derrida, dans la mesure où la

De manière générale, le tournant linguistique sonne le glas d'une philosophie continentale qui voit ses rangs se clairsemer au fil des ans, comme le soulève Babette Babiche⁴⁴⁶. C'est là toute la démonstration de la puissance de cette nouvelle école de pensée qui sait s'imposer⁴⁴⁷. Nous pourrions d'ailleurs dire que la philosophie analytique découle d'un certain pragmatisme, puisqu'elle prend pour vraies des propositions qui sont vérifiées comme étant utiles⁴⁴⁸.

En effet, la philosophie analytique repose sur des postulats, qui sont des vérités parce qu'elles peuvent être énoncées⁴⁴⁹. Les choses qui peuvent être dites ont donc toutes une forme de vérité en soi, puisqu'on ne pourrait pas penser l'impensable, et donc nous ne pourrions pas décrire ce qui n'existe absolument pas⁴⁵⁰. Cela ne nous empêche pas de plonger dans des conjectures, mais ce sont des conjectures réalistes : tout ce que nous pensons existe ; nous ne pouvons pas penser ce qui n'existe pas, et donc nous ne pouvons pas formuler l'inexistant.

Ainsi, la démarche conjoncturelle qui serait celle de David Lewis (1941-2001), nous permet de penser une pluralité de mondes, mais ce sont des mondes qui ont *a minima* une existence mentale dans la zone du dicible. Il nous explique à renfort d'exemples que penser une pluralité de mondes permet de mettre à jour des phénomènes linguistiques plus ou moins conscients qui s'appliquent à décrire le monde en présence. Toutefois, une limite demeure infranchissable, c'est toujours celle du dicible⁴⁵¹.

concurrence entre la philosophie analytique et la philosophie continentale fait rage. Or, Derrida est plutôt à classer du côté de la philosophie continentale. Notons également que c'est dans le cadre de cette lutte qu'il n'a pas pu accéder au Collège de France. Sur ce dernier point, voir Babette BABICHE, *La fin de la pensée ? Philosophie analytique contre philosophie continentale*, op. cit., p. 10.

⁴⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 25-31 : l'autrice nous explique comment la philosophie analytique monte en puissance en France. De manière générale, dans son ouvrage, elle décrit comment des pans entiers de la philosophie continentale sont annexés par la philosophie analytique et comment des chaires de philosophie continentale sont prises par des philosophes qui sont beaucoup plus proches du mouvement analytique. Il y a donc une forme de crise de représentativité de la philosophie continentale qui commence à percer aujourd'hui.

⁴⁴⁸ De manière conforme aux principes énoncés par Peirce : Charles Sanders PEIRCE, *Pragmatisme et pragmatisme*, Œuvres I, Paris, Cerfs, 2002 [rééd. XIX^e siècle].

⁴⁴⁹ Cette affirmation est conforme aux enseignements de Wittgenstein dans son *Tractatus logico-philosophicus*, qui pose les limites du pensable et du théorisable, dans celles du dicible. De manière générale, c'est une tendance que nous observons chez les analytiques qui prennent le langage comme médium de réflexion, mais également comme limite théorique.

⁴⁵⁰ Ludwig WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, op. cit., p. 41 : « La totalité des pensées vraies est une image du monde. [...] Ce qui est pensable est aussi possible ; nous ne pouvons rien penser d'illogique parce que sinon nous devrions penser illogiquement ».

⁴⁵¹ Sur ces différents points, voir David LEWIS, *De la pluralité des mondes*, op. cit., p. 21 et s.

Pour ce qui concerne le droit, cette démarche interviendrait pour passer une forme de filtre sur les différentes notions ; celles qui ne peuvent être dites correctement, qui restent dans une forme de complexité linguistique, seraient discréditées. Les autres seraient simplifiées. Par exemple, l'autonomie de la volonté ne serait pas définie de manière large par un grand nombre d'auteurs ; il conviendrait de revenir à la racine linguistique de la formule pour n'en plus voir que des descriptions analytiques et linguistiques. Ce faisant, l'autonomie de la volonté, corolaire du libre arbitre, pourrait être appréciée par les descriptions verbales qui mettent en mouvement la notion ; rien de plus, rien de moins. L'approche serait éminemment plus pratique, en abandonnant le bagage théorique parfois trop encombrant.

De fait, nous avons pu constater comment toute une branche de la philosophie prend de plus en plus d'ampleur : la philosophie analytique. Puisant ses racines dans les problèmes linguistiques, elle se propose de réduire les hypothèses problématiques en passant par des formules de mathématique du langage pour objectiver le réel en mobilisant des mots qui ont un sens. Cela revient à réduire les notions que nous employons à ce que nous pouvons dire d'elles, le reste devenant absolument superfétatoire. Il nous faut observer, plus avant, quelles sont les conséquences de cette approche concernant l'intention, afin d'espérer y trouver une démarche convaincante qui nous permettrait de remplir la notion d'une définition claire et opérante.

B. L'intention objectivée par sa description analytique

Parmi toutes les branches de la philosophie analytique, une nous intéresse particulièrement : la philosophie de l'action. La philosophie de l'action consiste à mobiliser les outils de la philosophie analytique pour essayer de faire émerger une explication logique et rationnelle de nos actes⁴⁵². La première à s'en préoccuper est Elizabeth Anscombe, avec son ouvrage fondateur : *L'intention*⁴⁵³. Le titre est plus qu'évocateur pour notre sujet de thèse.

⁴⁵² Valérie AUCOUTURIER, *L'intention en action*, *op. cit.*, p. 7-8.

⁴⁵³ Gertrude Elizabeth Margaret ANSCOMBE, *L'intention*, *op. cit.* ; d'autres, par la suite, peuvent s'en préoccuper, comme c'est le cas de Vincent Descombes (Vincent DESCOMBES, « Philosophie de l'action », *Annuaire de l'EHESS*, 2007, p. 439-441 ; également Vincent DESCOMBES, « Comment savoir ce que je fais ? », *Philosophie*, 1 [2003], p. 15-32). Néanmoins, ce dernier tend à oublier l'influence de l'intention dans l'action, comme nous l'explique Valérie Aucouturier (ici, voir Valérie AUCOUTURIER, *L'intention en action*, *op. cit.*, p. 8).

De manière concrète, elle va détailler et expliquer ce que peuvent être les intentions en rapport avec les actions : elle présuppose donc que les actions sont forcément intentionnelles. Selon elle, les intentions sont ce qui peut être décrit, à la différence de certaines recherches criminologiques qui expliquent que l'intention peut être noyée dans un océan de stimuli cérébraux⁴⁵⁴.

Elle a d'ailleurs conscience de cette forme d'opposition avec l'intention telle que nous pouvons la comprendre, puisqu'elle déclare que, généralement, on a tendance à dire que seul l'agent à la main sur son intention et ce, à plusieurs titres : souvent on ne s'intéresse à l'intention que lorsque l'action est faite, et alors seule la personne en train de réaliser l'action connaît ici son intention ; généralement la question de savoir si une personne a une intention particulière ne se pose pas, mais si on se pose néanmoins cette question, il suffit de demander à la personne pour avoir la réponse ; on peut, enfin, avoir l'intention de réaliser quelque chose sans jamais le faire pour autant, et alors l'intention reste complète même sans accomplissement matériel. Ces raisons concourent à nous faire penser que, lorsque l'on souhaite connaître les intentions d'un tiers, il faudrait aller la chercher dans son esprit. Ainsi :

Si nous voulons comprendre ce qu'est l'intention, il semble alors qu'il faille chercher quelque chose qui n'existe que dans la sphère de l'esprit. Dès lors, même si l'intention débouche sur des actions, et si la manière dont cela se passe soulève aussi des questions intéressantes, on sera porté à croire que ce qui a lieu physiquement (ce qu'un homme fait effectivement) est la dernière chose à considérer dans notre enquête⁴⁵⁵.

Néanmoins, ce serait avoir une conception trop immatérielle de l'intention, et l'autrice nous invite finalement à ne considérer les intentions que dans leurs réalisations matérielles, ce qui a effectivement été produit, et donc ce qui est devenu dicible.

En d'autres termes, elle nous invite au voyage tout au long de son ouvrage ; un voyage linguistique. Elle décortique des faits de la vie quotidienne pour y débusquer

⁴⁵⁴ Sur cette différence, voir la description du raisonnement donnée par Olof KINBERG, *Les problèmes fondamentaux de la criminologie, op. cit.*, p. 39 : en définitive la raison n'est pas « généralement un processus de pensée essentiellement intellectuel, rationnel, logique, dans lequel le motif meilleur et le plus raisonnable a les meilleures chances de triompher, mais un chaudron de sorcières où bouillonnent toutes sortes de désirs et de sentiments, et où les désirs et les sentiments les plus forts ont, *a priori*, la meilleure chance de déterminer le résultat ».

⁴⁵⁵ Gertrude Elizabeth Margaret ANSCOMBE, *L'intention, op. cit.*, p. 44.

l'intention dans l'action par le truchement de descriptions. Son travail est alors de rendre l'invisible dicible⁴⁵⁶. Elle opère un retournement spectaculaire du problème et, en prenant le contrepied total des enseignements de Descartes⁴⁵⁷, ne voit pas l'intention comme un élément immatériel, mais une production descriptive. L'intention est un mot, qui se prouve par d'autres mots⁴⁵⁸.

Pour illustrer, elle mobilise la présentation d'un empoisonnement pour nous démontrer l'influence et la puissance des descriptions. Elle pose cet exemple, également, pour nous interroger sur la pluralité des descriptions d'une même action et démontrer que plusieurs vérités parallèles peuvent coexister.

Dans les faits, un homme pompe l'eau à la citerne qui alimente une maison. Quelqu'un trouve le moyen d'empoisonner l'eau de façon cumulative et de telle sorte que lorsque l'on voit les effets du poison, il est déjà trop tard pour les soigner. La maison est régulièrement occupée par des chefs d'un parti politique, accompagnés de leur famille proche. Ils contrôlent un pays et sont engagés dans l'extermination des juifs. Celui qui empoisonne sait que s'ils meurent tous, le pays ira dans les mains d'une personne bonne pour tout le monde. Il parle du poison et de cela à celui qui pompe. Leur mort aura des effets divers, comme le fait que des inconnus reçoivent des legs dont ils ne savent rien. Les bras de l'homme vont de haut en bas, pompent, des muscles aux noms latins connus par les médecins sont activés ; une ombre se fait sur un rocher, produisant un effet curieux comme si un visage sortait du rocher. Que fait cet homme ? Nous interroge Anscombe⁴⁵⁹.

Ce sera n'importe laquelle de ces descriptions qui sont effectivement vraies, tant que l'homme est sujet de la description. Par exemple, nous pouvons dire qu'il travaille, qu'il gagne sa vie, qu'il use les semelles de ses chaussures, qu'il transpire. Si on lui

⁴⁵⁶ Gertrude Elizabeth Margaret ANSCOMBE, « La question de l'idéalisme linguistique », *Cahiers philosophiques*, 3 (2019) [rééd. 1976], p. 129-153.

⁴⁵⁷ Valérie AUCOUTURIER, *L'intention en action*, *op. cit.*, p. 12-16 et p. 34 et s.

⁴⁵⁸ En ce sens elle s'éloigne des conceptions absolument mentalistes de l'intention, à l'image de la production de Searle, qui évoque le fait que l'intention soit ce qui est visé par l'action. Sur ce dernier point, voir John SEARLE, *L'intentionnalité*, Paris, Minuit, 1985, spéc. Chapitre 3, « Intention et action ». Pour autant, Searle reste un philosophe de la branche analytique ; simplement il n'a pas la même approche. D'autres iront en ce sens, plus tard, et se réclameront pourtant d'Anscombe, alors même que, justement, elle rejette l'aspect mentalisant de l'intention pour en trouver l'explication dans l'action. Sur ce dernier point, voir les développements de Valérie AUCOUTURIER, *L'intention en action*, *op. cit.*, p. 37-38 et p. 42 et s.

⁴⁵⁹ Gertrude Elizabeth Margaret ANSCOMBE, *L'intention*, *op. cit.*, p. 84

demande pourquoi il pompe, il peut dire que c'est pour remplir la citerne ; nous pouvons donc affirmer qu'il est en train de remplir une citerne, sauf s'il n'est pas en train de la remplir. On peut donc en déduire qu'il a l'intention de remplir la citerne. Toutes les descriptions sont possibles, tant qu'elles n'atteignent pas un point de rupture de description du réel. L'autrice nous le démontre en continuant son exemple, avec une série de questions qui servent à débusquer ce fameux point de rupture⁴⁶⁰.

Pour s'en rendre compte, on peut demander à l'homme pourquoi il bouge son bras de bas en haut, ce à quoi il répondra que c'est parce qu'il pompe, nous pouvons donc dire qu'il est en train de pomper. Si nous lui demandons pourquoi il pompe, il pourra répondre que c'est pour remplir la citerne, il est donc en train de remplir une citerne. Si nous lui demandons pourquoi il remplit la citerne, il pourra répondre que c'est dans l'objectif d'empoisonner les habitants, nous pouvons donc en conclure qu'il empoisonne les habitants puisqu'ils sont effectivement empoisonnés. Mais ici intervient la rupture : même s'il est possible de donner une réponse supplémentaire et qui soit compréhensible – donc une réponse autre que « je n'empoisonne pas » alors qu'il vient de dire qu'il empoisonnait par exemple –, on ne pourra pas dire, cependant, qu'il sauve les juifs, qu'il fait advenir le Royaume des Cieux ou qu'il amène des hommes de bien au pouvoir⁴⁶¹. C'est là que se situe la rupture dans l'intentionnalité, qui ne vise que l'action présente et non l'action spéculative⁴⁶².

Il peut y avoir une difficulté, selon elle, si l'homme nous répond qu'il ne remplit pas la citerne pour empoisonner les gens, mais pour gagner son salaire, bien qu'il sache pertinemment qu'en agissant en ce sens il empoisonne les gens. Effectivement, son action intentionnelle de remplir la citerne en pompant existe, c'est une des actions qui mène à l'empoisonnement, mais pour autant son intention ne serait pas d'empoisonner sinon de toucher son salaire. L'action de remplir la citerne avec de l'eau empoisonnée n'est donc pas intentionnelle en raisonnant ainsi, et pendant longtemps, nous considérons les intentions comme une espèce interne particulière. Ainsi, le fait que l'homme empoisonne les habitants par ses gestes serait ramené au fait qu'il y

⁴⁶⁰ Gertrude Elizabeth Margaret ANSCOMBE, *L'intention*, *op. cit.*, p. 86

⁴⁶¹ *Ibid.*

⁴⁶² Anscombe passe quelques pages en début de son ouvrage à nous éclairer sur la distinction entre l'intention et la prédiction qui n'est pas si certaine que cela. Par exemple, si je dis « je vais me coucher », il s'agit d'une intention ; en revanche, si je dis « je vais dormir », il s'agit ici d'une prédiction et non d'une intention. Elle insiste sur ce point en précisant que les contours ne sont, de surcroît, pas aussi nets en philosophie. Gertrude Elizabeth Margaret ANSCOMBE, *L'intention*, *op. cit.*, p. 34 et s.

aurait eu un lien avec ce mouvement interne spécifique. Mais cela est absolument remis en cause par Anscombe, laquelle nous dit que ce sont des « conséquences fâcheuses et absurdes » :

Car après tout, nous pouvons *former* des intentions ; or, si l'intention était un mouvement intérieur, nous pourrions donc choisir d'avoir certaines intentions et de ne pas en avoir d'autres, simplement, par exemple, en nous disant à nous-mêmes : « Ce que *j'entends* être en train de faire, c'est de gagner mon salaire, non pas d'empoisonner la maisonnée » ; ou « Ce que *j'entends* être en train de faire, c'est d'aider ces hommes de bien à accéder au pouvoir ; je retire mon intention de l'acte d'empoisonner la maison, qui, du moins préféré-je le penser, se passe sans que mon intention n'y prenne part ». **L'idée selon laquelle on pourrait déterminer ses intentions par un tel petit dialogue intérieur est bien évidemment une plaisanterie**⁴⁶³ [nous soulignons].

Nous le voyons, Anscombe rejette la théorie d'une intention forgée de manière purement mentale d'un revers de la main⁴⁶⁴. Les seules intentions qui vaillent sont celles qui passent par des descriptions objectives donc, encore une fois, par un jeu de langage qui permet de mettre au jour la réalité concrète de l'intention dans l'action. Cependant, nous pourrions objecter que la connaissance objective de l'action viendrait mettre un terme à notre chemin de pensée qui vise à exclure loin de nous l'intention d'empoisonner. Elle démonte tout un système de pensée en expliquant que ce petit jeu ne peut tenir et qu'il est ridicule – c'est une « plaisanterie » pour elle. Nous pourrions cependant avoir des vues divergentes en appliquant justement cette idée de la connaissance objective. La connaissance objective de l'empoisonnement, en l'occurrence, serait un obstacle au choix de l'intention dans la mesure où la personne sait qu'elle aura beau se dire, intérieurement, que telle n'est pas son intention, par la force des choses, ses actions mèneront au résultat qu'elle connaît ; il est donc impossible, selon nous, de projeter une intention différente de celle qui repose sur une caractérisation objective de l'action que nous sommes en train de mener. Cela permettrait de sauvegarder la conception mentale de l'intention, à la différence de ce que prévoit Anscombe dans son système intellectuel.

⁴⁶³ Gertrude Elizabeth Margaret ANSCOMBE, *L'intention*, *op. cit.*, p. 89

⁴⁶⁴ Sur ce point, voir également Valérie AUCOUTURIER, *L'intention en action*, *op. cit.*, p. 42-51 : l'autrice développe ici les problèmes spécifiques liés à l'acceptation d'une intention pure, forgée uniquement dans l'immatériel ; en contrepoint, nous comprenons qu'Anscombe n'adopte pas la même démarche.

Néanmoins, il reste que la philosophie analytique attire l'attention sur un élément qui est particulièrement intéressant pour donner corps aux intentions. En retirant le caractère immatériel des intentions, cette branche de la philosophie nous ôte une épine du pied, en venant caractériser dans le réel des éléments qui semblent pourtant appartenir à l'immatériel. La philosophie analytique est donc d'une aide conséquente pour objectiver le réel⁴⁶⁵. La caractérisation de l'intention ne passe plus par des jeux d'esprit, mais par des descriptions logiques⁴⁶⁶, qui prennent pour fondements les actions qui sont concrétisées dans le monde sensible et qui ne peuvent être niées, ni par leur auteur, ni par ses spectateurs.

C'est donc une approche originale et pertinente que nous délivre la philosophie analytique sur la question de l'intention. Pour une fois, nous obtenons des réponses concrètes à nos interrogations sur ce que peut recouvrir ce concept. Alors que nous restions dans une forme de flou artistique jusqu'à présent⁴⁶⁷, le focus opéré sur la description des actions intentionnelles nous permet de nourrir ce champ d'études et de dire que les actions sont des éléments extériorisés et qui peuvent être décrits. L'intention dans l'action est donc une description matérielle et objective de ce qui prend forme dans le monde sensible. C'est au prix d'une dénegation de l'instinct primitif de relier l'intention au monde des idées⁴⁶⁸ qu'un début de réponse à nos questions sur la définition de l'intention finit par arriver. L'intention n'aurait donc de vie qu'en étant véhiculée par des descriptions objectives, en laissant de côté le ressenti subjectif de l'acteur qui produit l'intention – du moins, selon la vision fondatrice d'Anscombe.

⁴⁶⁵ En venant résoudre les problèmes métaphysiques, la philosophie analytique offre, en effet, un point de vue simplifié et plus facile à objectiver. Il reste néanmoins que, pour ce qui est de la philosophie de l'action, le choix que nous pouvons opérer dans la définition de l'acte reste, lui, subjectif.

⁴⁶⁶ C'était d'ailleurs, tout le programme de la philosophie analytique. Sur ce dernier point, voir Bruno LECLERCQ, *Introduction à la philosophie analytique*, Louvain, De Boeck, 2008, p. 12 : « C'est avec la mise au point d'un *nouvel outil d'analyse logique* – l'idéographie frégréenne – que naît la philosophie analytique à la fin du XIX^e siècle. Au départ, il s'agit essentiellement d'une réforme de la logique envisagée pour elle-même, mais aussi pour permettre une expression plus rigoureuse et plus exacte des raisonnements scientifiques, notamment mathématiques, de manière à en chasser les derniers bastions de l'intuition, potentiellement subjective et trompeuse ».

⁴⁶⁷ Puisque personne n'osait véritablement se saisir du sujet de l'intention pour en livrer une monographie éclairante.

⁴⁶⁸ Comme le font pourtant certains auteurs, dont Donald Davidson et Michael Bratman. Sur ce dernier point, voir Donald DAVIDSON, « Actions, Reasons, and Causes », *Journal of Philosophy*, 7 (1963), p. 685-700 ; Michael BRATMAN, *Intention, Plans, and Practical Reason*, Chicago, Chicago University Press, 1999.

Il y a donc un mouvement de dépersonnalisation de l'intention : elle n'appartient plus uniquement à son auteur, mais tout autant à celles et ceux qui sont spectateurs et spectatrices de l'action.

Par conséquent, nous avons pu constater que le tournant linguistique était un point d'étape majeur pour les sciences humaines et sociales, mais également pour les sciences tout court. Avec une prétention de rescientificiser la philosophie, la philosophie analytique se voit en pourfenderesse des problématiques langagières qui font obstacle à la production d'une réflexion logique. Cette manière de concevoir les choses a pour elle des avantages pratiques indéniables, qui permettent de penser qu'elle peut trouver application dans le droit, bien plus facilement que les théories complexes et parfois contradictoires que peut produire la philosophie continentale.

§ 2. L'absence d'incidence majeure dans le droit

La philosophie continentale n'a jamais eu la prétention de devenir une science pratique, de révolutionner l'ensemble des savoirs et de s'imposer comme la seule science valable pour accéder à la scientificité. Ce sont là des objectifs affichés par la philosophie analytique qui, en se proposant de revenir sur les problèmes de formulation et de signification des termes, entend corriger les erreurs de compréhension.

Parce que le droit, et particulièrement le droit pénal, est sensible aux philosophies qui entourent son cadre de manière conceptuelle, et parce que la philosophie analytique se veut une philosophie de la pratique qui peut solutionner des interrogations légitimes sur des points complexes, nous pouvons nous attendre à ce que la doctrine juridique s'empare de ces enseignements pour solutionner des problèmes comme ceux sur le libre arbitre.

Néanmoins, il semblerait qu'il n'en soit rien. En effet, la philosophie analytique développe un champ lexical qui lui est propre, un cheminement particulier, un ensemble théorique et pratique qui permet d'en reconnaître l'approche. Il semblerait que ces éléments soient absents du droit théorique, puisque nous n'y retrouvons pas

les interrogations classiques de la philosophie analytique ni des indices véhiculés par un vocabulaire spécialement développé par cette spécialité (A).

Cependant, une raison pourrait tenir en ce que le droit adoptait déjà cette approche pratique pour saisir l'intention. En effet, à défaut de pouvoir saisir l'intention sur un lieu criminel, comme on en saisirait l'arme qui a servi au crime, elle est racontée par les procès-verbaux et par les différents auxiliaires de la justice, jusqu'au juge. Finalement, le cheminement juridique ne serait pas si lointain du cheminement de la philosophie analytique, tout en précisant que la démarche du droit supplante en antériorité cette dernière (B).

En somme, il existerait une nouvelle dichotomie entre la doctrine et les magistrats : alors que la doctrine semble ignorer l'approche de la philosophie analytique, dans leur fonctionnement quotidien, et peut-être même sans avoir lu d'ouvrages de philosophie analytique, les juges se rapprochent de cette manière de concevoir l'intentionnalité.

A. Un vocabulaire spécifique inconnu en doctrine juridique

En cherchant à révolutionner les études philosophiques, la philosophie analytique a procédé à une réflexion extrêmement poussée sur sa propre scientificité, afin de pouvoir rejaillir sur les autres disciplines⁴⁶⁹. Il y a donc une rigueur d'étude et d'analyse en philosophie analytique, qui pousse à la création, notamment, de nouveaux mots pour décrire le réel du mieux possible.

En effet, tout l'enjeu de cette philosophie est de réussir à solutionner des problèmes de mots, qui causent les grands maux de la philosophie. Le programme tel qu'exposé par Ludwig Wittgenstein est très clair sur ce point, et les enseignements d'Anscombe, qui s'interroge sur les descriptions des actions, le sont d'autant plus.

Il est un terme spécifique qui nous intéresse plus que les autres : il s'agit de l'intentionnalité, avec un seul « n », qu'il convient de différencier de l'intentionnalité. L'intentionnalité classique, que nous connaissons, pourrait être définie comme la

⁴⁶⁹ Michel SEYMOUR, *Profession philosophe*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 13-18.

faculté de l'agent pensant à diriger son intention dans un but déterminé⁴⁷⁰. Dans cette définition, il y a un lien évident entre intention et intentionnalité, l'intentionnalité étant la caractérisation de l'intention. Un acte fait avec une intention, démontre une forme d'intentionnalité dans l'action, qui est marquée du sceau de l'action volontaire. De cette définition nous pouvons conclure que l'intentionnalité est alors une forme de mesure de l'intention dans les actions.

L'intentionnalité, quant à elle, définit quelque chose de différent, mais qui n'est pas si lointain de l'intention. Valérie Aucouturier prend l'exemple d'un arbre, pour nous l'expliquer⁴⁷¹. Elle nous dit que, lorsque nous voyons un arbre, il n'est pas littéralement dans notre esprit ; c'est son image, sa forme qui se présente à nous, dans l'esprit. Elle s'interroge en se demandant comment est-il possible d'avoir quelque chose dans l'esprit sans que cet élément n'y soit littéralement présent. Comment caractériser cette capacité de l'esprit ? C'est ici que peut se saisir la problématique de l'intentionnalité. De fait, l'intentionnalité serait la capacité de l'esprit à former des images, qui sont immatérielles.

Également, la philosophie distingue l'intentionnalité et la visée ; la visée est propre à la philosophie de l'action⁴⁷², alors que l'intentionnalité caractérise plus spécifiquement un rapport avec l'esprit et le monde⁴⁷³. Pour expliquer la visée, il faut comprendre que l'intention repose sur une double attention : il y a la focalisation de l'attention sur des éléments particuliers d'une part ; une tension, un désir, lorsque l'on fixe l'attention sur un détail ou un objet particulier d'autre part⁴⁷⁴.

En partant de ces éléments conceptuels, Brentano (1838-1917)⁴⁷⁵ va employer l'intentionnalité pour distinguer les faits psychiques et les faits physiques : les faits psychiques portent sur quelque chose qui n'a pas besoin d'être nécessairement réel ou

⁴⁷⁰ V° « Intentionnalité », CNRTL [en ligne], s. d. [consulté le 6 septembre 2022],

URL : <https://www.cnrtl.fr/definition/intentionnalite>.

⁴⁷¹ Valérie AUCOUTURIER, *Qu'est-ce que l'intentionnalité*, op. cit., p. 6-7.

⁴⁷² Jaakko HINTIKKA, *L'intentionnalité et les mondes possibles*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2011, spéc. p. 141-179.

⁴⁷³ Jocelyn BENOIST, « Reinach et la visée (das meinen) : décliner l'intentionnalité », *Les Études philosophiques*, 1 (2005), p. 19-37.

⁴⁷⁴ Jean-Luc SOLÈRE, « Tension et intention : esquisse de l'histoire d'une notion », dans Lambros Couloubaritsis et Antonino Mazzù (dir.), *Questions sur l'intentionnalité*, Bruxelles, Ouisia, 2007, p. 70-72.

⁴⁷⁵ Franz Clemens BRENTANO, *Psychologie du point de vue empirique*, Paris, Vrin, 2008 [rééd. 1874].

physiquement existant⁴⁷⁶. Husserl (1859-1938) prend la suite de Brentano pour caractériser la conscience de l'intentionnalité non comme une relation entre la conscience et l'objet, mais comme caractéristique essentielle de la conscience⁴⁷⁷.

De manière plus générale, nous constatons que la philosophie analytique plonge plus loin que le droit dans la caractérisation de l'intentionnalité pour saisir, en partie, l'intentionnalité⁴⁷⁸. Surtout, la différence de vocabulaire qui est ici signifiante doit pouvoir nous indiquer si la doctrine juridique s'en saisit pour réfléchir à ces distinctions de sens.

De fait, nous sommes partis en quête de l'intentionnalité dans les ouvrages juridiques ou dans les propos des auteurs de doctrine. Jamais le terme n'a été mobilisé, nous ne l'avons rencontré que dans les ouvrages de philosophie analytique⁴⁷⁹. Cet outil de mesure du conscient, qui se distingue de l'intentionnalité classique, ne semble donc pas être mobilisé par le droit ; alors que la philosophie analytique se voulait très pratique, il s'agit là d'un pan éminemment théorique qui ne trouve vraisemblablement pas sa place dans des études juridiques qui, sur l'intention, sont généralement sommaires⁴⁸⁰.

Nous sommes partis du postulat que, si la doctrine juridique s'interrogeait sur l'intentionnalité, il aurait pu y avoir un penchant de cette dernière à la lecture des œuvres de philosophie analytique. Puisque nous ne retrouvons pas ce terme, nous posons l'hypothèse selon laquelle la philosophie analytique n'est pas prise en considération par la doctrine juridique.

⁴⁷⁶ Valérie AUCOUTURIER, *Qu'est-ce que l'intentionnalité*, op. cit., p. 11.

⁴⁷⁷ Edmond HUSSERL, *Méditations cartésiennes*, Paris, Vrin, 2000 [rééd. 1929], § 14. Pour plus d'explications et une approche synthétique, voir notamment Paul RICŒUR, « Étude sur les "Méditations Cartésiennes" de Husserl », *Revue philosophique de Louvain*, 33 (1954), p. 75-109.

⁴⁷⁸ Et, de manière encore plus générale, nous constatons que la philosophie consacre des études entières à la question de l'intention en lien avec l'intentionnalité ou l'intentionnalité ; bien qu'étant une notion reprise par le droit, la doctrine juridique n'en fait pas autant et a tendance à délaissier l'intention au profit d'autres notions et/ou d'autres éléments constitutifs de l'infraction.

⁴⁷⁹ Parce qu'il serait trop long de remettre l'ensemble des auteurs de doctrine dont nous avons pu consulter les ouvrages, nous précisons que les termes de philosophie analytique sont absents de tous les traités, manuels et articles que nous avons consultés dans le cadre de ce travail de thèse de doctorat.

⁴⁸⁰ Rares sont les articles ou ouvrages qui se proposent de traiter de l'intention comme élément central. Nous avons déjà pu citer Barthélémy MERCADAL, « Recherches sur l'intention en droit pénal », art. cit., p. 1-47. Nous pouvons également citer Mohamed ABDEL-RAZEK, *L'élément moral de l'infraction en droit comparé* [microfiches], thèse dactyl., droit, Paris, 1992 ; également, Al Hassan ABDUL-AZIZ, *L'élément psychologique en matière criminelle délictuelle* [microfiches], thèse dactyl., droit, Strasbourg, 1993.

À cela se mêlent des éléments d'expérience personnelle. La distinction entre philosophie analytique et philosophie continentale n'est pas quelque chose qui est enseigné en droit, et ne semble pas pris en compte dans les traités de droit pénal, même lorsqu'ils touchent la philosophie. Les références qui sont mobilisées sont souvent très classiques, et visent régulièrement Kant, mais très peu les auteurs de cette autre branche de la philosophie. Elizabeth Anscombe aura beau écrire un ouvrage entier sur l'intention, elle ne sera pas prise comme référence dans les études juridiques. De même, alors que le droit s'interroge sur la tentative sous toutes les coutures, en poussant le curseur jusqu'aux interrogations sur la tentative impossible⁴⁸¹, le nom de Gideon Yaffe ne ressort jamais, lui non plus, dans les études. Or, Gideon Yaffe livre un ouvrage majeur pour la philosophie analytique, à propos de la tentative justement⁴⁸². Il en va de même pour Joëlle Proust, dont les ouvrages et articles ne semblent jamais cités par la doctrine juridique, du moins dans les traités que nous avons pu consulter⁴⁸³.

Dès lors, il semblerait effectivement que les études juridiques se passent de l'analyse offerte par la philosophie analytique⁴⁸⁴. Se voulant très pratique et concrète, pour éclairer les sciences, la science juridique est restée éloignée de tels développements et continue de fonder ses pans théoriques sur la philosophie continentale en mobilisant, notamment, Kant⁴⁸⁵. Cela pourrait éventuellement s'expliquer par la distance qu'a le droit avec les sciences sociales, les sciences annexes, et son manque d'intérêt pour l'analyse analytique et langagière⁴⁸⁶. En effet, les études

⁴⁸¹ Voir notamment André VARINARD, « La théorie de l'infraction impossible : vers la disparition d'un mythe doctrinal », art. cit., p. 165-178.

⁴⁸² Gideon YAFFE, *Attempts*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

⁴⁸³ Nous pensons ici, par exemple, à son étude majeure sur les troubles mentaux et la conscience d'agir. C'est un élément qui concerne le droit de manière centrale, puisque la doctrine s'interroge régulièrement sur les facultés de discernement, notamment dans le cas d'une affection mentale. Pourtant, elle n'est pas, là encore, mobilisée. Voir Henri GRIVOIS et Joëlle PROUST, *Subjectivité et conscience d'agir dans la psychose*, Paris, PUF, 1998. Son étude qui vise les interrogations sur la manière dont nous mentalisons les objets n'est pas plus mobilisée. Sur ce dernier point, voir Joëlle PROUST, *Comment l'esprit vient aux bêtes. Essai sur la représentation*, Paris, Gallimard, 1997.

⁴⁸⁴ De manière générale, la France est restée longtemps hostile à la philosophie analytique, qui commence seulement maintenant à s'imposer dans les facultés. Sur ce dernier point, voir Romain PUDAL, « La difficile réception de la philosophie analytique en France », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, 2 (2004), p. 69-100.

⁴⁸⁵ En effet, Kant est une référence récurrente que l'on retrouve encore dans les manuels et autres traités. À titre d'exemple, nous renvoyons au manuel contemporain de Xavier Pin : Xavier PIN, *Droit pénal général*, 13^e éd., op. cit., p. 13. Plus proche de notre période d'étude, Kant est également mobilisé par Ancel : Marc ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, op. cit., p. 70 et p. 201. En revanche, dans ces deux derniers ouvrages, il n'y a pas de référence aux auteurs et autrices classiques de la philosophie analytique. La situation est identique dans les autres ouvrages juridiques, de manière générale.

⁴⁸⁶ Sur le manque de liens entre le droit et les sciences sociales, voir notamment Antoine VAUCHEZ, « Entre droit et sciences sociales. Retour sur l'histoire du mouvement Law and Society », *Genèses*, 4 (2001), p. 134-149. Également, sur l'isolement du droit par son autonomisation créée par les juristes, voir Guillaume CALAFAT, Arnaud FOSSIER et Pierre THÉVENIN, « Droit et sciences sociales : les espaces

qui prennent le droit comme un objet de langage, dans la mouvance réaliste, ne sont que très récentes en France. Or, la philosophie analytique ressemble pour beaucoup aux éléments qui peuvent être portés, par exemple, par les *Critical Legal Studies*⁴⁸⁷.

Un autre élément d'explication pourrait tenir en ce que le droit adoptait déjà une démarche analogue à celle proposée par la philosophie analytique. Nous sommes revenus, longuement et spécialement, sur l'analyse d'Anscombe pour appréhender l'intention dans l'action, dans la branche de la philosophie de l'action ; c'est cette approche qui nous semble la plus synthétique et qui est pourtant ignorée. Peut-être est-ce parce que le droit fonctionne déjà comme peut le décrire notre autrice ? C'est ce que nous allons désormais nous attacher à étudier.

B. Une démarche déjà prégnante en droit

Elizabeth Anscombe nous enseigne que les intentions ne sont pas des éléments métaphysiques, ni uniquement des pensées. Elle rejette donc l'approche cartésienne qui sépare la matière et l'esprit⁴⁸⁸. Pour elle, l'intention trouve son siège dans l'action, c'est pourquoi sa démarche s'intègre dans la philosophie de l'action, bien que se penchant spécifiquement sur les intentions.

Pour mieux comprendre en quoi le droit aurait adopté une démarche similaire à celle mise en avant par Anscombe, nous allons procéder à une comparaison entre la description théorique que donne l'autrice, et l'approche telle qu'adoptée par les magistrats, notamment par les juges avec qui nous avons pu nous entretenir.

Pour rappel, Anscombe considère que les intentions se lovent dans les actions qui sont menées, et qu'il est inutile d'aller rechercher l'intention dans la tête de

d'une rapprochement », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 27 (2014), p. 7-19. Il est à noter que ce mouvement ne touche que le droit en lien avec les sciences sociales et non l'inverse. En effet, les sciences sociales se saisissent du droit comme d'un objet d'étude. Sur ce dernier point, voir notamment l'étude de Jacques COMMAILLE, *À quoi nous sert le droit ?*, Paris, Gallimard, 2015 ; voir également un article qui montre cet exemple, de Baudouin DUPRET, « Droit et sciences sociales. Pour une respécification praxéologique », *Droit et société*, 2 (2010), p. 315-335.

⁴⁸⁷ Pour un exemple synthétique et concret, voir notamment l'article de Peter GABRIEL, « *Critical Legal Studies* et la pratique juridique : la conception de la culture juridique et de la pratique du droit comme interventions culturelles », *Droit et Société*, 37 (1997), p. 379-400.

⁴⁸⁸ Sont intentionnelles les actions qui peuvent répondre à un « pourquoi », sans préciser que sont intentionnelles les actions qui sont précédées d'une formalisation mentale de l'objet de l'acte. Sur ce dernier point, voir Gertrude Elizabeth Margaret ANSCOMBE, *L'intention*, *op. cit.*, p. 45-48.

l'agent⁴⁸⁹. Elle s'éloigne donc des approches psychologiques qui mettent les intentions uniquement dans l'esprit des personnes qui agissent⁴⁹⁰. En raisonnant de cette manière, elle nous explique que les intentions se cachent dans les descriptions des actions qui sont faites, qu'il est donc possible de matérialiser les intentions par l'œuvre de descriptions concrètes des faits⁴⁹¹. Nous postulons que le droit, dans sa dimension pratique, fonctionne de la même manière.

En reprenant l'exemple de l'homme en train d'actionner une pompe qui fournit de l'eau à une citerne, laquelle alimente une maison⁴⁹², nous avons pu constater qu'une myriade de descriptions pouvait être valable. Nous pouvions dire qu'il était en train d'actionner un levier, qu'il était en train de faire bouger ses muscles, qu'il remplissait une citerne ou encore qu'il alimentait en eau une maison. Alors que la philosophie analytique ne fait pas de tri dans ces informations, parce qu'elle n'a pas besoin de sélectionner entre ces différentes acceptions de l'action, le droit, lui, pourrait fonctionner exactement de la même manière, mais en ne prenant en considération que la phrase selon laquelle il était en train de remplir une citerne avec de l'eau empoisonnée : alors que la philosophie analytique se contente d'étudier le champ des possibles, le droit va à l'essentiel et regarde l'action déterminante, pour y accoler une intention qui coïncide avec l'incrimination que l'on suspecte.

En effet, les éléments qui arrivent en justice sont des descriptions factuelles de ce qu'il s'est passé. Nous avons pu le constater dans les dossiers de procédure de la Cour d'assises de Paris. En voici un exemple, tiré du réquisitoire définitif dans une affaire d'homicide :

Le 27 janvier 1974, au cours d'une scène particulièrement violente, [X] porta des coups tels que sa maîtresse en fut marquée sur tout le visage au point de ne pas oser sortir de chez elle de deux jours. Le 29 janvier 1974, la femme [Y], qui avait bu une certaine quantité de vin blanc au cours de l'après-midi, prit la décision d'abandonner son amant et de retourner vivre chez sa mère. Quand [X] rentra de son travail vers 18 h 30, elle lui notifia sa décision et lui demanda de l'accompagner jusque chez sa mère qui demeure à Montreuil, à une demi-heure de marche. [X] qui se trouvait sous

⁴⁸⁹ C'est d'ailleurs tout l'objet de son ouvrage : Gertrude Elizabeth Margaret ANSCOMBE, *L'intention*, *op. cit.*

⁴⁹⁰ Valérie AUCOUTURIER, *L'intention en action*, *op. cit.*, p. 43.

⁴⁹¹ Gertrude Elizabeth Margaret ANSCOMBE, *L'intention*, *op. cit.*, p. 81 et s.

⁴⁹² *Ibid.*, p. 83.

l'influence de la boisson refusa et comme la femme [Y] insistait, il se mit en colère et la frappa une nouvelle fois. Toutefois, vers 21 h, il finit par consentir à l'accompagner.

Comme ils allaient sortir, [X] passa autour de sa taille un gros ceinturon, « pour se défendre si l'on était attaqués au-dehors », expliqua-t-il. Mais la dame [Y] lui fit observer qu'il valait mieux s'armer d'un couteau et prenant dans le tiroir de la table un couteau de cuisine, elle le mit dans la poche de son manteau. Il s'agissait d'un couteau sans marque mesurant avec son manche en matière plastique dix-huit centimètres, la lame, triangulaire, mesurant à elle seule huit centimètres et demi. [X] retira alors son ceinturon et tous deux sortirent.

Après avoir traversé la rue Daleyrac et alors qu'ils suivaient celle-ci depuis quelques minutes, se dirigeant vers la rue Jules Ferry, [X] fut pris d'un brusque accès de colère et bouscula sa concubine qui tomba à genoux, sur le trottoir. Comme elle se relevait, [X] se dirigea sur elle et parvint à retirer de la poche du manteau de la femme [Y] le couteau. Mais la femme [Y] réussit à le désarmer, non sans se blesser à la main. Comme [X] s'approchait d'elle, la femme [Y] lui porta un violent coup de couteau à la poitrine, le frappant de bas en haut. [X] resta immobile, hébété, sans pousser le moindre cri. La femme [Y] retira alors le couteau de la plaie, le mit dans son sac et s'enfuit en courant en direction de Montreuil. [X] eut encore la force de traverser la rue Daleyrac, voulant sans doute instinctivement rentrer chez lui et s'effondra à travers une haie de troènes bordant le jardin d'un immeuble. [...]

Le cadavre de [X] a été découvert que le lendemain, 30 janvier 1974, vers 6 h par une voisine⁴⁹³.

Nous le constatons, le récit des faits est une succession de descriptions, en faisant un choix dans les éléments qui seront posés. Au moment où la femme Y porte le coup de couteau, nous pourrions faire le choix de décrire comment les muscles de sa main sont entrés en tension, pour se crispent autour du manche du couteau, avant que son bras n'opère un mouvement en avant ; le choix qui est finalement fait relève d'une certaine forme de pragmatisme, en mobilisant de manière prioritaire les éléments centraux – ou que l'on estime subjectivement centraux – du récit. Ce faisant, nous obtenons en fin de course un récit descriptif orienté pour démontrer la culpabilité ou l'innocence de la personne poursuivie. Néanmoins, il reste que ce sont bien des descriptions de faits qui font apparaître l'intention qui devait dominer.

Dans notre exemple, on comprend que la femme Y voulait porter un coup de couteau au cours d'une rixe ; ce seront ces éléments factuels qui seront mobilisés pour expliquer le passage à l'acte et pour le qualifier. Il y a donc bien une intention dans

⁴⁹³ AP, 2809 W 190 (1975).

l'action : l'intention judiciaire existe par la description des faits matériels qui concourent à la réalisation du crime, comme le démontre notre exemple.

De manière générale, le travail des magistrats repose pour beaucoup sur les descriptions qui sont faites dans les procès-verbaux et autres actes d'enquête qui ont pour objectif de faire remonter à la surface les faits de l'exaction criminelle. Les juges avec qui nous avons pu nous entretenir ont tous admis qu'ils travaillaient en se forgeant une forme de scénario interne, qui dicte les probabilités de réalisation de l'action et l'intention qui peut s'en dégager. En voici un exemple :

Après oui, une fois que vous avez un peu votre grille d'analyse en disant voilà les faits qu'on reproche avec... les éléments sur la date, sur la localisation, le nom de la victime, le type d'infraction avec ses éléments constitutifs, vous voyez s'il y a des éléments qui vous paraissent être devoir éclaircis, vous faites une commission rogatoire pour... vérifier ces éléments qui ne vous paraissent pas évidents ! La personne elle est partie faire réparer son fusil, elle vient de chez l'armurier, bon, vous demandez que l'armurier soit entendu ! Par exemple. Et si l'armurier dit « je l'ai pas vu »... ça infirme et ça laisse supposer que... donc oui, c'est en fait le point de départ, c'est faire une analyse des éléments constitutifs, la vérification des éléments constitutifs de l'infraction avant d'analyser l'intention et les ressorts psychologiques de l'acte⁴⁹⁴.

Nous voyons dans ce récit d'expérience par un magistrat d'instruction que les éléments qui sont primordiaux dans l'enquête sont des descriptions et, qu'une fois les descriptions établies, une fois que les faits sont correctement balisés, vient la question de l'intention. Cela recoupe le fonctionnement proposé par Anscombe qui d'abord décrit avec précision et exactitude l'action qui se déroule, avant de venir coller des intentions sur les faits matériels, intention qui dépend donc intimement de la description de ces mêmes faits.

D'autres professionnels de la justice fonctionnent de la même manière, à l'image des policiers et policières. Là encore, il ressort des entretiens que nous avons pu mener avec elles et eux⁴⁹⁵ que leur objectif est de construire une description parfaite, la plus logique et la plus exacte, des faits. S'ils ne peuvent pas nécessairement reconstruire les faits selon ce qu'ils ont directement pu observer – ils n'interviennent pas toujours en

⁴⁹⁴ E.M-4, entr. cit., janvier 2021.

⁴⁹⁵ E.P-1, entr. cit., février 2018 ; E.P-2, entr. cit., décembre 2020 ; E.P-3, entr. cit., janvier 2021 ; E.P-4, entr. cit., janvier 2021.

flagrance –, c'est par le biais de leur enquête, des auditions qui seront faites, des investigations menées, qu'ils en arrivent à dépeindre un tableau de l'action criminelle et des éléments qui l'entourent. Une nouvelle fois, un parallèle assez net peut être réalisé avec l'approche proposée par Anscombe : l'intention est appréhendée par ses descriptions matérielles, qui sont celles qui ressortent de l'enquête.

Par conséquent, il semblerait finalement que la démarche de la philosophie analytique soit déjà la démarche pratique et concrète du droit. Alors que la doctrine juridique ne prête que très peu – voire pas du tout – d'attention à la philosophie analytique et, plus particulièrement, à la philosophie de l'action qui nous permet de saisir les intentions, les magistrats, dans leur travail du quotidien, mettent déjà en œuvre ces enseignements, sans avoir attendu qu'ils soient formalisés par la philosophie analytique.

Section III. La crise tempérée du structuralisme

Ce point dédié au structuralisme s'inscrit, au même titre que notre arrêt sur la philosophie analytique, dans une volonté de mieux décrire le contexte idéologique de la seconde moitié du XX^e siècle dans les sciences sociales. Là encore, ce sera pour nous l'occasion de relever comment des sciences, proches du droit, se saisissent ou repoussent volontairement les questionnements en lien avec l'intention, quand le droit, lui, paraît ignorer ces mêmes interrogations.

Les origines du structuralisme sont plurielles, mais nous pouvons certainement en faire remonter la paternité au Cercle de Prague⁴⁹⁶. Plus tard, il y aura une certaine tendance à dire qu'il s'agit d'un mouvement franco-français, parce que la France est restée relativement imperméable à la philosophie du langage du Cercle de Vienne, du fait d'une longue, ancienne et puissante assise spiritualiste dans notre pays.

Les questionnements structuralistes vont toucher, plus ou moins directement, les éléments qui nourrissent le droit, sans le toucher directement. Néanmoins, il reste intéressant pour nous d'étudier ce mouvement dans la mesure où il pose des interrogations sur les sujets parlants, en se demandant, par exemple, quelle est la place de la subjectivité dans la création et la mobilisation du langage.

En effet, la révolution structuraliste impose donc des structures dans le cadre de la réflexion. Tout n'est que structure, ce que nous pourrions résumer par la considération que les éléments déterminants sont construits et répondent à une forme : la structure, justement. Cette approche se développe dans les années 1950 dans un cadre pluridisciplinaire qui convoque les sciences de la nature, la sociologie, l'anthropologie notamment, mais pas le droit qui y reste étanche⁴⁹⁷.

Dès lors, nous nous intéresserons au structuralisme en ce qu'il peut mener vers une forme de déterminisme, ce qui pourrait avoir une incidence sur la responsabilité

⁴⁹⁶ Nicolas JOURNET, « L'école de Prague ou la naissance de la linguistique structurale », dans Jean-François Dortier (dir.), *Une histoire des sciences humaines*, Paris, Éditions Sciences Humaines, 2012, p. 177-180.

⁴⁹⁷ Et ce, malgré les approches de Lévi-Strauss qui, en ayant étudié le droit, intègre parfois cette dimension dans ses études. Sur ce point, voir Frédérique MATONTI, « La politisation du structuralisme. Une crise dans la théorie », *Raisons politiques*, 2 (2005), p. 49-71. Voir également Denis BERTHOLET, *Claude Lévi-Strauss*, Paris, Plon, 2003, p. 13 et s.

pénale (§ 1) ; il nous faudra néanmoins constater que ces éléments n'apparaissent pas véritablement dans le raisonnement juridique (§ 2).

§ 1. Un locuteur sans intention linguistique opérante

Le structuralisme ressemble bien plus à un mouvement qu'à une école correctement coordonnée⁴⁹⁸. Sa naissance est difficile à dater, et ses apports sont très nombreux tant il touche des domaines variés de la connaissance scientifique⁴⁹⁹. Pour notre part, nous nous intéresserons à la tentative, menée par une poignée d'auteurs, de penser en faisant fi du sujet pensant, selon la distinction posée par Foucault :

C'est celle qui sépare une philosophie de l'expérience, du sens, du sujet, et une philosophie du savoir, de la rationalité et du concept. D'un côté, une filiation qui est celle de Sartre et de Merleau-Ponty ; et puis une autre, qui est celle de Cavailles, de Bachelard, de Koyré et de Canguilhem⁵⁰⁰.

Dès lors, les philosophes qui chercheront à s'émanciper du spiritualisme ou de l'individualisme se tourneront plus volontiers vers le structuralisme dont le socle initial, la structure, permet de déshumaniser la réflexion en l'objectivant ; ce programme marque donc la fin du sujet par une forme de décentrement de la réflexion⁵⁰¹. Le sujet est alors noyé dans la structure, qui le dépasse ; on opère un décentrement de l'humain, pour observer les éléments qui l'entourent et le milieu dans lequel il s'intègre.

Une branche du structuralisme, le structuralisme anthropologique, explique que ce qui différencie les hommes des autres, c'est leur culture ; le cadre de construction de la culture n'est pas libre et répond d'autres structures. De la même manière, la production du langage n'est pas libre, mais dépend de structures, de codes, qui ne sont pas maîtrisés par les sujets parlants, mais sont connus pour autant : comme

⁴⁹⁸ Étienne BALIBAR, « Le structuralisme : une destitution du sujet ? », *Revue de métaphysique et de morale*, 1 (2005), p. 7-8.

⁴⁹⁹ Mais nous pouvons, néanmoins, affirmer que c'est le Cercle de Prague qui apporte le mot de « structure ». Sur ce dernier point, voir Adam SCHAFF et Claire BRENDEL, « Le structuralisme en tant que courant intellectuel », *L'Homme et la société*, 25 (1972), p. 78.

⁵⁰⁰ Michel FOUCAULT, « La vie : l'expérience et la science », *Revue de métaphysique et de morale*, 1 (1985), p. 4.

⁵⁰¹ François DOSSE, *Histoire du structuralisme. I. Le champ du signe*, Paris, La Découverte, 2012, p. 442.

une forme de contrainte pour qu'il y ait un substrat de communication. On ne met pas les mots au hasard, dans tous les sens, on suit et on respecte, encore, une structure.

Néanmoins, dans le choix des mots, des verbes et des adjectifs, dans la formulation, on peut retrouver la subjectivité du sujet qui n'est donc pas totalement effacée ; c'est d'ailleurs là l'un des fondements de la psychanalyse structurale de Lacan (1901-1981). C'est également ce qu'affirme peu ou prou Benveniste (1902-1976) dans un premier temps⁵⁰², repris très vite par Catherine Kerbrat-Orecchioni⁵⁰³. Il y a donc une notion de déterminisme raisonné, un peu à l'image de ce que nous pouvons rencontrer dans le droit pénal : nous avons des actes qui sont globalement contraints, par le milieu, l'éducation, etc., donc une contrainte structurelle, et une liberté qui prend place au milieu de ces jeux de contraintes.

Les structuralistes ont donc tendance à affirmer que le fonctionnement de toute langue relève de règles dont les sujets parlants ne connaissent pas spécifiquement le système ; ils ignorent les traces historiques du dialecte et obéissent à des contraintes de structures actuelles qu'ils ne dominent pas. De fait, dans l'analyse de la structure, on ignore les intentions du sujet et les conditions concrètes de l'énonciation, puisque ce ne sont pas des caractères déterminants pour les études menées. Cela relève bien plus de la sociologie ou de la psychanalyse par exemple, bien que sociologie et psychanalyse puissent également être marquées par le structuralisme comme nous le constatons avec Lacan⁵⁰⁴.

En effet, ce dernier fait partie du mouvement structuraliste, mais replace le sujet dans la production du langage, en postulant que le signifiant mobilisé est le signe d'une traduction personnelle de la signification. Dès lors, c'est dans les actes de langage que la subjectivité peut se faire jour. C'est une démarche que l'on retrouve également chez Benveniste⁵⁰⁵, pour qui la langue est la structure, et le sujet trouve à

⁵⁰² Émile BENVENISTE, *Problèmes de linguistique générale*, tome 1, Paris, Gallimard, 1966, p. 258-266. Voir également Irène FENOGLIO, « Sur la notion de "sujet" chez Benveniste », *Linx*, 74 (2017), p. 175-188.

⁵⁰³ Catherine KERBRAT-ORECCHIONI, *L'énonciation : de la subjectivité dans le langage*, 9^e éd., Paris, Dunod, 2009, p. 79.

⁵⁰⁴ Maurice CORVEZ, « Le structuralisme de Jacques Lacan », *Revue philosophique de Louvain*, 90 (1968), p. 282-308.

⁵⁰⁵ Benveniste, *Problèmes de linguistique générale*, tome 1, *op. cit.*, p. 259 : « C'est dans et par le langage que l'homme se constitue comme *sujet* ; parce que le langage seul fonde en réalité, dans *sa* réalité qui est celle de l'être, le concept d'"ego" ».

s'épanouir en utilisant la structure ; de fait, dans la structure de la langue, nous retrouvons quelques bribes, quelques marques, de la subjectivité.

Ainsi, il y a une affirmation quasiment unanime pour dire que la définition arbitraire du signe, comme unité indissociable du signifiant et du signifié, implique notamment une conception du sens comme pur effet de structure, et une conception de la forme antérieure à tout contenu.

Il en ressort un affaiblissement de la subjectivité et de l'individu face à d'autres éléments comme, à titre principal, la structure. Bien que les auteurs ne soient pas d'accord sur la définition de ce qu'est cette fameuse structure⁵⁰⁶, nous pouvons supposer qu'elle est une contrainte de l'inconnu. Elle vient conditionner nos actions, nos paroles, et elle ne nous est pas visible. Par exemple, nous ne choisissons pas un signifiant particulier, en raison d'un rattachement plus ou moins vraisemblable avec une structure et son bagage culturel ; ces mécanismes se font dans le creux d'une absence de perception de la part du sujet parlant. Dès lors, comme l'énonce François Dosse :

Saussure offre une interprétation de la langue qui la place résolument du côté de l'abstraction pour mieux l'arracher à l'empirisme et aux considérations psychologisantes. Il fonde ainsi une discipline nouvelle, autonomisée par rapport aux autres sciences humaines : la linguistique⁵⁰⁷.

Ainsi, bien que la tendance ne soit pas uniforme, nous relevons néanmoins un mouvement qui tend vers l'effacement du sujet dans le structuralisme, quelle que soit la branche étudiée, qu'il s'agisse du structuralisme linguistique, anthropologique ou sociologique. Cet effacement du sujet au profit de la structure nous intéresse car le structuralisme, en heurtant la plupart des sciences sociales, pourrait avoir une incidence non négligeable sur le droit.

En effet, concernant l'intention, l'effacement ou le rappel de la subjectivité constituent des points de vue qui, dans tous les cas, parlent plus ou moins directement

⁵⁰⁶ Adam SCHAFF et Claire BRENDEL, « Le structuralisme en tant que courant intellectuel », art. cit., p. 75 -76.

⁵⁰⁷ François DOSSE, *Histoire du structuralisme. I. Le champ du signe*, op. cit., p. 63.

de l'intention. Les auteurs qui acceptent l'intentionnalité – dont Jakobson (1896-1982)⁵⁰⁸ et Benveniste⁵⁰⁹ qui étudient l'énonciation –, vont s'en saisir comme d'un objet d'étude de la structure. Si le sujet peut ne pas participer à la compréhension de ce qu'est la structure, il reste qu'il existe dans cet ensemble donné. À l'inverse, les autres auteurs qui éloignent la subjectivité pour se concentrer sur la structure, et affirment que les sujets n'ont pas de place dans cette analyse⁵¹⁰, justifient leur point de vue pour rejeter l'intentionnalité. De fait, en toutes hypothèses, l'intention semble présente, que ce soit pour l'accepter ou la renier.

Effectivement, en étudiant la création de la culture, le droit pourrait faire partie de cet ensemble en tant que véhicule de valeurs culturelles. L'interrogation sur le sujet fait donc sens dans ce cadre qui concevrait le droit comme un objet structurel. Pour autant, il ne nous semble pas que le structuralisme frappe avec intensité les sciences juridiques.

§ 2. *L'absence de pénétration dans le droit*

Nous l'avons dit, la doctrine reste impassible face aux avancées de la philosophie analytique. Les présupposés de cette branche philosophique ne sont pas adoptés, les auteurs et autrices ne sont pas mobilisés ; en revanche, nous l'avons constaté, la méthode, elle, existe : il s'agit de celle qui passe par des descriptions. Peut-être qu'il en va de même avec le structuralisme ?

⁵⁰⁸ Roman JAKOBSON, « Linguistics and Poetics », dans Thomas Sebeok (dir.), *Style in Language*, Massachusetts, M.I.T. Press, 1960, p. 350-449 : c'est dans cet article qu'il pose sa fameuse théorie sur le langage, qui fait la part belle au locuteur et au récepteur. En effet, il écrit que : « Language must be investigated in all the variety of its functions. Before discussing the poetic function we must define its place among the other functions of language. An outline of these functions demands a concise survey of the constitutive factors in any speech event, in any act of verbal communication. The ADDRESSER sends a MESSAGE to the ADDRESSEE. To be operative the message requires a CONTEXT referred to (the "referent" in another, somewhat ambiguous, nomenclature), the graspable by the addressee, and either verbal or capable of being verbalized; a CODE fully, or at least partially, common to the addresser and addressee (or in other words, to the encoder and decoder of the message); and, finally, a CONTACT, a physical channel and psychological connection between the addresser and the addressee, enabling both of them to enter and stay in communication » (p. 353). Nous le voyons, dans son schéma, le locuteur et le perlocuteur jouent des rôles déterminants, démontrant une acception du sujet dans la structure du langage telle qu'il la conçoit.

⁵⁰⁹ Émile BENVENISTE, *Problèmes de linguistique générale*, tome 1, *op. cit.*

⁵¹⁰ Voir notamment la fameuse citation de Claude LÉVI-STRAUSS, *L'Homme nu*, Paris, Plon, 1971, p. 614 : « Le structuralisme réintègre l'homme dans la nature et [...] permet de faire abstraction du sujet – insupportable enfant gâté qui a trop longtemps occupé la scène philosophique et empêché tout travail sérieux en réclamant une attention exclusive ».

Alors que Lacan renouvelle la psychanalyse avec une approche structurale du langage et de la perception⁵¹¹, ou que Foucault apporte de nouvelles vues sur l'analyse de l'histoire avec cette même tendance au structuralisme⁵¹², il ne nous semble pas que des auteurs se soient saisis du droit pour y appliquer les méthodes et la pensée de la structure⁵¹³.

Cela est d'autant plus étonnant que le structuralisme a frappé un grand coup dans la majorité des sciences sociales : sociologie⁵¹⁴, psychologie⁵¹⁵, sémiologie⁵¹⁶, anthropologie⁵¹⁷, philosophie⁵¹⁸, etc. Mais pas le droit... Une explication pourrait tenir en ce que le droit a tellement cultivé son autonomie, qu'il ne peut plus faire l'objet de révolutions scientifiques connexes aux sciences sociales⁵¹⁹. Il serait donc une partie des

⁵¹¹ Joël DOR, *Introduction à la lecture de Lacan*, Paris, Denoël, 1985, p. 100-110.

⁵¹² Jacques LECOMTE, « Foucault et l'histoire », dans Catherine Halpern, François Cusset et Nicolas Journet (dir.), *Pensées rebelles. Foucault, Derrida, Deleuze*, Paris, Éditions Sciences Humaines, 2013, p. 90 et s.

⁵¹³ Cette absence est notamment relevée dans l'ouvrage majeur de François Dosse, qui ne l'évoque à aucun moment. Sur ce dernier point, voir François DOSSE, *Histoire du structuralisme. I. Le champ du signe*, op. cit.

⁵¹⁴ Voir, par exemple, Bennett BERGER, « Structuralisme et volontarisme en sociologie de la culture », *Sociologie et sociétés*, 2 (1989), p. 177-194. Nous pouvons également relever la figure de Pierre Bourdieu comme sociologue structuraliste. Sur ce dernier point, Jean-Louis FABIANI, *Pierre Bourdieu. Un structuralisme héroïque*, Paris, Seuil, 2016. Voir également les propos Bruno FRÈRE, « Chapitre 1. La sociologie critique de Pierre Bourdieu, le dernier structuraliste », dans Marc Jacquemain et Bruno Frère (dir.), *Épistémologie de la sociologie*, Louvain, De Boeck, 2008, p. 29-52.

⁵¹⁵ Voir la figure de Jean Piaget, lequel a notamment publié une synthèse du structuralisme : Jean PIAGET, *Le Structuralisme*, Paris, PUF, 2016 [rééd. 1969]. Voir également le programme qu'il expose dans l'une de ses œuvres majeures, Jean PIAGET, *La naissance de l'intelligence chez l'enfant*, 9^e éd., Paris, Delachaux, 1977 p. 6 : « Cet ouvrage dont on veut bien nous demander une seconde édition, a été suivie par la *Construction du réel chez l'enfant* et devait être complété par une étude sur la genèse de l'imitation chez l'enfant. Cette dernière recherche, dont nous avons différé la publication, car elle s'est liée de près à l'analyse du jeu et des sources du symbole représentatif, a paru en 1945, insérée en un troisième ouvrage *La formation du symbole chez l'enfant*. Ces trois ouvrages forment donc ensemble un seul tout, consacré aux débuts de l'intelligence, c'est-à-dire aux diverses manifestations de l'intelligence sensori-motrice et aux formes les plus élémentaires de la représentation ». Nous relevons, effectivement, des éléments chers aux théories structuralistes, dont la symbolique et la représentation.

⁵¹⁶ Sur le personnage de Roland Barthes vu comme sémiologue structuraliste, voir notamment Jonathan CULLER, *Roland Barthes*, Vincennes, Presses universitaires de Vincennes, 2015, p. 91-104. Voir également Roland BARTHES, *Essais critiques*, Paris, Seuil, 1964, p. 155 : il se trouve « engagé dans une série d'analyses structurales, qui visent toutes à définir un certain nombre de "langages" extralinguistiques ».

⁵¹⁷ Sur la figure de Claude Lévi-Strauss en tant qu'anthropologue structuraliste, voir notamment Jean-Claude FILLOUX, « Guy Palmade : à propos du structuralisme de Lévi-Strauss », *Nouvelle revue de psychosociologie*, 1 (2008), p. 31-29. Également, Patrick JUIGNET, « La méthode structurale de Claude Lévi-Strauss » [[en ligne](https://philosciences.com/philosophie-et-societe/93-la-methode-structurale-de-claude-levi-strauss)], *Philosophie, science et société*, publié le 26 avril 2015 [consulté le 27 octobre 2020], URL : <https://philosciences.com/philosophie-et-societe/93-la-methode-structurale-de-claude-levi-strauss>. Voir également le titre énonciateur du recueil des œuvres de l'auteur : Claude LÉVI-STRAUSS, *Anthropologie structurale*, Paris, Plon, 1996 [rééd. 1958].

⁵¹⁸ Sur le structuralisme politiquement à gauche d'Althusser, voir Frédérique MATONTI, « Marx entre communisme et structuralisme », *Actuel Marx*, 1 (2009), p. 120-127.

⁵¹⁹ Guillaume CALAFAT, Arnaud FOSSIER et Pierre THÉVENIN, « Droit et sciences sociales : les espaces d'un rapprochement », art. cit., p. 7-8. Voir également Baudouin DUPRET, *Droit et sciences sociales* [[en ligne](#)], op. cit., p. 1 ; il pose ici le constat que les juristes sont méfiants face aux sciences sociales et sont

sciences sociales, sans être une partie des sciences sociales ; il constituerait un groupe, unique, dans la branche des sciences sociales.

Ce faisant, les auteurs ne s'y frottent pas et orientent majoritairement leurs propos sur les autres disciplines. Pourtant, nous voyons des points de rencontre latents entre le droit et d'autres champs disciplinaires. Par exemple, lorsque le structuralisme se préoccupe de l'anthropologie, il nous semble délicat de ne pas aborder, au moins à titre annexe le droit, qui fait partie des éléments étudiés par les anthropologues⁵²⁰. Il en va de même pour les études de sociologie juridique⁵²¹.

L'étonnement peut être d'autant plus grand que le structuralisme se développe dans un moment où quelques juristes ont une approche sociale du droit ; nous pensons tout particulièrement à Henri Lévy-Bruhl⁵²², ou encore à Jean Carbonnier (1908-2003) qui publiera son fameux ouvrage de sociologie juridique⁵²³.

Faire le récit du structuralisme dans le droit, c'est donc procéder au récit d'une absence. Une absence d'intérêt, sans doute, une absence d'interrogations sur les fondements du droit et, peut-être, le refus de voir et de concevoir le droit autrement que par ses pendants positivistes, au détriment d'une vision structuraliste⁵²⁴.

Plus avant, les interrogations sémiologiques ne viseront pas la codification, qui reste pourtant une œuvre écrite majeure dans la mesure où ce sont ces codes qui règlementent la vie quotidienne. Il peut donc être étonnant que la sémiotique ne s'attache pas véritablement à l'étude de la formation de ce corpus législatif, au même titre qu'il peut être surprenant qu'aucun juriste n'ait tenté d'approche mêlant structuralisme du langage et sémiotique avec le droit.

réticents à s'y inscrire. D'un autre côté, il nous explique également que les sciences sociales ont trop souvent tendance à approcher le droit dans une perspective critique, ce qu'il faudrait modifier.

⁵²⁰ Baudouin DUPRET, *Droit et sciences sociales* [en ligne], *op. cit.*, p. 13 et s.

⁵²¹ Que l'angle d'attaque soit celui de la sociologie regardant le droit, ou le droit se rapprochant de la sociologie.

⁵²² Voir notamment Mathieu SOULA, « Au-delà de l'histoire du droit. Retour sur la trajectoire d'un entrepreneur scientifique, Henri Lévy-Bruhl (1884-1964) » [en ligne], *Clio@Themis*, 9 (2015), URL : <https://publications-prairial.fr/cliiothemis/index.php?id=1570#quotation>.

⁵²³ Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2016 [rééd. 1968] ; voir également Jean CARBONNIER, « La sociologie juridique et son emploi en législation : communication à l'académie des sciences morales et politiques », *L'Année sociologique*, 2 (2007), p. 393-401.

⁵²⁴ Alors même que le structuralisme apparaît comme un phénomène français. Sur ce dernier point, voir notamment Étienne BALIBAR, « Le structuralisme : une destitution du sujet ? », art. cit., p. 11 et s.

Concernant notre intention, elle reste donc intacte. Alors qu'elle semble, une nouvelle fois, remise en cause par un nouveau courant de pensée, le structuralisme⁵²⁵, rien ne bouge sur les lignes du juridique : l'intention demeure, le sujet demeure, le subjectivisme reste en place, et la responsabilité morale n'est pas remise en cause⁵²⁶. Pourtant, il y aura bien quelques tentatives de penseurs post-structuralistes de faire bouger les lignes, à l'image d'un Paul Ricœur (1913-2005) qui milite pour une modification de la perception de la responsabilité⁵²⁷. Ce sera lettre morte et le système de responsabilité pénale demeure inchangé.

Il y a donc un hiatus entre des auteurs qui se préoccupent des normes⁵²⁸, mais ne visent pas les normes juridiques ; ce hiatus continue et touche l'intention puisque dans le système structuraliste, les intentions n'ont plus le même poids ni la même portée : elles sont amoindries, puisqu'on apprend à raisonner sans le sujet. Or, le droit persévère en lui offrant une place de choix, encore plus en droit pénal, alors même que les textes vagues et imprécis sur l'intention auraient pu être relus avec ces enseignements structuralistes.

Par conséquent, nous pouvons effectivement avancer l'idée selon laquelle le structuralisme n'aura qu'un impact modéré sur le droit. Il est modéré mais pas inexistant puisque certains auteurs, qui sont des représentants du structuralisme, seront étudiés et repris, nous pensons tout particulièrement ici à Derrida⁵²⁹ ou encore Foucault⁵³⁰. Néanmoins, ces analyses restent très théoriques et font montre d'une absence d'incidence sur le système en place⁵³¹. Le structuralisme qui prend vie et qui meurt dans la seconde moitié du XX^e siècle, ne laissera donc pas de traces remarquables sur les sciences juridiques.

⁵²⁵ Elle est déclassée lorsque les auteurs considèrent que la structure a plus d'incidence que les individualités ; le sujet évolue au milieu de structures signifiantes, sans nécessairement les comprendre.

⁵²⁶ Nous avons pu le constater avec le mouvement de la défense sociale nouvelle, qui s'épanouit au même moment que le structuralisme français.

⁵²⁷ Paul RICŒUR, *Le juste*, op. cit., p. 57-69 : il relève un phénomène contemporain de déresponsabilisation de l'auteur pour regarder plus encore la victime de l'atteinte.

⁵²⁸ Nous notons ici une série de colloques et d'ouvrages sur des structuralistes et leur rapport à la norme. Voir notamment Emeric NICOLAS, Jacqueline GUITTARD et Cyril SINTEZ (dir.), *Barthes face à la norme*, Paris, Mare & Martin, 2019 ; Emeric NICOLAS, Jacqueline GUITTARD et Cyril SINTEZ (dir.), *Foucault face à la norme*, Paris, Mare & Martin, 2020.

⁵²⁹ Voir notamment Pierre-Yves QUIVIGER, « Derrida : de la philosophie au droit », *Cités*, 2 (2007), p. 41 -52.

⁵³⁰ Malgré l'anti-juridisme de l'auteur, il reste étudié par certains juristes, notamment en droit pénal avec son fameux ouvrage *Surveiller et punir* (Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975). Sur ce point, voir notamment Bertrand MAZABRAUD, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, 2 (2010), p. 127-189.

⁵³¹ La meilleure preuve reste le fait que les textes demeurent inchangés dans leur principe.

Pour autant, il était nécessaire de se pencher sur ces études en ce sens qu'elles apportent un renouveau de la pensée dans nombre de disciplines, autres que le droit. Il est alors remarquable de constater que le système intentionnel demeure inébranlable quand, au même moment, les intentions sont amoindries par la pensée structuraliste. Le croisement du structuralisme avec le droit pénal pourrait être intéressant en ce qu'il aurait pu offrir un nouveau regard sur la responsabilité pénale. En prenant un meilleur recul et en appliquant les apports d'une réflexion fondée sur la notion de structure, peut-être que la responsabilité subjective aurait pu être nuancée, sans être totalement niée. En effet, positionner le regard sur les éléments structurels de la responsabilité permettrait de sortir d'une approche radicalement subjectiviste et, peut-être, d'amorcer une prise en compte d'une responsabilité plus objective ou collectivisée, à l'image de ce que nous pouvons rencontrer dans d'autres branches du droit.

Conclusion du chapitre

En conclusion, nous avons pu relever comment différents mouvements viennent conforter plus ou moins directement l'intention dans sa construction. L'influence peut être vue comme directe lorsque la critique portée par le mouvement français de la défense sociale nouvelle ne souhaite pas totalement s'en détacher, contrairement aux impulsions plus radicales véhiculées par Gramatica de l'autre côté des Alpes.

Également, la période qui débute à l'issue de la Seconde Guerre mondiale est propice au fleurissement de nouvelles manières de penser ; nous visons tout particulièrement le *linguistic turn* ainsi que le structuralisme. La philosophie du langage, bien loin de rejeter les intentions, y consacre toute une branche : la philosophie de l'action. Seulement, il n'est plus question d'accepter les intentions comme des éléments immatériels, mais de les rendre visibles par des descriptions qui sont palpables dans le monde sensible. C'est donc par un jeu de mots, de descriptions matérielles, que les intentions peuvent désormais être appréhendées.

Cette approche est différente de celle portée par le structuralisme qui, par le biais d'un décentrement de la subjectivité pour se consacrer à la notion de structure, aurait tendance à volontairement écarter le sujet en tant qu'objet premier de la pensée. Dès lors, l'intention est reléguée au second plan, ce qui en ferait une doctrine qui viendrait contester les élans subjectivistes renforcés que connaît notre droit pénal.

Ces différentes théories ont des degrés d'acceptation variables. Alors que la défense sociale nouvelle permet des avancées législatives certaines, ni la philosophie analytique ni le structuralisme ne semblent réussir à imprégner le droit. Ce constat est d'autant plus étonnant que ces deux branches avaient des velléités globalisantes : la philosophie analytique se proposait de résoudre les problèmes philosophiques et de proposer des approches scientifiques sur des notions complexes, dont l'intention, ce qui aurait pu intéresser le droit ; le structuralisme, quant à lui, a heurté toutes les sciences humaines et sociales, à l'exception magistrale... du droit.

Ce faisant, le droit reste éloigné de ces théories et continue dans sa lancée, en ignorant de manière plus ou moins flagrante le contexte dans lequel il se situe, tant et si bien que ni la philosophie analytique ni le structuralisme – pourtant français – n’arriveront à percer l’armure que les juristes ont su constituer autour de leurs études juridiques qui doivent, justement, demeurer l’apanage des juristes.

Le bilan nous permet de dresser un tableau, une nouvelle fois, très largement favorable à l’intention. Le mouvement de la défense sociale nouvelle ne conteste pas frontalement le libre arbitre et le système intentionnel ; la philosophie analytique cherche à objectiver l’intention, dans une démarche qui semble déjà exister dans l’appréhension des faits par les magistrats ; le structuralisme, qui noie le sujet dans la structure qui le dépasse, ne trouve pas d’oreille attentive chez les juristes. Ainsi, où que nous regardions, l’intention est présente, qu’elle soit acceptée ou contestée. Finalement, il n’y a guère que dans le droit qu’elle fait peu l’objet de développements. La notion est certainement trop juridique pour être définie par les autres sciences, et certainement trop *a*-juridique pour être définie par le droit lui-même. Dans tous les cas, il reste que cette notion est effectivement prise en considération dans les critiques formulées dans cette seconde moitié de XX^e siècle. Il ne lui manque plus qu’une seule assise : textuelle.

Chapitre 8. L'intention finalement sacralisée dans le *Code pénal* de 1994

Après des moments de doutes, après des critiques et des tentatives pour renverser et renouveler le système pénal, l'intention sort finalement victorieuse de ces débats. Qu'elle ait été la cible première des attaques, ou une forme de victime collatérale, il reste qu'elle tient bon la barre et continue de s'imposer en jurisprudence comme en doctrine. C'est donc sans étonnement, au regard du contexte présenté avant, que nous la retrouvons dans le *Code pénal* de 1994.

Après quelques essais pour réformer le droit pénal, c'est finalement le texte adopté en 1992, et entré en vigueur en 1994, qui vient moderniser le droit criminel avec un nouveau *Code pénal*. Ce nouvel opus de la législation sera l'occasion pour le législateur de revenir sur certains points, pour les préciser. C'est notamment le cas de l'infraction qui est désormais définie avec un élément matériel et un élément moral. Finalement il semblerait que le texte de 1994 ne fasse que reprendre les acquis de la jurisprudence, qui étaient déjà discutés en doctrine malgré l'absence d'assise textuelle parfaite pour justifier un tel travail ou de telles affirmations (**Section I**).

En parallèle, sur notre période d'étude, le corps de la magistrature aura encore évolué, spécifiquement en matière de représentation des femmes à ces fonctions. Puisque les magistrats sont la cheville ouvrière de la création et du maintien de l'intention en tant qu'élément nécessaire pour les crimes et les délits, avant même que ces éléments ne soient posés par la législation de 1994, il est donc particulièrement important que nous nous intéressions à ce corps pour essayer de dégager, éventuellement, un profil type qui permette de comprendre les décisions qui seront rendues. En effet, à défaut d'avoir une définition de l'intention, nous supposons que les magistrats disposent ici d'une marge de manœuvre, dans laquelle pourra s'exprimer leur *intime conviction*, puisqu'il n'y a pas de barrière législative sur la manière dont ils doivent concevoir et appréhender l'élément intentionnel des infractions (**Section II**).

Enfin, il est à noter que le droit criminel semble replié sur lui-même, dans la continuité de ce que nous évoquions à propos de la philosophie analytique ou du structuralisme. Alors que ces deux grands mouvements ont su innover les sciences sociales, le droit en est resté assez éloigné et n'a pas pris en considération leurs enseignements. Selon nous, il continue dans cette lignée, malgré l'adoption d'un nouveau *Code pénal* en 1994. De fait, ni le mouvement du réalisme juridique ni l'objectivation progressive de la responsabilité ne semblent le faire bouger de sa ligne directrice qui continue de concevoir le droit pénal et la responsabilité pénale comme fondés sur une faute morale personnelle, sans s'interroger sur les autres origines du crime ou la production de la norme jurisprudentielle (**Section III**).

Cet ensemble de faits nous propulse alors dans un système qui reconnaît, finalement, les intentions en matière délictuelle et criminelle, mais continue de ne pas définir précisément la notion. De surcroît, en faisant fi des interrogations sur la production jurisprudentielle, le droit ignore les biais qui peuvent exister dans la création de ce droit vivant, biais qui peuvent être renforcés par le jeu d'une intention toujours aussi variable et évanescence.

Section I. Une législation dans la continuité de la pratique judiciaire

Point final d'une recherche textuelle de l'intention, le nouveau *Code pénal* de 1994 vient consacrer l'élément intellectuel en tant que notion constitutive des infractions délictuelles et criminelles. Alors que le droit pénal vivait dans une forme de négation du principe de la légalité criminelle et de l'interprétation stricte, ces critiques sont désormais effacées, formellement, par le nouveau code.

En effet, le nouveau *Code pénal* prévoit désormais matériellement la définition de l'infraction, ce qui lui faisait défaut jusqu'à présent. Dans cette définition de l'infraction, il vient poser deux éléments nécessaires : un élément matériel et un élément moral. De fait, l'intention est donc présente textuellement dans les textes de droit criminel (§ 1).

Néanmoins, il ne faudrait pas se réjouir trop vite et imaginer que le texte vient également poser une définition de l'intention en son sein. Alors que l'article 121-3 du *Code pénal* impose la nécessaire recherche d'une intention délictuelle ou criminelle, il n'y a pas de véritable définition de ce qu'est, justement, l'intention. Il faut donc continuer de s'en référer au *bon sens commun* pour comprendre la notion et lui donner corps (§ 2).

Cet ensemble de faits nous pousse à déclarer qu'il s'agit d'une textualisation sans révolution de l'intention. La véritable révolution aurait été d'expliquer concrètement ce qu'est l'intention criminelle, sans se fonder sur des indices épars et le bon sens déployé par les magistrats. Cela aurait pu, par exemple, passer par la reconnaissance des mobiles comme indiquant une intention spécifique qui permettrait de saisir l'infraction, mais ce n'est toujours pas le cas dans le système français. Ainsi, loin d'être une révolution législative, la textualisation de l'intention semble se borner à la reconnaissance du travail opéré par les juges jusqu'ici, et donc de poser l'obligation d'une intention, sans en donner les contours précis (§ 3).

§ 1. L'entrée en fanfare de l'intention dans le nouveau Code pénal

Alors que le *Code pénal* de 1810 débutait sur les chapeaux de roues, sans poser véritablement d'éléments introductifs et généraux, le *Code pénal* de 1994 s'ouvre sur un « Livre Premier – Dispositions générales », qui lui permet de poser les éléments importants du droit pénal – champs d'application dans l'espace et le temps, propos sur la responsabilité, etc. Et c'est justement dans ce premier livre du *Code pénal* que nous trouvons la première mention de l'intention comme caractère et critère nécessaire des crimes et délits, à l'article 121-3. C'est désormais officiel et textuel, les infractions délictuelles et criminelles comportent nécessairement, par principe, une composante intellectuelle, sans qu'il soit besoin de recourir à des interprétations extensives des incriminations (A).

Par ailleurs, c'est tout le *Code pénal* qui est désormais bercé d'intentionnalité, avec des références toujours plus nombreuses à l'intention. Alors que le *Code pénal* de 1810 semblait plus avare que le Code de 1791 en termes qui peuvent renvoyer à l'intention, nous notons un regain d'activité du champ lexical de l'intention et ses avatars dans le code de 1994. Cette donnée, couplée à l'article 121-3, nous réaffirme l'importance de l'intention comme élément constitutif des infractions, et nous rappelle que nous sommes dans un schéma de responsabilité individuelle fondée sur une faute morale (B).

A. L'article 121-3 : porte d'entrée de l'intention

Le *Code pénal* de 1810 débutait avec des dispositions préliminaires réduites à leur portion congrue ; en effet, il n'y avait alors que cinq articles introductifs. Pour l'essentiel, il s'agissait de distinguer les trois catégories d'infractions, de poser la tentative, et de rappeler le principe de la légalité en exposant des propos sur la rétroactivité de la loi⁵³². Il n'y avait pas d'autres précisions à ce stade du Code et, pour obtenir des informations sur le régime de responsabilité, nous devons déployer une lecture *a contrario* des dispositions du Livre II « Des personnes punissables, excusables ou responsables pour crimes ou pour délits »⁵³³. À défaut de connaître précisément le

⁵³² *Code pénal* de 1810, art. 1-5.

⁵³³ *Code pénal* de 1810, art. 59-74.

régime de responsabilité, au moins savions-nous quand cette dernière pouvait faire défaut⁵³⁴.

Concernant l'intention, il n'y avait pas de disposition générale pour l'imposer à l'ensemble des crimes et des délits. Certes, le Conseiller Faure expliquera lors des débats que l'intention est admise partout⁵³⁵ ; il reste que nous n'en avons pas de trace législative parfaite à partir de laquelle nous pourrions nous accrocher pour déduire que l'intention était une partie intégrante des infractions. C'est donc la jurisprudence qui, lentement, fera glisser l'appréciation que nous pouvons avoir de certains termes du code, pour finalement imposer l'intention à l'ensemble des délits et des crimes⁵³⁶. Cette création est donc paratextuelle et ne nous paraît pas répondre au principe de la légalité criminelle.

Désormais, depuis le *Code pénal* de 1994, nous avons un article qui pose cet élément de manière univoque, l'article 121-3 : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre ». La loi est donc on ne peut plus limpide sur le point de savoir s'il faut qu'une intention soit recherchée pour punir valablement la personne que l'on incrimine.

De fait, ce qui ressort de la formulation de cet article, c'est non seulement le besoin d'une intention pour retenir l'incrimination mais, plus encore, c'est une forme de définition de ce qu'est l'infraction. Alors que l'infraction restait sans précisions sur son contenu, comme ont pu le relever certains auteurs⁵³⁷, c'est désormais chose faite⁵³⁸. Tandis que l'article 121-3 constitue la porte d'entrée de l'intention dans l'infraction, il pose également ce début de définition de l'infraction que nous évoquions. De manière

⁵³⁴ En effet, la connaissance des hypothèses d'exclusion de la responsabilité nous offre la connaissance des cas pour lesquels la responsabilité est entière ; il n'y a pas de définition positive des situations pour lesquelles la responsabilité peut être retenue, ni comment elle est retenue. Nous déplorons ce manque de précision du *Code pénal* de 1810 plus avant dans ce travail – Chapitre 2, Section II, § 2 « Un Code lacunaire ? »

⁵³⁵ Jean-Guillaume LOCRÉ DE ROISSY (dir.), *La législation civile, commerciale et criminelle de France*, tome 29, *op. cit.*, p. 264 et 277.

⁵³⁶ Nous avons posé l'hypothèse selon laquelle, en s'arrimant aux indices intentionnels laissés dans le code, les magistrats ont pu faire dévier la responsabilité vers la responsabilité morale, nécessitant l'expression d'une intention mauvaise. Le code de 1810 laissait les deux lectures en suspens, que nous regardions le matérialisme ou le spiritualisme.

⁵³⁷ C'est notamment le cas de Jacques-Henri ROBERT, « L'histoire des éléments de l'infraction », *art. cit.*, p. 269-285.

⁵³⁸ Sur ce point, voir notamment le travail réalisé par Claire BALLOT SQUIRAWSKI, *Les éléments constitutifs, essai sur les composantes de l'infraction*, thèse dactyl., droit, Paris, 2017, p. 247-294 sur l'élément matériel et p. 371-431 sur l'élément moral.

générale, ce sont les articles contenus dans le Titre Deuxième, « De la responsabilité pénale », qui viennent donner corps à la notion d'infraction à partir de 1994.

Le Chapitre Premier, qui pose des dispositions générales dans une mise en abyme, rappelle la place de la responsabilité fondée sur une faute personnelle. En effet, son article 121-1 dispose que l'on est « responsable pénalement que de son propre fait »⁵³⁹ ; l'article suivant rappelle le principe de la responsabilité des personnes morales⁵⁴⁰. Plus intéressant pour nous, l'article 121-4 expose l'élément matériel des infractions, combiné avec l'article 121-1. L'article 121-4 dispose que « Est auteur de l'infraction la personne qui : 1. Commet les faits incriminés ; 2. Tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit ». Nous avons donc, effectivement, les deux éléments devenus classiques qui composent une infraction : l'élément moral est donné par l'article 121-3 ; l'élément matériel est contenu dans la lecture couplée des articles 121-1 et 121-4 du *Code pénal*.

Ce code vient donc mettre de l'ordre là où nous pointions les plus grosses lacunes de son prédécesseur. Alors que l'infraction n'était pas définie, et qu'il n'y avait pas de position textuelle tranchée sur l'intention, le *Code pénal* de 1994 intervient sur ces points et impose une nouvelle lecture qui, cette fois, sera bien plus en accord avec le principe de la légalité⁵⁴¹.

Pourtant, nous ne pourrions pas dire que les penseurs et les magistrats avant le Code de 1994 étaient dans un système qui violait délibérément le principe de la légalité⁵⁴². Comme nous avons eu l'occasion de le relever, l'intention était un élément qui découlait assez naturellement de la responsabilité morale fondée sur la faute personnelle. Il n'était donc pas besoin de s'appesantir sur ce sujet ou d'y consacrer des études fouillées⁵⁴³. De la même manière, le *Code pénal* de 1810 laissait béante la porte des questionnements sur la responsabilité à faire valoir, dans un moment où plusieurs

⁵³⁹ *Code pénal* de 1994, art. 121-1.

⁵⁴⁰ *Code pénal* de 1994, art. 121-2.

⁵⁴¹ En effet, dans les textes précédents l'infraction n'était pas définie, et l'élément moral n'était pas précisé ; l'élément matériel, quant à lui, se déduisait de chaque infraction contenue dans le Code.

⁵⁴² En apparence, cependant, le fait de ne pas avoir de disposition générale sur l'intention et, pourtant, de l'imposer pour les crimes et les délits peut sembler à première vue comme constituant une entorse au principe de la légalité et de l'interprétation stricte des textes. Néanmoins, la lecture naturaliste de l'intention comme élément *naturel* de l'infraction fait obstacle à la prise de conscience, par les auteurs et les magistrats, de ces limites.

⁵⁴³ Pour rappel, les ouvrages que nous avons pu consulter sont relativement succincts sur l'élément moral ou intentionnel de l'infraction.

doctrines se combattaient encore. Nous avons postulé qu'il laissait le soin à l'avenir, aux magistrats et éventuellement à la doctrine, de venir préciser ce point. C'est ce qu'ils semblent avoir fait, dans un sens qui laisse la place à l'intention, ce même sens qui sera textuellement consacré en 1994⁵⁴⁴.

En matière d'intention, ce Code ne se contente pas d'affirmer qu'il y a un élément moral pour les crimes et les délits. Il affirme également que :

Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui.

Il n'y a point de contravention en cas de force majeure.⁵⁴⁵

Il pose donc des degrés d'intentionnalité, que les magistrats devront donc mesurer. Cela passe par l'idée selon laquelle l'intention ne peut être présente que dans les actions positives, par principe⁵⁴⁶. Seulement, le droit pénal cherche également à punir les omissions fautives ou les actions qui peuvent être volontaires, mais dont les conséquences ne sont pas intentionnelles⁵⁴⁷ – nous avons donc, encore, une distinction en creux de l'intention et de la volonté. C'est ici que sont posées l'imprudence, la négligence et la mise en danger délibérée. On note une forme de gradation dans l'intentionnalité, avec une augmentation *crescendo* de cette dernière : alors que l'imprudence désigne une action faite presque par bêtise, la négligence, elle, vient colorer l'action d'une valeur péjorative. À l'extrême, nous trouvons la mise en danger délibérée, qui marque une certaine volonté d'agir de la sorte, sans se prévaloir des résultats potentiellement dangereux de notre comportement⁵⁴⁸.

Enfin, nous apprenons que les contraventions peuvent être intentionnelles ou non, cela importe peu ; ce qui compte, en revanche, c'est que la contravention ne peut être retenue en cas de force majeure. Il semblerait donc que la contravention soit exclue des débats sur l'intentionnalité, pour se déporter sur la preuve, ou non, d'un cas de

⁵⁴⁴ Grâce aux dispositions préliminaires et générales du *Code pénal* de 1994, la situation de l'infraction est désormais fixée, et nous savons pertinemment les hypothèses qui ouvrent droit à l'engagement de la responsabilité.

⁵⁴⁵ *Code pénal* de 1994, art. 121-3.

⁵⁴⁶ Seule l'action volontaire est, par principe, intentionnelle. Sur ce point, voir notamment Jean PRADEL, *Droit pénal général*, 19^e éd., *op. cit.*, p. 418-419.

⁵⁴⁷ Voir notamment Jean PRADEL, *Droit pénal général*, 19^e éd., *op. cit.*, p. 426-427 ; Xavier PIN, *Droit pénal général*, 13^e éd., *op. cit.*, p. 218-220.

⁵⁴⁸ Certains auteurs considèrent, néanmoins, que l'imprudence et la négligence sont identiques. Sur ce point, voir Jean PRADEL, *Droit pénal général*, 19^e éd., *op. cit.*, p. 433.

force majeure. De fait, seuls les crimes et les délits font l'objet d'une appréhension de leur intentionnalité.

Il en découle que l'article 121-3 constitue bien la porte d'entrée de l'intention dans le *Code pénal* de 1994. Plus encore, cet article, combiné avec les autres des « Dispositions générales » du Chapitre Premier sur la responsabilité, forment finalement le bloc définitionnel de ce qu'est une infraction pénale. Certes, nous pourrions déplorer qu'aucun article ou aucune section dudit code ne vienne poser nettement ce que sont les infractions. Néanmoins, nous en comprenons le contenu en allant rechercher les éléments qui rendent responsables, ce qui constitue une avancée de taille par rapport aux textes précédents. En outre, nous aurions pu, logiquement, nous attendre à ce que le vocabulaire intentionnel soit presque absent de la nouvelle législation ; il n'y avait plus besoin de semer des indices textuels de l'intention puisque l'article 121-3 intervient pour poser cela comme principe. Il n'en est rien, c'est ce que nous allons désormais nous attacher à étudier.

B. Des références nombreuses à l'intentionnalité

Les codes précédents, et particulièrement le *Code pénal* de 1810, voyaient leur système de responsabilité éparpillé en leur sein. Si nous souhaitions connaître le mode de responsabilité et la composition des infractions, nous devions jouer à un jeu de piste pour aller détecter la présence de l'intention et d'un élément matériel pour telle ou telle autre infraction, avant que la pratique ne finisse par considérer que l'intention était valable pour l'ensemble des crimes et des délits. Il y avait donc une certaine logique à ce que ces textes posent des bribes d'intention dans des articles épars.

Puisque le code de 1994 pose pour principe qu'il n'y a pas de crime ou de délit sans intention de le commettre⁵⁴⁹, nous pourrions alors considérer qu'il est superflu de rappeler cela dans le corps même des incriminations. Ce ne sera pourtant pas ce qui sera exprimé, et des références à l'intention continuent d'être semées dans les textes. Pour rappel, nous recherchons une suite ciblée de termes qui font référence à

⁵⁴⁹ *Code pénal* de 1994, art. 121-3.

l'intention⁵⁵⁰. Voici un comparatif des termes, triés selon leur importance, entre le code de 1810 et celui de 1994 :

Nuages de mots représentant le champ lexical intentionnel mobilisé par les codes de 1810 et 1994⁵⁵¹



Nous remarquons que, dans les deux ensembles, le mot volontairement reste le plus communément employé⁵⁵². Nous voyons également que le Code de 1994 offre une diversité plus marquée des termes relatifs à l'intention. Alors que le Code de 1810 se contente de 8 occurrences, le Code de 1994 adopte un panel mieux achalandé, avec 10 variations autour du mot « intention ». De manière très directe, quand le Code de 1810 ne recourrait jamais directement au vocable intention, ce dernier fait désormais son entrée dans la législation à partir de 1994.

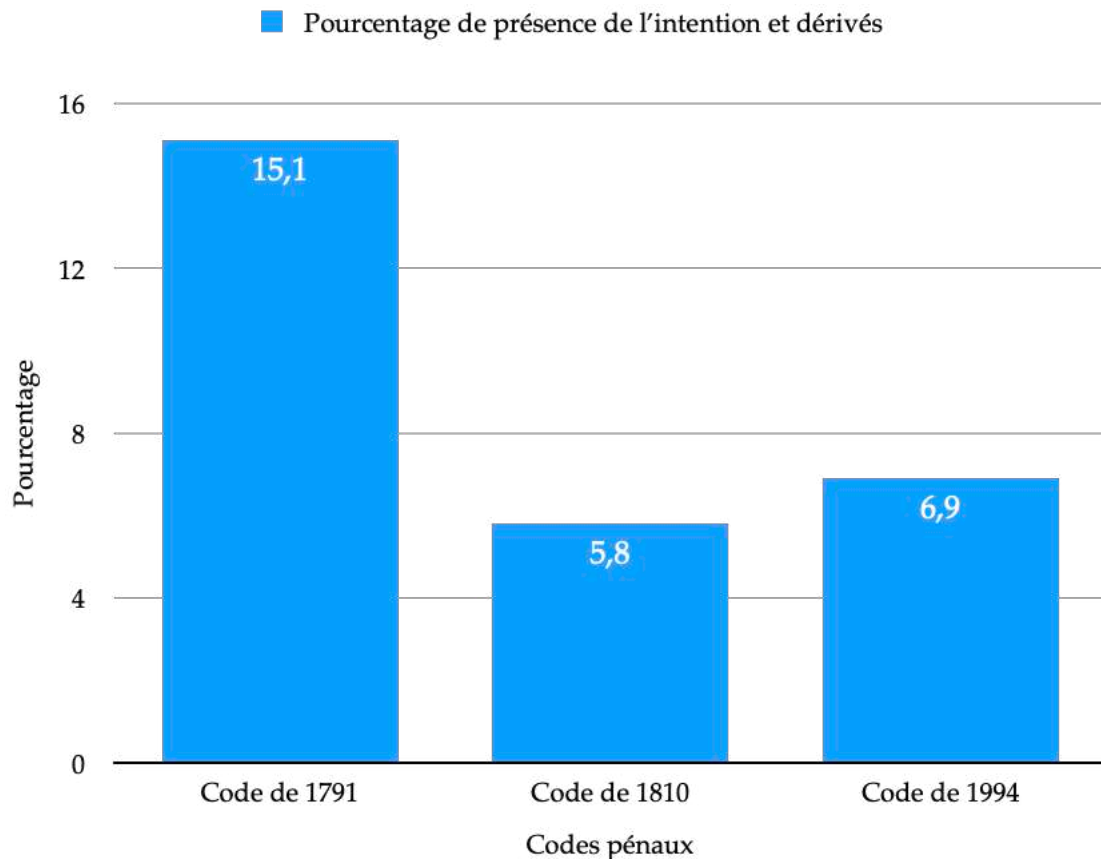
Globalement, sur 649 articles, le *Code pénal* de 1994 fait mention de l'intention et ses avatars à 45 reprises, ce qui nous offre un taux de 6,93 % de présence de l'intention. Certes, cela demeure objectivement faible, mais peut être totalement justifié parce que l'article 121-3 impose de manière générale l'intention pour les crimes et les délits, ce qui n'était pas le cas du *Code pénal* de 1810 ; du reste, pour ce dernier, le taux était plus faible et s'établissait à 5,8 % – 28 mentions de l'intention et dérivés, pour 484 articles. Si nous mettons côte à côte les trois derniers codes pénaux, nous obtenons le graphique suivant :

⁵⁵⁰ Comme pour les autres analyses de codes, nous recherchons les occurrences suivantes : dessein, dol, élément moral, élément intellectuel, fraude, frauduleusement, frauduleuse(s), frauduleux, intention, intentionnel(le), intentionnellement, malice, méchamment, sciemment, volontairement et volonté.

⁵⁵¹ Les détails de l'analyse sont disponibles en annexe : Annexe VIII – La recherche de l'intention dans le *Code pénal* de 1810 ; Annexe IX – La recherche de l'intention dans le *Code pénal* de 1994.

⁵⁵² Pour autant, il ne faut pas en déduire que seules les infractions qui évoquent le terme « volontairement » sont à comprendre comme volontaires ; nous le rappelons, il convient de prendre en considération l'article 121-3 du *Code pénal* de 1994, lequel impose l'intention pour les crimes et les délits de manière générale.

Graphique représentant la traduction en pourcentages de la présence de l'intention et mots dérivés dans les codes pénaux⁵⁵³



Il reste notoire que le code qui affichait le plus de références à l'intention était celui de 1791, au sortir de l'Ancien Régime. Néanmoins, il reste tout aussi remarquable que le *Code pénal* de 1994 augmente d'un peu plus d'un point son pourcentage de présence de l'intention et dérivés. Cette hausse peut nous surprendre pour un texte qui pose le principe de l'intention pour les crimes et les délits ; une fois encore, nous pouvions nous attendre à ce que l'intention soit absente des autres dispositions. Ce n'est visiblement pas le choix qui a été fait dans l'opération législative, certainement dans un objectif de clarté⁵⁵⁴. Cette recherche de la clarté peut certainement se comprendre avec l'idée selon laquelle le législateur tend à être le plus diligent possible. Ainsi, bien qu'il pose le principe de la nécessité d'une intention pour les délits et les crimes, rien ne l'empêche de répéter l'élément intentionnel.

⁵⁵³ Le détail des analyses est disponible en annexe : Annexe V – La recherche de l'intention dans le *Code pénal* de 1791 ; Annexe VIII – La recherche de l'intention dans le *Code pénal* de 1810 ; Annexe IX – La recherche de l'intention dans le *Code pénal* de 1994.

⁵⁵⁴ Cela permet de renforcer la distinction entre les crimes et délits volontaires, de ceux qui reposent sur d'autres appréciations de l'intentionnalité. Il y a, par exemple, une section dédiée aux atteintes volontaires à la vie – art. 221-1 à 221-5 –, et une autre consacrée aux atteintes involontaires à la vie – art. 221-6 à 221-7.

Un autre enseignement nous semble important : c'est celui de la répartition des termes dans le code. Alors qu'en 1810 nous relevions un pic des termes de l'intention dans les atteintes contre les biens, avec 12 occurrences, contre 4 pour les crimes contre les personnes, la situation s'est inversée en 1994. Si nous rassemblons l'ensemble des incriminations contre les personnes, nous cumulons 19 occurrences de l'intention et avatars ; les atteintes contre les biens ne rassemblent que 7 vocables afférents à l'intentionnalité. Il y a donc eu une forme de bascule du champ lexical de l'intentionnalité des atteintes contre les biens, vers les atteintes contre les personnes. Si ce choix peut nous sembler obscur, nous pourrions néanmoins avancer l'hypothèse selon laquelle ce code a été adopté à la suite de la Seconde Guerre mondiale, et que le *prix* de l'humain tend donc désormais à surpasser celui des biens ; les atteintes contre les personnes sont donc mieux protégées que celles contre les biens, et bénéficient d'un encadrement particulier quant à leur intentionnalité.

Une autre tendance nous semble intéressante : celle de l'accumulation des termes de l'intention au sein d'un seul et même article. Le Code de 1791 était friand de cette figure de style, certainement pour mieux véhiculer le message et la manière de comprendre l'intentionnalité pour la disposition visée. C'est par exemple le cas de l'article 37 de la Section 2, Titre II, Deuxième Partie du Code, lequel dispose que :

Quiconque **volontairement**, par **malice** ou par vengeance, et à **dessein** de nuire à autrui, aura brûlé ou détruit d'une manière quelconque des titres de propriété, billets, lettres de change, quittances, écrits ou actes opérant obligation ou décharge, qui auraient été enlevés par adresse ou violence, sera puni de la peine de quatre années de fers [nous soulignons].

Cette accumulation est visible dans 12 articles du code de 1791⁵⁵⁵. Ce phénomène chute drastiquement avec le *Code pénal* de 1810, pour ne plus concerner que trois articles⁵⁵⁶. En 1994, cette hypothèse ne concerne que le seul article 222-38⁵⁵⁷,

⁵⁵⁵ *Code pénal* de 1791, art. 2, Section 2, Titre II, Deuxième Partie ; art. 23, Section 2, Titre II, Deuxième Partie ; art. 29, Section 2, Titre II, Deuxième Partie ; art. 30, Section 2, Titre II, Deuxième Partie ; art. 31, Section 2, Titre II, Deuxième Partie ; art. 32, Section 2, Titre II, Deuxième Partie ; art. 35, Section 2, Titre II, Deuxième Partie ; art. 36, Section 2, Titre II, Deuxième Partie ; art. 37, Section 2, Titre II, Deuxième Partie ; art. 41, Section 2, Titre II, Deuxième Partie ; art. 46, Section 2, Titre II, Deuxième Partie ; art. 1, Titre III, Deuxième Partie.

⁵⁵⁶ *Code pénal* de 1810, art. 96, 268 et 403.

⁵⁵⁷ *Code pénal* de 1994, art. 222-38 : « Le fait, par tout moyen **frauduleux**, de faciliter la justification mensongère de l'origine des ressources ou des biens de l'auteur de l'une des infractions mentionnées aux articles 222-34 à 222-37 ou d'apporter **sciemment** son concours à toute opération de placement, de

laissant supposer qu'il est donc moins besoin d'accoler les différents termes intentionnels pour faire comprendre au lectorat ce qu'il convient de retenir en l'espèce – certainement, là encore, parce que le *Code pénal* de 1994 prévoit l'intention pour tous les crimes et les délits dans ses dispositions préliminaires.

Toujours est-il que l'intention est donc présente ailleurs que dans le seul article 121-3 du *Code pénal*, démontrant la vigueur de la notion. Non seulement elle a su dominer au point d'être intégrée dans les dispositions générales du Code de 1994, mais encore impose-t-elle sa présence dans d'autres articles, avec une prégnance plus forte qu'en 1810 – sans néanmoins égaler le taux de représentativité du texte de 1791, lequel ne disposait pas, non plus, de disposition préliminaire sur l'intention. Pourtant, il nous semble toujours délicat de saisir ce qu'est, concrètement, l'intention requise par les textes, ce que nous allons désormais étudier.

§ 2. *L'absence continue d'une définition générale de l'intention*

Alors que le *Code pénal* de 1994 met un terme à près de deux siècles d'attente de précisions sur la responsabilité, la définition de l'infraction et de ses composantes, il est une chose qui demeure stable : l'absence de définition de l'intention. Le suspense reste ici à son paroxysme, et le législateur ne s'est pas aventuré dans une définition de cette notion très particulière. Une nouvelle fois, il semblerait que ce soit à la pratique et à la doctrine de venir préciser ce qu'il convient d'entendre par *intention* dans le Code.

Il semble en découler que le texte de 1994 pose un cadre, celui de la nécessaire recherche et preuve de l'intention pour les crimes et les délits, mais sans remplir ce cadre avec un contenu, quel qu'il soit, pour guider les magistrats. L'intention continue alors de constituer une forme de zone *a-juridique*, dans laquelle pourront jouer d'autres éléments probants (A).

Si nous cherchons une issue favorable en observant les travaux doctrinaux, là encore la déconvenue est au rendez-vous. La doctrine est en ordre dispersé et, soit les auteurs décident d'affronter le problème frontalement en faisant montre d'une

dissimulation ou de conversion du produit d'une telle infraction est puni de dix ans d'emprisonnement et de 1.000.000 F d'amende » [nous soulignons].

technicité sans pareille pour distinguer les différents dols, ce qui ne nous avance pas plus sur la connaissance de fond de l'intention, soit les études passent bien plus rapidement sur ce point et se concentrent sur les autres éléments constitutifs de l'infraction (B).

A. Un cadre sans contenu

Le *Code pénal* de 1994 a beau poser le principe de l'intentionnalité généralisée pour l'ensemble des crimes et des délits, il reste que nous n'en trouvons pas de définition opérante dans les dispositions préliminaires. Une fois encore, l'intention doit donc être conservée comme élément constitutif de l'infraction, mais nous n'en connaissons pas le contenu concret. Une synthèse est ici exprimée par Jean Pradel, lequel déclare que :

Il importe au plus haut point de définir l'intention, appelée aussi dol, puisque la totalité des crimes, l'immense majorité des délits et même certaines contraventions ne peuvent exister sans elle : il y a, en effet, un « principe général d'après lequel l'intention criminelle est un élément constitutif de l'infraction ». De fait, longue est la théorie des infractions intentionnelles : à côté du meurtre ou de l'empoisonnement, on peut citer le vol, les menaces, les violences, les infractions sexuelles, presque tous les délits d'affaires et même la conduite d'un véhicule sous l'emprise de l'alcool.

Or il n'existe aucune définition de l'intention dans la *loi*. [...] Et le nouveau Code, s'il évoque l'intention à l'article 121-3, comme on vient de le dire, se garde bien de la définir.

La *jurisprudence*, de son côté, ne définit pas non plus l'intention. Sans doute, les juges estiment-ils que, tenus de statuer sur des espèces particulières, il ne leur appartient pas (ou plus, depuis 1789) de poser des définitions générales.

C'est donc à la *doctrine* que devait revenir le soin de définir le dol⁵⁵⁸.

Nous partons donc du principe que le texte ne donne donc aucune indication sur ce qu'est l'intention, charge à d'autres acteurs, dont la doctrine, de s'en saisir et d'en modeler les contours précis et le contenu. Pourtant, nous nous interrogeons sur les hypothèses particulières qui requièrent une intention, et sommes poussés à regarder comment son compris l'homicide et le vol, pour essayer de trouver une logique dans l'imposition de l'intention, voire, des bribes de définition.

⁵⁵⁸ Jean PRADEL, *Droit pénal général*, 19^e éd., *op. cit.*, p. 418.

L'homicide volontaire est proscrit par l'article 221-1 du Code, qui dispose que « Le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre. Il est puni de trente ans de réclusion criminelle ». Nous constatons ici l'incursion d'un terme intentionnel avec *volontairement*, utile certainement pour distinguer l'homicide volontaire de l'homicide involontaire. Néanmoins, nous sommes bien en peine de comprendre ce qu'est la volonté dans l'action volontaire de donner la mort. Les moyens de preuve et de captation de l'intention ne sont pas précisés et nous pouvons donc supposer que ce sera la lecture matérielle des faits qui nous permettra de savoir si l'homicide est volontaire ou involontaire.

Le Code n'est pas plus éloquent concernant l'assassinat, et se contente de déclarer que « Le meurtre commis avec préméditation constitue un assassinat. Il est puni de la réclusion criminelle à perpétuité »⁵⁵⁹. Une nouvelle fois, nous n'avons pas de précisions sur l'intentionnalité. Nous pouvons tout juste constituer une gradation, classique, entre l'homicide involontaire, l'homicide volontaire qualifié de meurtre, et l'homicide prémédité qui forme l'assassinat. Nous comprenons alors que le degré d'intentionnalité projeté dans l'action viendra moduler la réponse pénale, mais nous n'avons pas de définition de ces éléments qui permettent, pourtant, de passer d'une peine délictuelle en allant jusqu'à la réclusion à perpétuité.

En effet, le Code ne nous donne aucune indication sur les éléments qui constituent la préméditation. Il y a ici une forme de recul par rapport à l'ancienne législation. En effet, même si les termes pouvaient toujours être sujets à interprétations, le *Code pénal* de 1810 définissait la préméditation en exposant que :

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 ce même dessein serait dépendant de quelque circonstance ou de quelque condition⁵⁶⁰.

Il en ressort qu'il y avait plus de précisions sous l'empire de l'ancien Code, en comparaison avec le texte de 1994, ce qui peut paraître étonnant dans la mesure où le Code de 1810 ne posait pas le principe de l'intention pour les crimes et les délits. Avec notre texte actuel, non seulement l'intention de l'homicide reste incertaine mais, plus

⁵⁵⁹ *Code pénal* de 1994, art. 221-3.

⁵⁶⁰ *Code pénal* de 1810, art. 297.

encore, la préméditation n'est absolument pas définie ni précisée dans son contenu. C'est là encore la doctrine qui devra préciser ce qu'est la préméditation, ainsi que les magistrats lorsqu'ils devront se pencher sur ces faits.

La situation devient encore plus complexe lorsque nous ajoutons les violences volontaires dans cette équation déjà épineuse. Nous avons compris jusqu'à présent que le meurtre était distinct de l'assassinat par l'action de la préméditation. Si nous regardons les violences, l'article 222-7 dispose que : « Les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner sont punies de quinze ans de réclusion criminelle »⁵⁶¹.

En parallèle, l'homicide involontaire prévu à l'article 221-6 est constitué par :

Le fait de causer, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 300.000 F d'amende⁵⁶².

En écartant l'hypothèse du manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements, l'homicide involontaire peut donc être le résultat d'une maladresse, d'une imprudence, d'une inattention ou d'une négligence. Là où la situation peut devenir véritablement compliquée, c'est en mettant côte à côte l'homicide involontaire avec les violences qui entraînent la mort sans intention de la donner. Dans ces deux hypothèses, le résultat matériel est identique, puisqu'il y a la mort d'un individu. Cependant, le manque de précisions sur le caractère intentionnel, qui recèle pourtant la clef de différenciation entre ces cas pratiques, peut nous plonger dans le plus grand des désarrois. À partir de quel moment les actions peuvent-elles être déclarées violentes et non accidentelles ? En d'autres termes, comment distinguer l'homicide involontaire des violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner ? Ce sont pour beaucoup les éléments matériels qui primeront, ce qui fait obstacle à l'application d'une différenciation purement fondée sur l'intention, alors même que c'est cette dernière qui nous semble centrale dans ce qui nous paraît constituer une devinette juridique. Pour prendre un exemple concret, si je donne un coup à une personne, qu'elle tombe et meurt, s'agit-il d'une violence ? S'agit-il d'une imprudence ? En principe, c'est mon état d'esprit qui

⁵⁶¹ Code pénal de 1994, art. 222-7.

⁵⁶² Code pénal de 1994, art. 221-6.

doit permettre de départager. Néanmoins, nous supposons que ce seront surtout les éléments matériels qui encadrent l'action qui viendront rejaillir sur la manière dont on conçoit la reconstitution des faits, et que l'on fera primer tantôt une intention violente, tantôt une maladresse.

Nous le voyons, l'intention est donc prédéterminante pour distinguer différentes hypothèses voisines, notamment en ce qui concerne les homicides involontaires, qu'ils soient violents ou non – qu'est-ce que la violence ? Le Code ne le dit pas non plus. Les mêmes interrogations peuvent se poser pour différencier l'homicide volontaire de l'assassinat. Dans la mesure où le Code ne nous donne pas de précisions sur l'élément moral, l'intention des infractions, il reviendra à la pratique de chercher comment distinguer ces différentes notions, et nous posons l'hypothèse selon laquelle les mobiles, bien que rejetés par principe du droit pénal, joueront un rôle, puisqu'ils expliqueront la scène et viendront poser une intention plus ou moins fidèle sur des actions déterminées⁵⁶³.

Les développements peuvent être identiques concernant une autre infraction classique : le vol. Il est proscrit par l'article 311-1, et est défini comme suit : « Le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ». Nous comprenons donc que la soustraction simple de la chose d'autrui n'est pas un vol ; nous pourrions ici ranger les hypothèses d'emprunt voire de prêt. Néanmoins, qu'est-ce que la fraude ? Comment devons-nous interpréter « soustraction frauduleuse de la chose d'autrui » ? Au risque de nous répéter, le Code demeure mutique sur ce point. Alors que les textes précédents, de 1791 et 1810, venaient nous aider à caractériser matériellement la fraude avec des exemples concrets – le vol commis de nuit, en escaladant une clôture, dans une maison habitée, etc. –, nous n'avons plus ces appuis matériels.

En effet, le vol simple est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300.000 F d'amende⁵⁶⁴. Les autres hypothèses de vol, comme celui qui est accompagné de violences⁵⁶⁵, ou lorsqu'il y a des complices ou que le vol est commis dans un véhicule de transport collectif⁵⁶⁶, sont des cas d'aggravation du vol. Il y a donc un vol simple,

⁵⁶³ Il ressort d'ailleurs des entretiens que nous avons pu mener avec des magistrats et magistrates que les mobiles sont extrêmement importants dans leur travail pour, justement, chercher à saisir l'intention et pouvoir distinguer entre plusieurs infractions.

⁵⁶⁴ *Code pénal* de 1994, art. 311-3.

⁵⁶⁵ *Code pénal* de 1994, art. 311-5.

⁵⁶⁶ *Code pénal* de 1994, art. 311-4.

puni de trois ans d'emprisonnement, et d'autres types de vols, qui subissent une peine plus lourde. Il reste que rien, matériellement, ne vient nous expliquer ce qu'est la soustraction frauduleuse dans le cadre du vol simple, sans complices, sans violence, ou autres circonstances aggravantes.

Il en découle que, si le *Code pénal* de 1994 met un terme à une période de flottement sur le respect du principe de la légalité criminelle en affirmant nettement que les crimes et les délits sont intentionnels, il ne met pas fin aux questionnements sur le contenu de cette notion. Elle demeure encore et toujours aussi impalpable, alors même que la définition de l'intention et son appréhension peuvent avoir des conséquences graves pour la personne incriminée. Dans les exemples précédents, nous voyons bien que l'échelle des peines est assez importante, puisque la peine la plus faible, accolée à l'action la moins intentionnelle, est de trois ans d'emprisonnement⁵⁶⁷ ; à l'autre extrême, le crime prémédité est puni de la réclusion criminelle à perpétuité⁵⁶⁸. Il y a donc une importance pratique à saisir ce qu'est l'intention et comment elle peut être appréhendée ; ce rôle revient donc naturellement à la doctrine, ce qu'il nous faut à présent étudier.

B. Une doctrine statique

Quelle que soit notre période d'étude, nous sommes mis face à une impasse lorsque nous recherchons des éléments concrets pour comprendre l'intention. Une question s'impose même à nous : répéter ou esquiver ? Voilà la posture que semblent adopter majoritairement les juristes étudiés jusqu'à présent. Dans les faits, se revendiquer criminaliste mais ne pas, au moins, étudier l'élément moral ou intentionnel dans son exposé, revient à se discréditer à coup sûr. Issue de la doctrine et de la jurisprudence, l'intention constitue un point d'étape obligatoire pour que le propos de l'ouvrage soit complet, même si cette évocation est rapide et ressemble plus à une figure de style qu'à un véritable passage réflexif. Notre question initiale, « répéter ou esquiver ? » prend tout son sens.

⁵⁶⁷ *Code pénal* de 1994, art. 221-6 : « Le fait de causer, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de **trois ans d'emprisonnement et de 300.000 F d'amende** » [nous soulignons].

⁵⁶⁸ *Code pénal* de 1994, art. 221-3 : « Le meurtre commis avec préméditation constitue un assassinat. Il est puni de **la réclusion criminelle à perpétuité** » [nous soulignons].

Celui qui ne souhaite pas s'étendre sur cette notion, pourtant devenue centrale, n'aura qu'à répéter ce que ses prédécesseurs ont avancé auparavant. C'est ce qu'on appelle la technique du « double chevalet »⁵⁶⁹ : le premier des deux est destiné à maintenir la feuille de travail que l'on s'acharne à remplir de ses propres réflexions, le second sert de support au livre que l'on plagie, ou de manière plus consensuelle, l'ouvrage avec lequel nous partageons tant d'idées communes qu'il en devient acceptable de le prendre pour modèle en tous points. La majorité des auteurs semblent agir de la même manière et, surtout, répètent les mêmes choses à peu de différence près⁵⁷⁰. Tant et si bien que cet élément semble privé du droit d'être un véritable objet de réflexion pour ne plus être qu'un élément de décor, un passage rituel avec lequel on ne peut transiger, comme le serait une introduction ou une table des matières. Ainsi, quelle que soit la période étudiée, que les auteurs soient plutôt affiliés à la doctrine de l'école classique ou de l'école positiviste, ce sont en substance les mêmes remarques que nous retrouvons : l'intention touche à la responsabilité, qui est constituée dès lors que l'agent est discernant et libre de faire ses choix.

Précisons cependant un point : seuls les juristes restent statiques dans leur acception des choses⁵⁷¹, puisque les autres disciplines luttent pour imposer une nouvelle vision sur l'intention. Il y a donc une forme de conservatisme dans le droit, que ne connaissent pas les sciences annexes. Le problème tient en ce que cette situation va s'enliser et se répéter⁵⁷², de telle sorte qu'il est bien complexe de trouver un auteur qui arrive à allier droit et sociologie ou criminologie pour définir l'intention⁵⁷³. Au lieu

⁵⁶⁹ Expression librement empruntée à Edward SAÏD, *L'orientalisme*, *op. cit.*, lorsqu'il évoque les auteurs orientalistes, dont Lamartine, qui se copient entre eux pour décrire sempiternellement et à l'identique les images stéréotypées de l'Orient, sans même jamais n'y avoir mis pied.

⁵⁷⁰ Le constat est identique que nous regardions, par exemple, Pellegrino ROSSI, *Traité de droit pénal*, 2^e éd., *op. cit.* ; Louis-Joseph-Elzéar ORTOLAN, *Résumé des éléments de droit pénal*, *op. cit.* ; Eugène TRÉBUTIEN, *Cours élémentaire de droit criminel*, *op. cit.*, p. 109 et s. ; René GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 2^e éd., *op. cit.* ; Xavier PIN, *Droit pénal général*, 13^e éd., *op. cit.* ; Jean PRADEL, *Droit pénal général*, 19^e éd., *op. cit.* ; Gaston STEFANI, George LEVASSEUR et Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, 17^e éd., *op. cit.*

⁵⁷¹ À l'exemple notoire de René Garraud comme le soulève Jean-Louis HALPÉRIN, « René Garraud (1849-1930) » [[en ligne](#)], art. cit. L'auteur nous explique que « Garraud conserve en effet un rôle important à la responsabilité du criminel sur la base de la loi morale et défend l'autonomie du droit pénal par rapport à la sociologie ». Garraud, qui pourrait nous sembler moins conservateur dans ses positions puisqu'il participe à la fondation des *Archives de l'anthropologie criminelle* en 1885, est finalement opposé à ce que l'on puisse mélanger sociologie et droit sur certains points cardinaux. C'est d'ailleurs sa pomme de la discorde avec Ferri.

⁵⁷² Pour preuve, cette affirmation reste vérifiable que nous ouvrons un cours du XIX^e siècle comme un autre du XXI^e siècle.

⁵⁷³ La bibliographie de Jean Pinatel démontre cette idée ; il est l'un des criminalistes les plus fameux du XX^e siècle, mais, pour autant, il ne publiera pas de cours de droit criminel ou de droit pénal. Ses seules participations toucheront la criminologie, la science pénitentiaire, mais pas la technique pénale proprement dite – à l'exception faite de sa participation au *Traité de droit pénal et de criminologie*, Paris, Dalloz, 1963, de Bouzat. La présentation qu'en fait Marc Ancel est claire : « Restait le problème de la

de marcher ensemble, ce sont donc plutôt des matières qui s'évitent sur ce point, contrairement à ce que nous avons déjà pu étudier pour d'autres éléments, dont la pénalité.

Seulement, l'application du droit répondra favorablement à ce traitement choc de séparation des sciences. Outre l'entrée des expertises dans le procès pénal à la fin du XIX^e siècle, la morphologie du procès et du droit applicable n'est pas chamboulée totalement. Alors que les déterministes se font de plus en plus nombreux et visibles sur la scène scientifique, que la défense sociale nouvelle bénéficie d'un accueil favorable – sans être hégémonique –, à aucun moment la jurisprudence n'a semblé réagir positivement aux thèses développées. Plusieurs hypothèses possibles, qui ne sont pas forcément exclusives les unes des autres : soit les juges appliquent la même façon de faire que les autres et scindent les avancées scientifiques et les avancées juridiques ; soit ils gardent précieusement toute leur emprise sur un élément intentionnel toujours confus afin de conserver leur pouvoir ; soit ce ne sont pas seulement les auteurs en doctrine qui peuvent parfois sembler camper sur leurs positions, mais bien la majorité des acteurs du monde du droit.

Nous avons traité de la répétition, mais l'esquive peut s'intégrer pleinement dans la répétition ; nous la scindons de deux sortes. Il y a l'esquive simple, qui s'allie parfaitement à la répétition, puisque répéter revient à esquiver la réflexion ; l'esquive plus complexe où l'on va éluder rapidement le point problématique – en somme le cœur de l'intention – pour se concentrer sur des notions techniques qui peuvent être rattachées de près ou de loin à l'étude de cet élément. Cela consiste à annoncer la présentation d'un travail sur l'élément moral, par exemple, pour finalement traiter d'un peu de responsabilité, de dol, d'imputabilité, en espérant brouiller le lecteur par une approche massive et complexe des éléments qui composent et encadrent l'infraction. Alors que la première forme d'esquive est assez simple, nous ne reviendrons pas dessus pour nous consacrer à la deuxième forme.

criminologie [...] Le premier volume comporte donc quelques notions rapides indispensables à l'étudiant qui, désormais, ne peut plus ignorer le phénomène criminel ou la science criminologique. Mais M. Bouzat entend que la criminologie, en tant que discipline autonome, soit exposée par un criminologue qualifié. Il ne pouvait mieux faire que de s'adresser à cette fin à M. Jean Pinatel, dont la compétence en cette matière est aujourd'hui universellement reconnue ». Sur ce dernier point, voir Marc ANCEL, « Pierre Bouzat et Jean Pinatel – *Traité de droit pénal et de criminologie*, Paris, Dalloz, 1963 », *Revue internationale de droit comparé*, 4 (1963), p. 773.

L'esquive complexe nous semble aussi répandue que la répétition. Elle consiste dans le fait, bien souvent, de répéter dans un premier temps ce qui a déjà été dit et vu à propos de l'élément moral, pour ensuite attirer le lecteur dans toutes les hypothèses qui viennent affecter le discernement et parfois même, la liberté. Alors suivront des développements relatifs à l'âge du suspect, posant la question classique de la responsabilité de l'enfant, mais encore des réflexions qui s'intéresseront aux déficiences mentales, à leur explication, leur preuve, sans oublier les interrogations sur les éléments qui ne font qu'altérer de manière passagère le discernement comme la prise d'alcool ou de stupéfiants⁵⁷⁴.

S'il est logique de s'intéresser à ces hypothèses problématiques, qui sont de vrais sujets réflexifs, il l'est moins de les intégrer dans des développements qui sont censés traiter de l'intention au premier plan, et non pas au milieu d'une farandole de notions connexes. L'effet qui découle de ce mode de traitement est celui d'être confrontés à une notion qui ne saurait vivre sans hypothèses problématiques : l'intention n'existe que lorsqu'elle fait défaut, qu'elle est altérée. Surtout, ces éléments ne nous permettent pas d'appréhender l'intention par un raisonnement *a contrario*, afin d'en établir une définition négative. Pour preuve, suivant les apports des auteurs étudiés, pour être pleinement responsable, il faut être majeur, mais pas trop âgé non plus ; ne pas avoir de handicap qui altérerait le discernement, de manière ponctuelle ou définitive ; ne pas être sous l'empire de l'alcool ou de toute autre substance qui modifierait le jugement et la capacité réflexive, pour l'essentiel⁵⁷⁵. Qu'en retirons-nous ? Bien peu de choses, si ce n'est l'apparition d'une personne standardisée, sans « défaut ». En aucun cas nous ne comprenons mieux la mécanique interne de l'intention, tout au mieux en apercevons-nous les contours généraux, car ces éléments sont suffisants pour construire un cadre, mais pas pour donner vie de manière effective

⁵⁷⁴ Encore une fois, ce même mouvement est à remarquer chez des auteurs du XIX^e siècle, comme chez ceux du XXI^e siècle. Voir notamment Pellegrino ROSSI, *Traité de droit pénal*, 2^e éd., tome 2, *op. cit.*, p. 7 et s. ; Louis-Joseph-Elzéar ORTOLAN, *Résumé des éléments de droit pénal*, *op. cit.*, p. 25 et s. ; Eugène TRÉBUTIEN, *Cours élémentaire de droit criminel*, *op. cit.*, p. 389 et s. ; René GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 184 et s. ; Xavier PIN, *Droit pénal général*, 13^e éd., *op. cit.*, p. 156 et s.

⁵⁷⁵ Tout en gardant en tête que des modifications mineures s'appliqueront suivant l'époque à laquelle nous nous trouvons. Voir par exemple, Victor MOLINIER, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, tome 2, *op. cit.*, p. 119 et s. : il évoque le fait que sous l'Ancien Régime, au-dessus de l'âge de 7 ans, un mineur pouvait commencer à être condamné jusqu'à la peine de mort. Il relève que dans son système pénal, par l'action des articles 66, 67 et 68 du *Code pénal* de 1810, avant 16 ans il existe une présomption de non-discernement qui peut être levée uniquement selon les circonstances des faits. Aujourd'hui, il existe différents paliers, en apparence fixes, mais qui peuvent bouger si le juge motive sa décision, avec une distinction des peines applicables pour les mineurs de moins de 10 ans, de 10 à 13 ans, et de 13 à 18 ans. Sur ce dernier point, voir Jean LARGUIER, Philippe CONTE et Patrick MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 22^e éd., Paris, Dalloz, 2014, p. 41-42.

au tableau qu'il entoure. Il faut ajouter que, tout en construisant cette esquivance qui détourne de notre attention des éléments réellement intéressants et importants, rien n'empêche là encore les auteurs de se répéter et se reprendre les uns les autres. Ainsi, tout en étant aussi courante que la répétition, elle en constitue également un autre dérivé.

Finalement, les auteurs semblent se répéter et esquiver tout à la fois, ce qui est doublement problématique. Dans un premier temps, ils installent comme une tradition l'*omerta* qui pèse sur l'intention et, ce faisant, par leur titre de professeurs des universités, ils enseignent à la génération future qui leur fait face qu'il est normal d'esquiver aussi rapidement que le fait le *Code pénal* la question intentionnelle. Peut-être se trouve ici une clef d'explication de la perpétuation de cet état jusqu'à nos jours. En allant plus loin, ce phénomène en vient à paralyser toute initiative de réflexion sur ce thème, à assécher les savoirs sur l'intention.

En conséquence, nous n'avons toujours rien de concret à présenter si l'on nous demandait de définir l'élément moral, ou de l'expliquer, comment retenir l'intention, sans nous-mêmes utiliser des subterfuges juridiques qui s'appuieraient sur des éléments techniques pour dissimuler le malaise qu'inspire une notion juridique qui ne l'est que par défaut. Selon notre hypothèse, les juristes sont mis face à eux-mêmes et n'ont d'autre choix que de se rattraper aux branches qu'ils ont pu et su trouver. Lorsque la même phrase est répétée pour expliquer ce qu'est l'élément moral et l'intention, les développements tiennent alors en quelques lignes ; tout le reste s'étale bien souvent sur plusieurs dizaines de pages⁵⁷⁶. C'est donc une victoire par le nombre,

⁵⁷⁶ Voir par exemple Albert NORMAND, *Traité élémentaire de droit criminel*, *op. cit.* : il développe la responsabilité sur une page, en répétant en substance ce que nous avons déjà pu lire chez d'autres auteurs (p. 523) ; en revanche, il débat sur l'imputabilité en raison de l'âge, les excuses, les faits justificatifs sur plus de vingt pages (p. 523-548). Nous observons le même fonctionnement chez Adrien LABORDE, *Cours de droit criminel*, 2^e éd., Paris, Rousseau, 1898 : il nous donne les notions générales sur l'intention sur moins d'une page (p. 77), mais développe les autres éléments connexes sur une trentaine de pages (p. 77-104). Après l'entrée en vigueur du *Code pénal* de 1994, la situation demeure sensiblement identique. Voir notamment Jean PRADEL, *Droit pénal général*, 19^e éd., *op. cit.*, p. 418 et s. : il avoue que la notion d'intention est délicate à entrevoir, mais il la mélange à une étude sur la culpabilité ; de plus, pour saisir l'intention, il propose des développements pointus sur les différents types de dol, sans jamais réellement nous dire ce qu'il convient d'intégrer dans le cœur même de l'intention. Cette lecture nous informe donc sur les différents degrés d'intentionnalité, mais pas sur ce qu'est l'intentionnalité en tant que telle ; encore, il distingue entre les infractions intentionnelles et non intentionnelles ou propose des développements sur la différence entre les mobiles et l'intention. Nous retrouvons peu ou les mêmes éléments, et donc les mêmes remarques, chez d'autres auteurs, comme dans l'ouvrage de Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, 27^e éd., Paris, Dalloz, 2021, p. 261 et s.

sans conteste, des notions qui gravitent autour de l'intention, délaissant le cœur même de ce qu'elles décrivent : l'intention.

Il apparaît alors que la doctrine est restée relativement stable dans sa reconnaissance de l'intention comme un élément indispensable de l'infraction pour entraîner la responsabilité. L'entrée en vigueur du *Code pénal* de 1994, imposant l'intention de manière générale, n'aura en rien chamboulé les propos généralement tenus, qui se préoccupent toujours plus de détails techniques, au détriment d'une tentative de définition de la notion d'intention. Si les auteurs cherchent désormais à affiner plus encore le degré d'intentionnalité, rien n'est dit sur le fond même de ce qu'il faut comprendre comme étant l'intention pénale. Nous sommes donc toujours dans l'expectative d'une définition, qui n'arrive jamais.

De manière générale, nous avons pu constater que l'intention bénéficiait d'une entrée majeure dans la nouvelle législation, puisque non seulement un article y est consacré – l'article 121-3 du *Code pénal* –, mais encore, d'autres infractions font une mention explicite du vocabulaire intentionnel pour mieux chercher à imposer la notion dans les hypothèses critiques. Pourtant, comme le relève la doctrine, le Code ne pose pas, lui non plus, de définition, ni même la jurisprudence. La doctrine n'est ici d'aucune aide et, alors que l'intention fait une entrée fracassante dans la législation en étant finalement textualisée, nous n'avons pas de précisions quant à son contenu même ; cela nous pousse à déclarer que la textualisation de l'intention ne constitue pas véritablement de révolution en soi, ce que nous allons désormais étudier.

§ 3. Une textualisation sans révolution

S'il est remarquable que le Code de 1994 mette un terme à une longue période de flottement textuel en matière intentionnelle, il l'est tout autant de pointer que cette apparition générale de l'intention n'entraîne pas de modifications particulières en pratique. En effet, alors que le texte de 1810 n'avait pas de dispositions générales qui imposeraient l'intention pour l'ensemble des crimes et délits, c'est la jurisprudence qui, en s'appuyant sur des textes épars, a imposé l'intention, d'abord en matière criminelle, puis en matière délictuelle.

Il semblerait alors que le Code de 1994 se soit contenté de conserver les apports de la jurisprudence et de la doctrine pour créer l'article 121-3. Rien de plus, rien de moins. Cela expliquerait l'absence de définition de l'intention : en tant que création *praeter legem*, les magistrats ne se sont pas occupés de lui donner corps puisque ce n'est pas leur rôle ; en se bornant à reprendre le comportement de la pratique quant à l'intention, le Code n'a donc pas posé, lui non plus, de définition (A).

En somme, l'entrée de l'intention dans le *Code pénal* de 1994 est une sorte de pétard mouillé ; il n'y a finalement rien de nouveau, à même de renverser la procédure pénale en place depuis le nouveau *Code de procédure pénale* de 1959. Le seul caractère novateur, nous l'avons dit, tient finalement dans le fait que l'intention cesse d'être une notion extratextuelle pour pénétrer la législation criminelle (B).

A. La consécration des avancées jurisprudentielles et doctrinales

Nous l'avons vu au début de ce travail, la question intentionnelle en matière criminelle a été le cheval de bataille du Tribunal de cassation puis de la Cour de cassation. En cassant les décisions qui ne prenaient pas en compte la question intentionnelle, cela lui permettait de renforcer son contrôle sur la matière pénale, tout en imposant une vision particulière de la responsabilité qui devait donc être fondée sur une intention mauvaise⁵⁷⁷. L'obligation de la question intentionnelle est alors renforcée en matière criminelle. Nous supposons qu'il en allait de même, au fur et à mesure, en matière délictuelle.

Nous ne disposons pas de preuves matérielles de cela, puisque les décisions que nous avons pu consulter ne démontrent en rien la prise en compte de l'intention⁵⁷⁸. Néanmoins, nous postulons que, puisque cet élément, l'intention, touche la matière criminelle, les juges doivent vraisemblablement l'appliquer également en matière

⁵⁷⁷ Voir notamment Jérôme FERRAND, « Quand la forme emporte le fond : l'incidence des formes processuelles sur la genèse de la théorie générale de l'infraction », art. cit., p. 510 et s.

⁵⁷⁸ ADG, 2 U 491 (1808-1811) ; 2 U 494 (1820-1824) ; 2 U 495 (1825-1828) ; 2 U 496 (1829-1831) ; 2 U 498 (1835-1836) ; 2 U 500 (1839-1840) ; 2 U 503 (1845-1846) ; 2 U 505 (1849-1850) ; 2 U 508 (1849-1850) ; 2 U 510 (1859-1860). AP, D 1U 8 2 (1850) ; D 1U 8 3 (1850) ; D 1U 8 15 (1855) ; D 1U 8 28 (1860) ; D 1U 8 39 (1865) ; D 1U 8 48 (1870) ; D 1U 8 58 (1875) ; D 1U 8 68 (1880) ; D 1U 8 78 (1885) ; D 1U 8 88 (1890) ; D 1U 8 99 (1895) ; D 1U 8 113 (1900) ; D 1U 8 126 (1905) ; D 1U 8 136 (1910) ; D 1U 8 146 (1915) ; D 1U 8 156 (1920) ; D 1U 8 165 (1925) ; D 1U 8 175 (1930) ; D 1U 8 182 (1935) ; D 1U 8 187 (1940) ; 30 W 4 (1945-1946) ; 30 W 9 (1950) ; 30 W 15 (1955) ; 30 W 30 (1960) ; 1954 W 1 (1965) ; 2396 W 1 (1970) ; 2547 W 1 (1975).

délictuelle afin d'unifier les fautes qui sont punissables. L'absence des marques de l'intention dans les dossiers que nous avons pu consulter ne nous fait pas oublier que le Code de 1810 a semé les indices de l'intention en son sein⁵⁷⁹, lesquels pourront être utilisés plus ou moins consciemment par les magistrats. Partant du principe que la responsabilité est forcément morale⁵⁸⁰, il n'y a donc pas d'argument véritablement solide pour contester l'application d'une recherche de l'élément moral en matière délictuelle.

De surcroît, nous pouvons également expliquer l'absence de mention de l'intention dans les décisions délictuelle, en ce que les magistrats se comportent un peu comme les auteurs en doctrine : l'intention est tellement naturelle qu'il en devient inutile de s'appesantir dessus, sauf dans les hypothèses problématiques – l'intention est donc présumée par principe. La preuve de la prise en considération minimale de l'intention tient dans l'existence, dès 1810, d'une modération de la responsabilité pénale en fonction du discernement. S'il ne faut pas confondre le discernement avec les éléments constitutifs de l'infraction, force est de constater que l'intention chevauche pourtant les deux éléments : elle est regardée au stade de l'imputabilité en vérifiant le discernement, puis lorsque sont observés les éléments constitutifs de l'infraction, avec une intention plus ou moins forte selon l'incrimination retenue.

Cela ne se trouve que renforcé par l'analyse des propos de la doctrine pénale. Si les auteurs du début du XIX^e siècle démontrent encore leur attachement au texte même du Code, et ne semblent donc pas supporter l'intention comme élément valable et nécessaire des infractions, ce sera de moins en moins le cas au fil des ans. Ainsi, dans la seconde moitié du XIX^e siècle, nous trouvons effectivement des auteurs qui posent, comme principe cardinal, la nécessité de l'intention pour les crimes, mais également pour les délits, de manière indéterminée. Nous en avons un exemple avec Pellegrino Rossi, qui déclare notamment que :

Mais comme elle existe dès qu'il y a eu concours de l'intelligence et de la volonté, comme elle consiste uniquement à *savoir* que l'acte qu'on va commettre est défendu, et à le *vouloir* cependant commettre, l'imputabilité proprement dite se retrouve déjà dans les délits les plus légers, même dans ceux commis par emportement instantané, dans la

⁵⁷⁹ Comme c'est le cas des articles 96, 268, 403 ou 419 du *Code pénal* de 1810, par exemple.

⁵⁸⁰ C'est, du moins, ce que l'on comprend du comportement du Tribunal de cassation. Sur ce point, voir Céline SAPHORE, *La jurisprudence criminelle de la Cour de cassation sous la Révolution et l'Empire (1790-1810)*, *op. cit.*, p. 295.

violence d'une passion. Un coup porté dans un accès de colère fortement provoqué par la partie lésée, est un acte *imputable*, car on ne peut pas affirmer que la provocation ait ôté la conscience du mal à la personne provoquée. Quant à sa volonté, la provocation l'a mise en mouvement. Cependant l'homme provoqué était libre de ne point agir. Cette liberté est un fait de conscience, un fait attesté aussi par la conduite de ceux qui résistent à des provocations semblables, parce qu'ils ont mieux appris à maîtriser leurs passions, à respecter le devoir. Enfin l'homme qui cède à la provocation sent lui-même qu'il fait le mal ; il le sent au moment même où la passion l'entraîne au délit, et il ne l'a pas plutôt consommé qu'il s'en repent ; il est mécontent de lui-même⁵⁸¹.

Bien que l'intention soit comprise uniquement au stade de l'imputation, elle reste un élément qui doit être regardé pour condamner valablement au sens de ce que nous propose cet auteur. Nous avons donc bien là la preuve que l'intention, même la plus faible soit-elle, doit être présente au procès pénal. La doctrine ne peut inventer absolument tout ce qu'elle raconte ; il y a donc fort à parier que c'est en prenant en compte le comportement des magistrats que Rossi écrit de tels éléments, couplés à sa lecture du *Code pénal* de 1810.

La tendance est confirmée à la fin du siècle, chez Victor Molinier par exemple, qui distingue le discernement, la volonté et l'imputabilité, la liberté ainsi que la faute. Nous comprenons donc que les actions délictuelles comprennent des éléments qu'il qualifie d'« éléments moraux »⁵⁸². Il nous faut également constater qu'il classe la volonté non pas comme un élément constitutif de l'infraction, mais comme un préalable puisqu'elle est accolée à l'imputabilité. Là encore, cependant, l'intention est donc présente, preuve qu'elle joue un rôle important en matière criminelle, mais également délictuelle.

René Garraud vient également confirmer cela, en déclarant que :

L'idée que l'homme *répond* des conséquences de ses actes, c'est-à-dire des modifications qu'il a produites dans le monde extérieur, est aussi ancienne que l'humanité. De tout temps et partout, elle a été considérée comme la base et la raison d'être de l'obligation de réparer le préjudice causé comme de celle de subir la peine. Si la notion du *délit civil* et celle du *délit pénal* ne concordent pas puisque le droit civil n'envisage le délit que comme *productif d'obligation*, et le droit pénal, pour en assurer la

⁵⁸¹ Pellegrino ROSSI, *Traité de droit pénal*, 2^e éd., tome 2, *op. cit.*, p. 1-2.

⁵⁸² Victor MOLINIER, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, tome 2, *op. cit.*, p. 94-110.

répression au moyen d'un système de *peine*, il y a cependant deux points communs entre eux : le *caractère illicite* du fait et la *faute* de celui qu'on veut en rendre responsable.

D'après le droit pénal positif, il n'existe de responsabilité pénale que pour les conséquences d'un *acte volontaire*, en ce double sens que l'agent ne peut être pénalement tenu de ces conséquences que s'il est capable de volonté et s'il a pu exercer cette faculté dans l'action ou dans l'omission dont on veut lui demander compte. C'est ainsi que les aliénés, les individus matériellement contraints à commettre un acte illicite, ne sont pas pénalement responsables des suites de leurs actions ou de leurs omissions.⁵⁸³

Une nouvelle fois, nous constatons effectivement l'existence de l'intention, par le truchement de la volonté, dans les propos de la doctrine. Nous en déduisons toujours que cela démontrerait la prégnance de l'approche intentionnelle en justice, qu'il s'agisse des crimes comme des délits, et ce, alors que le *Code pénal* de 1810 ne pose pas d'autre obligation que celle d'examiner le discernement pour une exclusion de responsabilité au sens de l'article 64. Jamais il ne demande clairement d'observer le fait que l'action soit volontairement accomplie. Pourtant, les auteurs réclament cette condition qui, comme le dit Garraud, est « aussi ancienne que l'humanité ».

De manière tout aussi symptomatique, nous relevons que les ouvrages proches ou concomitants avec l'entrée en vigueur du nouveau *Code pénal* de 1994 ne font pas montre de changements dans leur conception de l'infraction ; tout au plus l'intention passe-t-elle de l'imputabilité vers les éléments constitutifs. Ainsi, un ouvrage de 1988, juste avant la parution du Code, distingue déjà entre un comportement matériel et un comportement psychologique pour définir le contenu de l'infraction⁵⁸⁴. Nous retrouvons l'exacte distinction dans un ouvrage de 1994, lequel distingue lui aussi un élément matériel de l'infraction, et un élément psychologique⁵⁸⁵. Les ouvrages encore plus contemporains marquent généralement un changement de vocabulaire, en ne posant plus un élément « psychologique » mais « moral » pour décrire l'intention qui doit être recherchée. Nous retrouvons cela chez Xavier Pin⁵⁸⁶, comme chez beaucoup d'autres auteurs⁵⁸⁷.

⁵⁸³ René GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, tome 1, Paris, Sirey, 1930 [rééd. 1913], p. 557-558.

⁵⁸⁴ Marc PUECH, *Droit pénal général*, Paris, Litec, 1988, p. 171-182 et p. 183-208.

⁵⁸⁵ Claude LOMBOIS, *Droit pénal général*, Paris, Hachette, 1994, p. 55-60 et p. 61-68.

⁵⁸⁶ Xavier PIN, *Droit pénal général*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 123-144 et p. 145-168.

⁵⁸⁷ Jean LARGUIER, Philippe CONTE et Patrick MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 21^e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 21-30 et p. 31-45 ; Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, 22^e éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 211-238 et p. 239-266 ; Bernard BOULOC et Haritini MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, 19^e éd., Paris, Dalloz, 2014, p. 97-110 et p. 111-126.

Ainsi, il nous semble que l'impulsion originelle pour faire entrer l'intention comme élément vital des infractions provient des magistrats, et plus particulièrement, du Tribunal de cassation. Une fois que l'idée de l'intention a pu faire son nid en matière criminelle, les magistrats, par un jeu d'influences communes, ont pu faire entrer l'appréciation de l'intention dans les délits également, de manière plus ou moins visible puisqu'ils disposent dans leur motivation d'une marge d'intime conviction. La doctrine, spectatrice de ces modifications, ne fait qu'avaliser les créations jurisprudentielles et, dans un premier temps, pose l'intention comme condition d'imputabilité avant de la faire basculer pleinement comme élément constitutif des infractions et ce, avant même la publication et l'entrée en vigueur du *Code pénal* de 1994. Le législateur n'est donc pas un créateur, mais un agrégateur : observant doctrine et jurisprudence, il ne lui restait plus qu'à écrire un article dédié à l'intention pour mettre un terme au flottement intentionnel. Ce faisant, il nous semble que ce travail n'est pas innovant, et que l'entrée de l'intention dans la législation n'est pas une surprise, ce que nous allons dès à présent étudier.

B. L'absence d'innovation en matière intentionnelle

De tout ce qui précède, nous pouvons dire que c'est presque sans aucune surprise que le *Code pénal* de 1994 est venu poser l'article 121-3 qui impose l'intention dans les délits et les crimes⁵⁸⁸. En effet, la doctrine prévoyait déjà, juste avant l'adoption du Code, que l'intention était un élément constitutif des infractions – et n'était plus une composante de l'imputabilité uniquement⁵⁸⁹. Nous en arrivons donc au système tel que nous le connaissons encore aujourd'hui, de responsabilité fondée sur une faute morale, laquelle est retenue à partir de l'intentionnalité dans l'action⁵⁹⁰.

Nous ne pouvons donc pas dire que la définition de l'infraction, comportant un élément matériel et un élément intellectuel, soit une franche rupture avec le passé. Alors que la textualisation offre une meilleure visibilité et un respect accru du principe

⁵⁸⁸ Il existe des débats, mais sur les autres alinéas du même article 121-3, notamment en ce qui concerne l'imprudence ou la négligence. Sur ce point, voir notamment Alain SÉRIAUX, « L'appréciation de la faute pénale d'imprudence en droit français contemporain », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2 (2017), p. 231-246.

⁵⁸⁹ Comme nous l'avons vu, notamment, avec Marc PUECH, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 171-182 et p. 183-208.

⁵⁹⁰ Sur ce point, voir notamment Jean PRADEL, *Droit pénal général*, 19^e éd., *op. cit.*, p. 349 et s.

de la légalité⁵⁹¹, il reste que la mise par écrit n'apporte rien à ce qui était déjà fait par les juges, et commenté par la doctrine.

En effet, nous pourrions avancer que la textualisation véhiculerait un élément nouveau et viendrait changer la donne dans la composition des infractions. Alors que cette composition demeurait obscure jusqu'en 1994, nous avons désormais un élément matériel et un élément moral pour définir les incriminations. Dire que cela relève de la nouveauté, ce serait méconnaître la tendance des juristes, quels qu'ils soient, à déjà considérer les infractions de la sorte⁵⁹².

Nous n'avons toujours pas de définition de ce qu'est l'intention, et l'infraction, si elle est définie, l'est au regard de ce qui était déjà établi. Il y a donc fort à parier que la doctrine n'a pas été désarçonnée à la lecture de ce nouveau *Code pénal*. Du reste, il ressort de nos entretiens avec les magistrats que, dans leur formation, rien n'a été modifié sur ce point par le nouveau texte de 1994. Ceux qui ont commencé leurs études postérieurement à l'entrée en vigueur du Code de 1994 n'ont pas souvenir que leurs enseignants aient évoqué l'intention comme une nouvelle donnée⁵⁹³ ; dans le lot de nos entretiens, nous avons pu discuter avec un magistrat qui était déjà en poste avant l'entrée en vigueur du Code. Il nous déclare que sa pratique du droit n'a pas été modifiée par l'article 121-3⁵⁹⁴.

Dès lors, malgré sa textualisation, l'intention demeure cette même forme étrange, que l'on présuppose par principe, et dont on ignore la manière dont elle peut être appréhendée concrètement. À la différence de l'élément matériel qui est extrêmement factuel, l'intention est immatérielle, sauf à adopter la démarche de

⁵⁹¹ Lequel est également rappelé par l'article 111-3 du *Code pénal* de 1994 : « Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement. Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention ». Le Code va même plus loin, et précise l'interprétation de la loi pénale : « La loi pénale est d'interprétation stricte » (*Code pénal* de 1994, art. 111-4).

⁵⁹² Nous avons précédemment pu observer que la doctrine définissait les infractions en faisant mention d'un élément matériel et d'un élément moral, ou psychologique.

⁵⁹³ E.M-1, entr. cit., décembre 2020 ; E.M-2, entr. cit., décembre 2020 ; E.M-4, entr. cit., janvier 2021 ; E.M-5, entr. cit., février 2021 ; E.M-6, entr. cit., mars 2021 ; E.M-7, entr. cit., mars 2021 ; E.M-8, entr. cit., mars 2021 ; E.M-9, entr. cit., mars 2021 ; E.M-10, entr. cit., mars 2021 ; E.M-11, entr. cit., avril 2021 ; E.M-12, entr. cit., avril 2021 ; E.M-13, entr. cit., avril 2021 ; E.M-14, entr. cit., avril 2021 ; E.M-15, entr. cit., avril 2021 ; E.M-16, entr. cit., avril 2021 ; E.M-17, entr. cit., avril 2021 ; E.M-18, entr. cit., avril 2021 ; E.M-19, entr. cit., juin 2021.

⁵⁹⁴ E.M-3, entr. cit., décembre 2020.

philosophie analytique qui la véhicule uniquement par les descriptions⁵⁹⁵. Comme nous l'avions supposé, c'est ainsi que les magistrats et magistrates vont réussir à reconstruire l'intention. Le bilan qui pourrait ressortir de l'ensemble de nos entretiens serait que, finalement, les mobiles ne sont pas si inopérants que cela⁵⁹⁶.

Jean Pradel définit les mobiles comme suit :

[L'intention] est donc conçue abstraitement et s'oppose ainsi aux *mobiles* ou sentiments particuliers inspirant l'acte : cupidité, vengeance, jalousie, pitié, amour (par ex. : dans l'homicide d'un grand malade), haine de la société ou désir de la changer (par ex., dans la destruction de moyens de transports mécaniques pour contraindre les gens à se déplacer à pied ou dans la lacération d'un tableau représentant un homme d'État dont la politique serait mauvaise)... Le mobile est donc le pourquoi de l'action, la raison qui pousse l'agent. Le mobile est en somme l'arrière-plan psychologique de l'intention⁵⁹⁷.

En contrepoint, les juges dans leur travail sont à la recherche des mobiles pour saisir l'intention qui leur est demandée par le *Code pénal*. C'est en couplant leur lecture propre des faits, avec une attention particulière portée aux mobiles, que magistrats et magistrates vont pouvoir statuer sur l'intention. Nous supposons que ces éléments étaient valables sous l'empire de l'ancien *Code pénal*, et que ce n'est pas une nouveauté pratique apportée par le texte de 1994. Il en découle que, si les mobiles sont inopérants textuellement, ils sont finalement utiles dans la pratique judiciaire.

Interrogé sur sa manière de mettre au jour l'intention, un juge d'instruction nous a exposé que :

En fait les faits et l'intention, c'est indissociable ! D'abord, la question qu'on pose à la personne mise en examen, ce n'est pas uniquement « est-ce que vous avez commis les faits ? », Mais c'est « pourquoi vous les avez commis ? Comment vous expliquez ça ? » Donc on va interroger déjà la personne sur... le pourquoi. Le pourquoi, donc sous-entendu son intention. On... et avec toutes les causes exonératoires, la légitime défense, l'état de nécessité... qui peuvent être sous-entendus dans la question pourquoi qui, par

⁵⁹⁵ Comme le fait notamment Gertrude Elizabeth Margaret ANSCOMBE, *L'intention*, *op. cit.*

⁵⁹⁶ Par principe, les mobiles sont indifférents au droit pénal comme le rappelle la doctrine. Sur ce point, voir notamment Jean LEBRET, « Essai sur la notion d'intention criminelle », *art. cit.*, p. 446 ; Jean PINATEL, « La théorie de l'intention devant les sciences de l'Homme », *art. cit.*, p. 185 et 190 ; Jean PRADEL, *Droit pénal général*, 19^e éd., *op. cit.*, p. 420 ; Xavier PIN, *Droit pénal général*, 13^e éd., *op. cit.*, p. 229.

⁵⁹⁷ Jean PRADEL, *Droit pénal général*, 19^e éd., *op. cit.*, p. 420.

ailleurs, entend aussi l'environnement pour faire décrire l'attitude, ce qui paraissait déterminer l'action du sujet donc si... si c'était complètement soudain, si ça avait l'air élaboré, préparé... enfin voilà ! Donc... tout ça... c'est quand même très entremêlé. Alors il n'empêche que, quand c'est une intention spéciale dans la qualification retenue, c'est cette intention spéciale qu'on va retenir et qu'on va rechercher.

Et comment faites-vous concrètement pour trouver cette intention spéciale ?

[Soupir] Bien... c'est essentiellement de l'ordre du déclaratif... de ce qu'en dit le mis en examen qui peut être effectivement... en relation avec tel ou tel témoignage ou avec tel élément matériel de l'infraction.⁵⁹⁸

Un autre magistrat nous a déclaré, en réponse à une question sur la formation de l'intention au jugement que :

Oui parce que je pense effectivement que les événements n'arrivent pas par hasard ou par magie et qu'ils résultent, pour le coup, que la matérialité de l'infraction résulte d'une volonté humaine... [silence]. Sauf le cas où la volonté est viciée et on arrive à avoir une intention qui n'est pas... est rejetée, n'est pas établie... [silence]. Elle n'est pas... il n'y a pas de magie quoi ! Donc si les choses se sont passées, c'est que quelqu'un avait... si le bien a été soustrait, c'est que quelqu'un a voulu le soustraire.

Et comment distinguer une soustraction et un emprunt ?

[Silence] Il n'y en a... pas vraiment... car quand on emprunte, mais sans l'accord de l'autre, ça reste une soustraction frauduleuse... après pour certaines infractions on va différencier...

Par exemple, la distinction entre l'homicide involontaire, le meurtre et l'assassinat ?

[Long silence] Je pense qu'on va retravailler sur... sur tous les éléments de contexte du coup... Et effectivement sur le moment, est-ce que c'était encore son intention ou pas, on va travailler sur le mobile qui va pouvoir animer l'auteur du meurtre. Donc s'il y a tellement d'animosité et de... d'envie de tuer... le décès va être relié à cette volonté de tuer.

Finalement, les mobiles sont donc déterminants dans votre travail ?

Je pense... [silence]. Je pense. On a un dossier là [anonymat préservé]. Un couple qui se dispute, dans un bar. L'autre part. Il revient à la maison, il charge un fusil et sort

⁵⁹⁸ E.M-4, entr. cit., janvier 2021.

sur le parking au moment où sa femme arrive également pour le rejoindre et... et du coup il... il braque en gros le fusil, et la question c'est de savoir est-ce qu'il braque le fusil, il sort le fusil, est-ce qu'il la vise ou pas... c'est une question sur la matérialité des faits qui nous dit est-ce qu'il a l'intention de la braquer ou pas. Lui il dit qu'il voulait se suicider en fait, et qu'il sort avec le fusil pour montrer qu'il va se mettre une balle dans la tête. Elle, elle dit qu'elle a été braquée. Je pense qu'on peut recomposer... moi j'aurais dans la présidence, parce que c'est moi qui ai présidé le dossier, mais je m'en souviens plus... je pense que j'aurais recomposé le climat, son état psychique tout au long de la dispute finalement, qui a lieu dans un bar, se continue sur la route, et qui revient du coup chez lui. Dans quel état d'esprit il était au moment où il quitte le bar, dans quel état d'esprit il est au moment où il couche sa fille dans sa chambre, dans quel état d'esprit il est quand il charge le fusil et qu'il sort. S'il dit effectivement « J'étais hyper en colère et je voulais vraiment lui faire peur, qu'elle arrête de me faire suer », en gros, je pense que je caractériserais l'intention dans ce cas, voilà, par tout le déroulé du contexte en fait...

Oui... je pense que c'est ça, une somme d'éléments matériels qui donne un faisceau d'indices pour capter l'intention. Après, quand on analyse les intentions et que pour le coup, on... c'est la responsabilité là. Et du coup on est effectivement sur l'analyse de sa capacité à penser les choses, faire des choix, etc. Et pour le coup c'est le psychiatre qui nous dit « il n'a pas pu faire ça de manière intentionnelle, il y avait une force interne, externe, qui l'empêchait de penser ». Mais sinon, je pense que ce sont les éléments matériels qui caractérisent l'intention⁵⁹⁹.

Nous le voyons, que ce soit du côté de l'instruction, comme celui du jugement, l'intention n'est pas appréhendée en elle-même⁶⁰⁰ ; ce sont des récits qui sont importants, des choses éminemment factuelles qui entrent en jeu. La surprise tient dans l'intérêt marqué des magistrats et magistrates pour les mobiles, qui permettent, dans leur travail, de caractériser l'intention. Il n'y a donc absolument rien de nouveau par rapport au fonctionnement tel que nous l'imaginions sous l'empire de l'ancien texte. Mieux encore, alors que l'intention comme élément constitutif nous semblait être la nouveauté de la seconde moitié du XIX^e siècle, reprise dans le Code de 1994, il semblerait que les magistrats classent l'intention du côté de l'imputabilité également, avec l'expertise psychiatrique. L'intention est donc duale et joue sur deux plans : le premier, celui de l'imputabilité ; le second, dans les éléments constitutifs de l'infraction.

⁵⁹⁹ E.M-1, entr. cit., décembre 2020.

⁶⁰⁰ Une nouvelle fois, nous précisons que ces extraits sont mobilisés parce qu'ils sont représentatifs des propos tenus par la majorité, voire l'ensemble, des répondants.

Il en découle que, par son absence continue de définition, parce qu'elle est appréhendée par les mobiles et, surtout, par des descriptions matérielles de faits, il n'y a rien de nouveau à se mettre sous la dent sous l'impulsion du *Code pénal* de 1994 en matière intentionnelle. Certes, ce Code textualise la nécessité de la notion ; pour autant, cela ne chamboule absolument pas le travail de la justice, ni même les développements doctrinaux. C'est en cela que nous évoquons une textualisation sans révolution. Le Code prévoit désormais l'intention en son sein ; c'est bien là, finalement, la seule nouveauté.

Section II. La mutation ininterrompue de la magistrature

Les magistrats sont en première ligne en matière d'intention. Ce sont eux qui doivent la reconstruire, l'apprécier, la qualifier, la comprendre. De surcroît, puisque c'est une notion qui ne bénéficie d'aucune définition, qu'elle soit doctrinale ou législative, ils demeurent relativement libres d'en faire ce qu'ils souhaitent. Dès lors, nous avons postulé que, dans ce creux législatif, rempli par les narrations des exactions criminelles, les juges allaient comprendre l'intention en mobilisant leur bagage personnel, leur *habitus*. La question était d'autant plus intéressante que les magistrats composaient un corps relativement homogène jusqu'au début du XX^e siècle. À partir de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle cependant, se posent de véritables questions sur le mode de recrutement des juges. La diversification était alors en marche.

Nous nous proposons de revenir sur deux changements majeurs qui démontrent les avancées dans la composition du corps des juges. Alors que le magistrat du XIX^e siècle était un homme, aisé, propriétaire, catholique, et qui héritait de la fonction par un parent, cette situation est absolument renversée au cours du XX^e siècle. Nous assistons non seulement à la féminisation de la profession pour répondre à un manque criant de candidats aux fonctions, mais également à un syndicalisme croissant (§ 1).

Ce faisant, nous postulons que les décisions rendues seront peut-être moins homogènes que par le passé. S'il était possible de raisonner par la généralité au cours du XIX^e siècle, il nous est désormais impossible de défendre l'idée selon laquelle les magistrats défendent des valeurs proches de la chrétienté ou de la bourgeoisie. Cette nouvelle diversité entraîne, pour nous, une autre diversité dans les décisions qui seront rendues, et qui seront peut-être plus proches de la population dans sa globalité (§ 2).

§ 1. Une nouvelle diversité dans le recrutement

Après 1945, la magistrature n'attire plus un grand nombre de candidats et se développe une crise dans le recrutement des juges. Malgré la mise en place du concours 1906⁶⁰¹ – bien vite remplacé par un examen en 1908⁶⁰² –, et la création Centre National d'Études Judiciaires en 1958⁶⁰³, la profession ne séduit plus, puisqu'elle ne démontre plus les mêmes caractéristiques de distinction professionnelle et sociale. Outre une augmentation de la rémunération pour essayer de convaincre les étudiants de se diriger vers la magistrature et tenter de redorer l'image de la profession, les pouvoirs publics se voient contraints de recourir à une véritable campagne de promotion à destination de la jeunesse pour créer des vocations.

L'ouverture plus grande des concours, pour augmenter le nombre de magistrats, entraîne deux conséquences majeures qui nous intéressent au premier chef. Non seulement il est désormais impossible de dire qu'il s'agit d'un corps d'hommes, parce que la magistrature se féminisera dans la seconde moitié du XX^e siècle (A), mais également, nous pouvons observer une plus grande diversification des positions politiques chez les personnes qui vont faire leur entrée dans ce corps qui était, auparavant, plutôt conservateur⁶⁰⁴ (B).

⁶⁰¹ Décret du 18 août 1906 dit « Décret Sarrien ». Pour plus de précisions sur ce décret et sur la tentative de conserver l'indépendance de la magistrature, voir notamment Joseph DELPECH, « À propos du décret Sarrien (18 août 1906). Quelques remarques de droit comparé sur les moyens d'assurer en pratique l'indépendance des juges vis-à-vis du pouvoir », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 24 (1907), p. 67-91.

⁶⁰² Décret du 13 février 1908 dit « Pour le recrutement et l'avancement des magistrats ». Ce décret met en place un concours, mais le niveau des exigences n'est pas très élevé.

⁶⁰³ Jean-Pierre ROYER, « Généalogie de l'École nationale de la magistrature – à propos du mode de recrutement des magistrats depuis la Révolution », art. cit., p. 72.

⁶⁰⁴ Nous n'oublions pas, par exemple, que certains magistrats ont préféré démissionner par le passé, plutôt que de prendre fait et cause contre la religion catholique. Sur ce dernier point, voir Jean-Pierre ROYER, Renée MARTINAGE et Pierre LECOCQ, *Juges et notables au XIX^e siècle*, op. cit., p. 384 et s. Ce n'est qu'à partir de la III^e République que les magistrats finiront par se détourner du catholicisme à la faveur de la franc-maçonnerie. Sur ce dernier point, voir Jean-Louis DEBRÉ, *La justice au XIX^e siècle, Les magistrats*, op. cit., p. 130 et s.

A. Une magistrature féminisée

La crise des vocations entraîne des chamboulements divers au sein du recrutement des nouveaux magistrats. Plus particulièrement, nous notons une féminisation croissante de la profession à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle⁶⁰⁵. Certains y voient un signe de la normalisation de la magistrature, qui serait tombée de son piédestal ; les femmes n'arriveraient à percer dans certains domaines qu'à condition qu'ils ne soient plus réservés à une élite⁶⁰⁶.

De manière générale, il convient de noter que la profession était majoritairement masculine jusque dans le XX^e siècle, et que l'on continuait de rencontrer des *dynasties* de magistrats, avec de nombreux auditeurs de justice qui ont au moins un parent dans ce milieu particulier⁶⁰⁷. L'entrée des femmes n'est donc pas anodine et montre l'ouverture de la profession à l'ensemble des classes de la société, en mettant un terme à la discrimination première qui était fondée sur une différenciation des sexes.

Cependant, il ne faudrait pas croire que l'arrivée de femmes démontre un affaiblissement des traditions dans le corps des juges. Les magistrates, dans un souci d'intégration, ont même plutôt tendance à reproduire les schémas de leurs collègues masculins. Par exemple, nous supposons que pour contrer la critique selon laquelle elles seraient trop indulgentes, elles vont avoir tendance, plus ou moins consciemment, à prononcer des peines sévères et à faire preuve d'une relative intransigeance⁶⁰⁸.

Ce mécanisme de reproduction des us et coutumes du corps des magistrats peut vraisemblablement trouver une explication dans le fait que deux tiers des magistrates sont issues de classes aisées, et ont reçu une éducation religieuse avec le catéchisme.

⁶⁰⁵ Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 220. Plus spécifiquement encore, nous relevons que les femmes sont autorisées à rejoindre la magistrature à partir de 1946. Voir la loi n° 46-643 du 11 avril 1946 dite « Ayant pour objet de permettre aux femmes d'accéder à la magistrature ».

⁶⁰⁶ Voir notamment les enseignements de Pierre BOURDIEU, *La distinction. Critique sociale du jugement*, Paris, Éditions de Minuit, 1979, p. 149-150. Également, Céline BESSIÈRE, Sibylle GOLLAC et Muriel MILLE, « Féminisation de la magistrature : quel est le problème ? », *Travail, genre et sociétés*, 2 (2016), p. 175-180.

⁶⁰⁷ Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 218-219.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 222. Sur la méfiance de la Chancellerie à l'égard de la féminisation de la profession, voir Anne BOIGEOL, « La magistrature française au féminin : entre spécificité et banalisation », *Droit et Société*, 25 (1993), p. 490. Également, Catherine FILLON, Marc BONINCHI et Arnaud LECOMPTE, *Devenir juge. Modes de recrutement et crises des vocations de 1830 à nos jours*, op. cit., p. 152.

Seul le dernier tiers est issu de classes moins favorisées avec une éducation laïque⁶⁰⁹. Nous saisissons alors, une nouvelle fois, les liens qui peuvent exister entre la religion, le conservatisme, et le métier de juger. Il faut néanmoins préciser que plus nous avançons dans le XX^e siècle, moins cette remarque sera vérifiée. En effet, cette analyse est valable dans les recrutements à partir des années 1980, mais est en déclin dans les décennies suivantes, au fur et à mesure d'une ouverture toujours plus grande de la magistrature à l'ensemble des classes sociales⁶¹⁰.

Finalement, en même temps que la profession se féminise, l'esprit dynastique s'effrite au profit d'un corps moins sociologiquement homogène, où l'on peut rencontrer des fils et filles d'ouvriers à côté d'autres dont les parents sont dans les professions intellectuelles supérieures⁶¹¹.

En termes de chiffres, nous avons pu dire que la crise dans le recrutement qui frappe la profession dans la première moitié du XX^e siècle voit le concours s'ouvrir plus largement pour permettre d'enrôler en nombre suffisant. Alors que le recrutement de femmes avait tendance à stagner dans les années 1960, il repart à la hausse par la suite, de telle sorte qu'en 1976, il y a plus de candidates que de candidats à l'ENM, et qu'en 1992 elles représentent 73 % du nombre de candidats. La situation s'inscrit d'ailleurs en ce sens jusqu'à aujourd'hui, où le corps de la magistrature comprend désormais une majorité de femmes à l'issue du concours d'entrée à l'ENM. En termes de chiffres, les femmes représentent 8 % des juges en 1966, 41 % en 1989, avant de passer à 50 % en 2000 et même plus de 57 % dans les années qui suivent⁶¹².

Cette modification du corps social de la magistrature intéresse l'intention en ce qu'elle est une notion, nous l'avons dit, non définie. Or, en tant que notion impalpable, nous postulons que les magistrats remplissaient ce concept avec leurs habitudes de vie, leur conception de la société et leur compréhension des faits humains. Cette perception est différente selon la classe sociale à laquelle nous appartenons ; par

⁶⁰⁹ Sur les origines sociales des magistrats, voir notamment Anne BOIGEOL, « La magistrature française au féminin : entre spécificité et banalisation », art. cit., p. 491-499 ; également, Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 221.

⁶¹⁰ Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 216 et s.

⁶¹¹ De manière générale, sur l'absence d'une pensée de corps, voir l'étude de Mathieu SOULA, « "Faire corps", une illusion d'institution ? », dans Jacques Krynen et Jean-Christophe Gaven (dir.), *Les désunions de la magistrature*, Toulouse, PUT, 2012, p. 124-136.

⁶¹² Anne BOIGEOL, « La magistrature française au féminin : entre spécificité et banalisation », art. cit., p. 490 ; Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 221-222.

exemple, un locataire n'aura pas le même rapport à la propriété qu'une personne propriétaire de son domicile⁶¹³. Nous posons l'hypothèse que les femmes magistrates n'auront peut-être pas la même manière de concevoir les choses qu'un corps exclusivement composé d'hommes. Par exemple, les hypothèses de harcèlement sexuel, qui sont souvent le fait d'hommes, ne seront peut-être pas jugées de la même manière par des magistrates certainement plus sensibles à ces questions en tant que victimes potentielles⁶¹⁴, qu'un public de magistrats. Cette hypothèse est, certes, poussée à son extrême, mais elle cherche à démontrer une tendance certainement vérifiable, au même titre que des études ont pu vérifier que les femmes semblent plus sévères pour asseoir leur légitimité⁶¹⁵.

Par principe, les magistrats et les magistrates doivent oublier leur subjectivité pour statuer de manière neutre et objective. Néanmoins, les juges restent humains et ils ne peuvent pas être totalement neutres dans leurs décisions, de l'aveu même de l'ensemble des magistrats avec qui nous nous sommes entretenus⁶¹⁶. Certes, ils recherchent cette neutralité, ils essayent de prendre conscience de leurs biais pour tendre vers plus d'objectivité. Toutefois, il reste délicat d'être effectivement neutre, ce qui explique en partie, certainement, l'aléa judiciaire⁶¹⁷. En témoigne la harangue aux magistrats d'Oswald Baudot (1926-1994)⁶¹⁸, qui prône la partialité pour parvenir à plus de justice.

⁶¹³ Nous renvoyons, une nouvelle fois, au concept bourdieusien d'*habitus*. Anne-Catherine WAGNER, « Habitus » [en ligne], *Sociologie*, publié le 1^{er} mars 2012 [consulté le 18 septembre 2022], URL : <https://journals.openedition.org/sociologie/1200#quotation>.

⁶¹⁴ Voir notamment la synthèse du ministère de l'Intérieur sur le harcèlement de rue, qui vise en premier lieu la protection des femmes. MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR, *Baromètre du harcèlement de rue* [en ligne], publié en 2022 [consulté le 18 septembre 2022], URL : <https://www.interieur.gouv.fr/sites/minint/files/medias/documents/2022-02/barometre-harcelement-de-rue-2022.pdf> : « En quatre ans, grâce à leur mobilisation, les forces de sécurité intérieure ont relevé près de 5000 occasions de protéger les femmes et de leur permettre de se sentir davantage en sécurité dans l'espace public ».

⁶¹⁵ Anne BOIGEOL, « La magistrature française au féminin : entre spécificité et banalisation », art. cit., p. 514 et s.

⁶¹⁶ E.M-1, entr. cit., décembre 2020 ; E.M-2, entr. cit., décembre 2020 ; E.M-3, entr. cit., décembre 2020 ; E.M-4, entr. cit., janvier 2021 ; E.M-5, entr. cit., février 2021 ; E.M-6, entr. cit., mars 2021 ; E.M-7, entr. cit., mars 2021 ; E.M-8, entr. cit., mars 2021 ; E.M-9, entr. cit., mars 2021 ; E.M-10, entr. cit., mars 2021 ; E.M-11, entr. cit., avril 2021 ; E.M-12, entr. cit., avril 2021 ; E.M-13, entr. cit., avril 2021 ; E.M-14, entr. cit., avril 2021 ; E.M-15, entr. cit., avril 2021 ; E.M-16, entr. cit., avril 2021 ; E.M-17, entr. cit., avril 2021 ; E.M-18, entr. cit., avril 2021 ; E.M-19, entr. cit., juin 2021.

⁶¹⁷ Simone GABORIAU, « La harangue de Baudot, plaidoyer pour une impartialité réelle », *Délibérée*, 3 (2018), p. 31-37.

⁶¹⁸ Oswald BAUDOT, « Harangue à des magistrats qui débutent, 1974 » [en ligne], *LDH Toulon*, publié le 1^{er} janvier 1999 [consulté le 17 septembre 2022], URL : <https://section-ldh-toulon.net/la-harangue-de-Baudot-a-des.html>.

Il en ressort à titre principal que la profession se féminise, à partir de la seconde moitié du XX^e siècle, et que cette féminisation vient bouleverser la composition du corps de la magistrature. Il serait utopique de croire que le corps répond à une discipline de classe parfaite, mais il reste possible d’imaginer que plus la profession est homogène, plus les décisions qui sont rendues sont le reflet d’un corps social déterminé. Par comparaison, nous pourrions soulever le fait qu’une Assemblée nationale plus marquée à droite politiquement, bien que représentant la nation, représente finalement les idéaux politiques de la droite plus que celles de toutes les minorités. La crise des Gilets Jaunes en est une démonstration flagrante et criante⁶¹⁹.

En prenant en considération ces enseignements, nous pouvons donc supposer que la féminisation de la magistrature vient, dans une certaine mesure, modifier les décisions qui seront rendues. Il ne s’agit plus de décisions d’un corps masculin, mais celles d’une profession désormais ouverte à la mixité, malgré la standardisation qui peut résulter d’une formation unique ordonnée par l’École nationale de la magistrature ou ENM⁶²⁰. Puisque l’intention n’a pas de réelle limite et sait vivre en parallèle d’un principe de légalité dont la malléabilité a déjà permis à la notion de s’épanouir en dehors des textes, nous supposons que l’intention telle que retenue par un cortège de juges masculins ne sera peut-être pas la même que celle d’une cohorte désormais mixte. Cela est renforcé par les origines sociales de plus en plus modestes qui font leur entrée à l’ENM, poussant même jusqu’à la création du Syndicat de la magistrature, ce que nous allons désormais nous attacher à analyser.

B. Une magistrature syndicalisée

Il aurait été impensable au XIX^e siècle de voir se former un syndicat pour les magistrats ; la connotation est bien trop marquée à gauche politiquement pour correspondre avec les envies et attentes d’un corps de notables⁶²¹. En effet, pendant ce

⁶¹⁹ Gérard GRUNBERG, « Les “gilets jaunes” et la crise de la démocratie représentative », *Le Débat*, 2 (2019), p. 95-103.

⁶²⁰ Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l’Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 224 et s. Également, sur la recherche de dénominateurs communs entre les magistrats, voir Catherine FILLON, Marc BONINCHI et Arnaud LECOMPTE, *Devenir juge. Modes de recrutement et crises des vocations de 1830 à nos jours*, op. cit., p. 225-284.

⁶²¹ Nous l’avons dit, les magistrats sont majoritairement des notables sur la période du XIX^e siècle et une partie du XX^e siècle, même si le prestige attaché à la profession est sur le déclin. Sur ce point, voir notamment Jean-Pierre ROYER, Renée MARTINAGE et Pierre LECOCQ, *Juges et notables au XIX^e siècle*, op. cit., p. 104 et s.

siècle, la profession était encore fortement marquée par une forme d'hérédité, et il était attendu des juges qu'ils disposent de ressources financières propres et suffisantes pour exercer dans de bonnes conditions⁶²² ; outre la garantie que les magistrats seraient donc les représentants d'une classe sociale aisée, cela devait leur permettre de gagner en autonomie et donc, *in fine*, en impartialité.

Néanmoins, toujours en réponse à la crise des vocations qu'apporte le XX^e siècle⁶²³, l'examen s'ouvre de plus en plus à des catégories sociales diverses. S'il ne faut pas perdre de vue que la majorité des magistrats continuent de provenir des strates les plus aisées et les mieux éduquées de la population, l'hérédité est en déclin continu sur tout le XX^e siècle, à tel point qu'elle ne devient plus la norme⁶²⁴. À titre de démonstration, sur les 19 entretiens que nous avons réalisés avec des magistrats et magistrats, aucun d'entre eux n'a de parents dans le monde de la justice ; un seul déclare avoir eu un grand-père avocat, rien de plus⁶²⁵.

La véritable crise que connaît la magistrature, qui souffre d'une piètre image et de traitements relativement faibles – malgré des revalorisations –, pousse les gouvernants successifs à mener de véritables campagnes pour attirer les étudiants en droit vers ce métier⁶²⁶. Ce faisant, la communication se veut ouverte au plus grand nombre et c'est ainsi que des personnes issues de milieux moins favorisés commencent à faire leur entrée à l'ENM, jusqu'à lors réservée à un cercle relativement restreint. De fait, la composition sociale, en plus de sa féminisation, change dans un sens politique déterminé également.

C'est de cette diversité sociale qu'a pu naître le Syndicat de la Magistrature, très marqué à gauche politiquement, avec des juges que l'on qualifiera parfois de « juges rouges »⁶²⁷. Si la démarche reste remarquable, il ne faut pas oublier que quelques magistrats se sont déjà distingués pour leurs prises de position qui peuvent

⁶²² Jean-Pierre ROYER, Renée MARTINAGE et Pierre LECOCQ, *Juges et notables au XIX^e siècle*, *op. cit.*, p. 103-190.

⁶²³ Catherine FILLON, Marc BONINCHI et Arnaud LECOMPTE, *Devenir juge. Modes de recrutement et crises des vocations de 1830 à nos jours*, *op. cit.*, p. 80-142.

⁶²⁴ Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, *op. cit.*, p. 216-218.

⁶²⁵ E.M-9, entr. cit., mars 2021.

⁶²⁶ Catherine FILLON, Marc BONINCHI et Arnaud LECOMPTE, *Devenir juge. Modes de recrutement et crises des vocations de 1830 à nos jours*, *op. cit.*, p. 143 et s. ; Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, *op. cit.*, p. 216.

⁶²⁷ Marc ROBERT, *On les appelle les juges rouges*, Paris, Téma, 1976.

surprendre, à l'image du juge Magnaud à la fin du XIX^e siècle⁶²⁸. Du reste, il ne faut pas dissocier la création des principaux syndicats de la magistrature du mouvement associatif qui lui précède⁶²⁹. Dès la première moitié du XX^e siècle, en effet, des associations de magistrats voient le jour, pour défendre la profession et œuvrer pour un meilleur rendu de la justice, tout en rappelant son indépendance face au pouvoir politique⁶³⁰. L'heure n'est pas, cependant, aux revendications radicales et de rupture. Néanmoins, ce sont bien les associations qui posent les premières bases pour les futurs syndicats. Ce mouvement est favorisé grâce à l'ouverture relative dont bénéficie le corps de la magistrature dans la première moitié du XX^e siècle, ouverture qui s'accélérera dans la seconde moitié de ce même siècle, à la faveur de la réforme du recrutement en 1958 et de l'instauration du concours, qui met un terme définitif aux éventuelles cooptations⁶³¹.

Deux associations principales voient le jour, la première en 1911 : l'Association amicale de la magistrature. À la suite de la Première Guerre mondiale, naissent deux autres associations : l'Union professionnelle des magistrats de France et d'outre-mer, ainsi que la Fédération des cours et tribunaux⁶³². Le but de toutes ces associations, outre le désir d'un regroupement professionnel, était de défendre l'indépendance de la magistrature face au pouvoir exécutif et au pouvoir législatif. Nouveau conflit, nouvelle association, puisqu'à la suite de la Seconde Guerre mondiale se forme l'Union fédérale des magistrats, lointaine héritière de l'Association amicale de la magistrature⁶³³.

Sans être véritablement syndicale, l'association porte néanmoins des revendications en termes de revalorisation de la profession, notamment concernant les

⁶²⁸ Ici, voir notamment la description faite par Raffaele MARJETTI, « Le phénomène Magnaud », *La Revue socialiste*, 37 (1903), p. 651-662. Pour une synthèse contemporaine, voir Jean-Claude FARCY, « Du "bon juge" aux "juges rouges" », dans Jacques Krynen et Jean-Christophe Gaven (dir.), *Les désunions de la magistrature*, Toulouse, PUT, 2012, p. 113-146.

⁶²⁹ Sur ce point, voir notamment la synthèse réalisée par Béatrice FOURNIEL, « Associations et syndicats de magistrats de l'ordre judiciaire dans la France du XX^e siècle », dans Jacques Krynen et Jean-Christophe Gaven, *Les désunions de la magistrature (XIX^e-XX^e siècle)*, Toulouse, PUT, 2012, p. 147-170.

⁶³⁰ Béatrice FOURNIEL, « Associations et syndicats de magistrats de l'ordre judiciaire dans la France du XX^e siècle », art. cit., p. 148-149.

⁶³¹ Jean-Louis DEBRÉ, « Michel Debré, une certaine idée de la justice », *Les Cahiers de la Justice*, 1 (2010), p. 47-57 ; Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 224 et s.

⁶³² Béatrice FOURNIEL, « Associations et syndicats de magistrats de l'ordre judiciaire dans la France du XX^e siècle », art. cit., p. 148-150 ; Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 218.

⁶³³ Béatrice FOURNIEL, « Associations et syndicats de magistrats de l'ordre judiciaire dans la France du XX^e siècle », art. cit., p. 109.

salaires qui avaient stagné⁶³⁴ ; la modification de la composition du corps social de la magistrature faisait, en effet, que les nouveaux venus n'avaient pas de rente autonome, comme cela pouvait être le cas au XIX^e siècle. C'est également cette association qui milite pour la création d'une école nationale de la magistrature. L'un de ses principaux chevaux de bataille était la défense de l'autonomie de la justice, qu'elle considérait non pas comme une autorité, mais un véritable pouvoir⁶³⁵.

Les deux principaux syndicats de la magistrature découlent de cette tradition associative et, de manière plus resserrée encore, proviennent assez directement des associations constituées dans la première moitié du XX^e siècle. Le premier syndicat est né le 8 juin 1968 – le Syndicat de la magistrature –, et sa reconnaissance officielle date du 1^{er} décembre 1972, à la suite de l'arrêt « Obrego » du Conseil d'État⁶³⁶ ; le deuxième syndicat apparaît en 1974 ; il s'agit de la transformation de l'Union fédérale des magistrats en Union syndicale des magistrats⁶³⁷.

Si la syndicalisation est un mouvement en soi intéressant, pour notre part, il accroche notre regard en ce qu'il peut traduire de la mentalité des juges qui composent le corps de la magistrature. Les notables du XIX^e siècle, partageant des valeurs bourgeoises, n'auraient su créer de syndicat : ils n'en auraient certainement pas eu l'envie ni le besoin. Ce qui nous intéresse ici, c'est justement le fait que des juges estiment nécessaire de devoir défendre l'autonomie de la justice⁶³⁸ ; plus encore, c'est le fait que des magistrats se soulèvent contre leurs conditions matérielles d'exercice, ce qui prouve qu'ils ne font plus partie d'une certaine caste qui peut se passer d'émoluments pour vivre⁶³⁹.

⁶³⁴ Béatrice FOURNIEL, « Associations et syndicats de magistrats de l'ordre judiciaire dans la France du XX^e siècle », art. cit., p. 110 ; sur l'évolution des salaires, voir notamment Jean-Charles ASSELAIN, *L'argent de la justice. Le budget de la justice en France de la Restauration au seuil du XXI^e siècle*, op. cit., p. 395 et s.

⁶³⁵ Compte rendu, « Le congrès de l'Union fédérale des magistrats (Lyon, 17-19 mai 1965) », *Revue internationale de droit comparé*, 4 (1965), p. 924 : « M. Jean Reliquet, président de l'Union fédérale des magistrats, ne manqua pas de souligner l'importance que donnait son Association à ce dogme de l'indépendance, qualité essentielle du magistrat, et condition première de l'exercice d'une saine justice. Encore, précisa-t-il, cette indépendance ne doit-elle pas être seulement exigée du caractère du juge, mais pour être hors de soupçon, garantie par les institutions ».

⁶³⁶ Conseil d'État, Section, 1^{er} décembre 1972, n° 80195, dit *Obrego*.

⁶³⁷ Béatrice FOURNIEL, « Associations et syndicats de magistrats de l'ordre judiciaire dans la France du XX^e siècle », art. cit., p. 111.

⁶³⁸ Comme le démontre Jean Reliquet lors du Congrès de l'Union fédérale des magistrats de Lyon les 17-19 mai 1965.

⁶³⁹ Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 214.

En termes d'intention, ce point peut signifier, comme pour la féminisation, que nous surprenons ici une bascule. En effet, les magistrats qui ont des parents ouvriers, employés, etc. n'auront certainement pas la même manière de reconstruire l'histoire des faits et de l'intention, que les magistrats ayant des parents indépendants, chefs d'entreprise, de profession libérale, etc. À gros traits, puisque les magistrats se rapprochent de la population qu'ils ont à juger quotidiennement, leur mode réflexif sera donc vraisemblablement voisin de la logique réflexive du citoyen. L'histoire de l'intention sera la plus logique et la plus vraisemblable, non pas dans une optique « bourgeoise », mais dans une optique appréciant les éléments comme le ferait la classe moyenne ou, du moins, une classe qui ne représente plus une catégorie totalement éloignée des considérations partagées par les classes sociales autres que les catégories les plus aisées. Puisque l'intention n'est aucunement définie, nous postulons, toujours, que ce sera l'*habitus* des magistrats qui viendra, entre autres, remplir cette case vide.

Parce que le recrutement se diversifie sous l'impulsion du concours mis en place dans la seconde moitié du XX^e siècle⁶⁴⁰, nous pouvons constater l'arrivée de juges qui sont plus marqués politiquement à gauche, et sont donc sensibles aux thématiques de revalorisation de leur rémunération. C'est notamment dans ce fer que sera forgé le Syndicat de la Magistrature⁶⁴¹, nous l'avons vu. Deux vagues de contestations prennent vie ; le premier sera mené par Oswald Baudot, qui invite ses collègues à s'interroger sur leurs préjugés inconscients et leur demandait de corriger leurs décisions par les déséquilibres induits des hiérarchies sociales⁶⁴². La seconde, qui commence dans les années 1990, touche des revendications d'ordre cette fois matérielles, avec l'émergence de fortes personnalités comme Éva Joly ou Éric Halphen. Bien qu'il semblerait que ce corps ordinairement conservateur s'inscrive dans un mouvement revendicatif et progressiste, cela reste à nuancer. En effet, le mouvement dit des « juges rouges » par exemple, loin d'être un phénomène majoritaire, est en fait un élément de pointe, n'ayant affecté que quelques personnalités⁶⁴³. Le reste de la profession, tout en prenant fait et cause pour des combats opposants faibles et pauvres

⁶⁴⁰ Jean-Louis DEBRÉ, « Michel Debré, une certaine idée de la justice », art. cit., p. 47-57 ; pour un parallèle intéressant entre architecture et vision sur la justice, voir l'article de Franck DELORME, « L'École nationale de la magistrature : une architecture nouvelle pour une justice rénovée (1960-1972) » [[en ligne](#)], *In Situ*, publié le 10 janvier 2022 [consulté le 17 août 2022], URL : <https://journals.openedition.org/insitu/33330#quotation>.

⁶⁴¹ Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 248 et s.

⁶⁴² Oswald BAUDOT, « Harangue à des magistrats qui débutent, 1974 » [[en ligne](#)], art. cit.

⁶⁴³ Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 325.

à l'extérieur de leur travail, fait néanmoins tout son possible pour rester loin de cette mouvance péjorative⁶⁴⁴.

Ainsi, lorsque les nouveaux magistrats investissent leurs habits et les tribunaux, ils sont encore pleins de motivation, mais peu à peu finissent par se résigner et à maintenir l'ordre social établi⁶⁴⁵. Dans cet abandon de leurs idéaux, nous voyons un élément explicatif : si pendant longtemps les liens avec le pouvoir exécutif et les magistrats étaient très étroits, puisque ce dernier les nommait, plus nous progressons dans le XX^e siècle, moins cette remarque demeure vraie ; initialement, il fallait donc que les juges correspondent aux traits caractéristiques que recherchait le pouvoir pour entrer dans la profession mais, plus tard, une fois en poste, il devenait nécessaire de correspondre à l'idéologie dominante du secteur. Ainsi, être conservateur et respecter l'ordre établi par les lois, c'est faire montre d'intégration dans la profession, tout comme nier appartenir au Syndicat de la Magistrature. Ce faisant, le pouvoir obtient des alliés indirects, qui respectent les décisions non plus pour être choisis et pouvoir juger, mais pour s'intégrer professionnellement dans le monde de la magistrature. C'est du moins l'hypothèse que nous posons, tout en gardant à l'esprit que le corps de la magistrature se diversifie de plus en plus et ne saurait être appréhendé comme étant éminemment homogène⁶⁴⁶.

Par conséquent, nous relevons un double changement, avec la féminisation d'une part, et la syndicalisation d'autre part. Ces éléments viennent ébrécher la conception de la magistrature comme un corps sociologiquement marqué par un certain conservatisme, et donc peuvent rejaillir sur la construction de l'intention. Puisque cette dernière demeure imprécise, les magistrats peuvent y glisser toutes leurs conceptions propres du monde, de leur compréhension des choses, de l'humain. Nous postulons qu'une magistrature plus diversifiée dans son recrutement aura une vision également plus diverse sur l'appréhension de l'intention.

⁶⁴⁴ Catherine FILLON, Marc BONINCHI et Arnaud LECOMPTE, *Devenir juge. Modes de recrutement et crises des vocations de 1830 à nos jours*, op. cit., p. 253.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 267 et s.

⁶⁴⁶ Mathieu SOULA, « "Faire corps", une illusion d'institution ? », art. cit., p. 124-136.

§ 2. Une meilleure connaissance de la société contemporaine ?

Si nous considérons que le corps de la magistrature est plus diversifié, alors nous pouvons également en déduire que les juges ont une meilleure compréhension de la société dans laquelle ils vivent puisqu'ils ne sont plus ces notables qui observaient, de loin, le peuple avec ses bisbilles juridiques. En tant qu'acteurs et actrices de la société contemporaine, il y aurait donc fort à parier que leurs instruments de mesure des faits sociaux soient plus proches de ceux que connaissent également la large frange de la société, à la différence de ce qui pouvait être relevé avant la seconde moitié du XX^e siècle et, plus particulièrement, au cours du XIX^e siècle.

Néanmoins, ce postulat repose sur les éléments fragiles que sont la syndicalisation de la profession, et sa féminisation. Si ces faits font vraisemblablement pencher la balance vers la conception d'un corps plus diversifié que ce que nous pouvions connaître auparavant, il ne faudrait pas non plus leur donner un poids considérable qui dépasserait les influences réelles qu'ils jouent concrètement. C'est ainsi que dans un premier temps nous nous questionnerons la composition sociale de la magistrature, en sortant des deux grilles d'analyses précédentes pour avoir un regard plus global (A). Cela nous permettra de nous intéresser sur les *habitus* qui peuvent continuer de prendre forme dans l'esprit des juges et guider leurs décisions, particulièrement sur la question de l'intention, et d'essayer de saisir si leurs décisions peuvent effectivement être plus hétérogènes (B).

A. Un corps véritablement plus diversifié ?

Si nous avons pu relever une forme d'ouverture interne de la magistrature, grâce à la féminisation de la profession et sa syndicalisation, rien n'atteste que cette ouverture soit également externe et soit gage d'une accession des couches populaires à ce métier d'élite au sein du fonctionnariat. En effet, il ne faudrait pas que nous nous laissions emporter par les apparences, et il conviendrait de mieux rentrer dans le détail des personnes qui composent, réellement, ce corps de juges.

Alors que la figure du magistrat notable commence à décliner à la fin du XIX^e siècle, comme nous l'avons étudié, il faut attendre véritablement le milieu du XX^e siècle, avec la réforme du concours et la création d'une école nationale pour que le

système devienne véritablement méritocratique⁶⁴⁷. Si la méritocratie a l'avantage premier de faire obstacle à une forme de reproduction sociale institutionnelle dans la composition du corps des magistrats ou, du reste, de toute autre catégorie professionnelle, il reste que l'origine des candidats et candidates peut demeurer fortement sociologiquement marqué : il est nécessaire d'avoir un bagage culturel adéquat avec la profession pour, ne serait-ce qu'avoir envie d'endosser cette responsabilité et, plus loin, de réussir le concours d'entrée dans l'école.

Dès lors, bien que la féminisation et la syndicalisation soient des marqueurs d'une magistrature qui se normalise et quitte les rives d'une profession dynastique, ce qui est renforcé par la mise en place du concours, une étude réalisée auprès de 1200 magistrats et magistrates révèle que l'ascenseur social reste encore relativement grippé dans cette profession⁶⁴⁸.

Dans leur étude sociologique, Yoann Demoli et Laurent Willemez analysent que le recrutement des magistrats reprend pour beaucoup le recrutement classique des professions élitistes⁶⁴⁹, avec une surreprésentation d'enfants de chefs d'entreprises, de professions libérales ou de cadres de la fonction publique⁶⁵⁰. Ils notent néanmoins que nous pouvons relever des formes de « démocratisation contenue » dans les recrutements à partir de 2006 et 2019⁶⁵¹, phénomène renforcé par le deuxième concours qui ouvre bien plus les portes à la diversité ; ils affirment alors que « le deuxième concours recrute pour un tiers parmi les classes populaires salariées et indépendantes, et pour un quart parmi les classes moyennes »⁶⁵².

De fait, il semblerait que, si la situation tend à s'améliorer, les magistrats ne soient néanmoins pas représentatifs de la population en règle générale. En effet, il y a une surreprésentation des professions intellectuelles supérieures et d'enfants de

⁶⁴⁷ Jean-Pierre ROYER, « Généalogie de l'École nationale de la magistrature – À propos du mode de recrutement des magistrats depuis la Révolution », art. cit., p. 67 et s.

⁶⁴⁸ Yoann DEMOLI et Laurent WILLEMEZ, « La démocratisation du corps selon l'origine sociale et l'homogamie », dans Mission de recherche Droit et Justice (dir.), *Magistrats : un corps saisi par les sciences sociales*, Colloque droit, Paris, 2020, p. 19.

⁶⁴⁹ Sur ce point, voir notamment Pierre BOURDIEU, *La noblesse d'État : grandes écoles et esprit de corps*, Paris, Éditions de Minuit, 1989 ; également, Paul BOUFFARTIGUE et Charles GADÉA, *Sociologie des cadres*, Paris, La Découverte, 2000.

⁶⁵⁰ Yoann DEMOLI et Laurent WILLEMEZ, « La démocratisation du corps selon l'origine sociale et l'homogamie », art. cit., p. 20.

⁶⁵¹ *Ibid.*, p. 21.

⁶⁵² *Ibid.*

fonctionnaires, qui sont guidés par un esprit du service public⁶⁵³. Nous pourrions donc en conclure que la magistrature, bien qu'elle tende à se démocratiser dans les dernières années, reste une profession élitiste à laquelle ne peuvent accéder tous les enfants des différentes strates de la population. Certainement cette remarque tient-elle également dans la formation même, en amont, des personnes qui se présentent au concours⁶⁵⁴. Les études de droit sont particulières et peuvent contribuer à la formation d'un corps qui s'homogénéise⁶⁵⁵ ; le fait qu'une grande majorité des auditeurs et auditrices de justice provienne des bancs de Sciences Po est une autre caractéristique sociologique qu'il ne faut pas négliger⁶⁵⁶. Bien que cette grande école ait mené, ces dernières années, une politique volontariste pour intégrer plus de diversité dans son recrutement⁶⁵⁷, elle n'en reste pas moins un cursus de formation élitiste, qui répond donc des standards sociologiques d'une telle voie de recrutement.

Par conséquent, il découle de tout cela que la diversité du recrutement de la magistrature peut faire débat. Si nous pouvons mettre en exergue quelques signaux qui sont la preuve d'une ouverture vers les classes populaires dans l'accession au statut d'auditeur ou d'auditrice de justice, il reste que ce n'est qu'un frémissement et que la profession est loin de pouvoir représenter, correctement, la société prise dans sa diversité. Le métier de magistrat continue de bénéficier d'une formation élitiste, qui fait donc obstacle à ce que nous puissions dire qu'il s'agit d'une profession démocratisée, pour reprendre le terme de Yoann Demoli et Laurent Willemez. Néanmoins, les choses vont vers l'amélioration et en aucun cas nous ne pouvons comparer le recrutement contemporain à l'origine sociale des magistrats avant la seconde moitié du XX^e siècle⁶⁵⁸. Tout en restant élitiste, le corps pousse donc vers une

⁶⁵³ Pour une référence générale sur ce point, voir notamment François DE SINGLY et Claude THÉLOT, *Gens du privé, gens du public : la grande différence*, Paris, Dunod, 1988.

⁶⁵⁴ Pour une analyse générale, voir notamment Liora ISRAËL, « Le rôle du droit dans la formation des élites : retour sur une thématique centrale des analyses critiques du droit » [en ligne], *Clio@Themis*, 5 (2012), URL : <https://journals.openedition.org/cliothemis/1753?lang=en> ; également, Liora ISRAËL et Rachel VANNEUVILLE, « Enquêter sur la formation au droit en France. L'exemple des formations extra-universitaires », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1 (2014), p. 141-162.

⁶⁵⁵ Sur la question de l'existence d'une culture juridique française, voir notamment Frédéric AUDREN et Jean-Louis HALPÉRIN, *La culture juridique française*, op. cit.

⁶⁵⁶ Catherine FILLON, Marc BONINCHI et Arnaud LECOMPTE, *Devenir juge. Modes de recrutement et crises des vocations de 1830 à nos jours*, op. cit., p. 196 ; Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 264.

⁶⁵⁷ Sur ce point, voir par exemple l'étude critique de Marco OBERTI et Alice PAVIE, « Les paradoxes d'un programme d'ouverture sociale : les Conventions Éducation prioritaire à Sciences Po », *L'Année sociologique*, 2 (2020), p. 395-422.

⁶⁵⁸ Catherine FILLON, « Coup d'œil rétrospectif sur le recrutement de la magistrature française », dans Mission de recherche Droit et Justice (dir.), *Magistrats : un corps saisi par les sciences sociales*, Colloque droit, Paris, 2020, p. 25-28.

forme de diversité, qui peut nous interroger sur la teneur des décisions qui seront actées en matière d'intention.

B. Des décisions plus hétérogènes ?

En guise de prolégomènes pour cette sous-partie, nous préférons d'avance informer le lectorat que les éléments qui suivront sont essentiellement des réflexions et des hypothèses qui sont tirées des éléments étudiés jusqu'à présent. Sans avoir toujours trouvé directement les sources qui nous permettraient de mieux asseoir notre propos, quelques auteurs nous serviront alors de caution scientifique dans ce que nous avancerons. En effet, il serait intéressant de pouvoir mener une plus large étude sur les conséquences des marqueurs sociologiques que nous relevons dans le corps de la magistrature, en analysant une quantité importante et représentative de décisions de justice. Or, ce travail, par son ampleur, ne correspond pas au format de notre travail et l'orientation principale de nos recherches qui visent à titre principal l'intention.

Nous partons donc du postulat selon lequel l'éducation, le milieu social, la culture, etc. sont des éléments fortement influents dans la vie de chacun et chacune d'entre nous, et donc, *a fortiori*, des juges. Reprenons ici le propos clairvoyant de Gabriel Tarde, lequel exposait que :

Cela ne nous surprendra point si nous analysons avec soin cet état psychologique très spécial qui consiste pour le juge à *être fixé*. Un avocat expérimenté ne manque jamais de reconnaître le moment précis où, brusquement, capricieusement parfois, le magistrat devant lequel il parle vient de franchir cette ligne ; et à partir de ce moment, il sait qu'il est inutile de parler pour lui. Qu'est-ce donc que cette fixation, cette solidification mentale, subite et singulière, dont il s'agit ? Il y entre autant de décision que de conviction. Je crois même qu'il y entre beaucoup de suggestion inconsciente de collègue à collègue ; et c'est peut-être sur l'estrade des magistrats en robe, serrés les uns contre les autres, échangeant de temps en temps un sourire, un demi-mot, que M. Richet pourrait choisir ses meilleurs exemples de cette « suggestion normale sans hypnotisme », si finement étudiée par lui. On ne sait pas avec quelle force l'opinion de certains juges, non toujours les plus instruits, mais en général les plus tenaces et les plus autoritaires, s'imposent à leurs voisins ; et cette considération serait propre à diminuer singulièrement l'avantage des tribunaux à plusieurs têtes, si, en revanche, le juge unique, soustrait à ce genre d'influence confraternelle et désintéressée, n'était exposé à tomber plus complètement sous l'action suggestive, bien plus sujette à caution, de tel ou

tel avocat. Quoiqu'il en soit, d'ailleurs, au moment où le magistrat *se fixe*, que se passe-t-il ? À force d'osciller d'une opinion à l'autre, son esprit se lasse ; un acte de volonté intervient au milieu de ses oscillations, en voie de décroissance d'ailleurs, et y met fin tout à coup ; mais cet acte n'est point senti, et, de la meilleure foi du monde, le juge se croit beaucoup plus éclairé qu'il n'était une seconde avant. Pourtant, la stabilité de cet équilibre intime est obtenue par des degrés très variables de conviction. Une conviction faible soutenue par une décision ferme donne lieu à une fixité aussi grande qu'une conviction forte unie à une décision molle. Si donc la volonté d'être convaincu va grandissant pour une cause quelconque, à raison des circonstances où l'on se trouve, la conviction proprement dite peut décroître impunément. De là sans doute les inégalités numériques que nous venons de signaler⁶⁵⁹.

Nous le voyons, grâce à la plume de Tarde, nous pouvons comprendre la décision du magistrat selon plusieurs angles : une intime conviction, une influence entre collègues, une influence des circonstances dans lesquelles est rendue la justice, etc. De fait, aussi présents soient-ils, ce sont des éléments qui normalement doivent céder face au souci d'impartialité de la justice étatique. Dans un monde idéal, un jugement rendu par le juge X dans un tribunal Y pour une affaire Z doit être identique pour une affaire Y' similaire, mais devant un autre juge, dans un autre tribunal. Or, force est de constater que cette fiction ne tient pas bien longtemps face aux assauts de l'aléa judiciaire⁶⁶⁰. En outre, il convient d'y ajouter le fait que notre intention soit une notion incitant fortement à laisser s'exprimer le côté le plus subjectif du juge qui y est confronté ; le problème de l'arbitraire sans contrôle ne s'en retrouve que renforcé.

Il semblerait donc que nous soyons dans l'hypothèse parfaite pour que les magistrats puissent véritablement imprimer leur marque personnelle sur les décisions qu'ils doivent rendre à partir du moment où ils s'intéressent à l'élément moral ou l'intention. Nous rappelons que cette remarque reste vraie tant en 1840 par exemple, période où l'intention n'était même pas textuellement prévue dans les textes, qu'après 1994 et l'avènement véritable de cette notion dans le nouveau *Code pénal*.

Il est d'ailleurs à relever que le problème du trop grand pouvoir des juges a souvent été pointé par les penseurs du droit tout au long de notre période d'étude, et

⁶⁵⁹ Gabriel TARDE, *La criminalité comparée*, op. cit., p. 127-128.

⁶⁶⁰ Sur les débats contemporains de l'aléa judiciaire saisi par l'informatique, voir notamment Bruno DONDERO, « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *Recueil Dalloz*, 10 (2017), p. 532-538 ; également, Frédéric ROUVIÈRE, « La justice prédictive : peut-on réduire le droit en algorithmes ? », *Pouvoirs*, 3 (2021), p. 97-107.

par là, leur manque de partialité⁶⁶¹. Il nous semble alors que les magistrats suivent essentiellement deux axes dans leurs décisions. Premièrement, nous pouvons dire qu'ils statuent suivant ce qu'ils estiment juste et nécessaire, en faisant appel à leur patrimoine culturel propre, mais partagé dans la profession du fait des marqueurs sociaux que nous avons soulevés. En second lieu, l'autre axe directeur de leurs choix, ce qui constituera presque systématiquement la toile de fond de leurs décisions, ce sera le respect de la politique étatique menée dans un cadre plus général, pour servir une politique criminelle correspondante⁶⁶².

Nous l'avons relevé, la magistrature est un corps qui tend à être caractérisé par un certain conservatisme⁶⁶³, malgré une amélioration contemporaine de la situation. Ils y sont contraints dans une certaine mesure, non seulement parce qu'ils sont à la recherche des honneurs, en quête d'une gratitude de la part des décideurs ; parce qu'ils n'ont pas vraiment d'autre choix pour obtenir de l'avancement du fait de la forte politisation dans les choix de ceux qui bénéficieront ou non d'une promotion ; plus classiquement, afin de ne pas dénoter par rapport à leurs collègues.

L'intention leur permet de répondre à toutes ces exigences, car elle introduit la dose parfaite d'incertitude pour qu'ils puissent donner l'inflexion qu'ils souhaitent à leurs décisions, ce qui n'est pas sans poser problème.

Par exemple, nous pourrions mobiliser le cas topique de l'opposition entre une personne défavorisée et un possédant, les juges étant généralement de grands propriétaires terriens ou des fils de propriétaires : peut-être que le magistrat sera plus sévère à l'encontre de la personne qui lui ressemble le moins. Plus simplement, sans opposition, nous pouvons aussi penser que le délit d'une personne puissante – la

⁶⁶¹ Voir notamment Pellegrino ROSSI, *Traité de droit pénal*, 2^e éd., tome 1, *op. cit.*, p. 2 et 58 ; Gabriel TARDE, *La philosophie comparée*, *op. cit.*, p. 443 et s ; Olof KINBERG, *Les problèmes fondamentaux de la criminologie*, *op. cit.*, p. 8 ; Sabine GRAVIER, *La preuve de l'élément moral*, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁶² Sur ce point, voir Barthélémy MERCADAL, « Recherches sur l'intention en droit pénal », art. cit., p. 7-9 : la jurisprudence n'a pas, contrairement à ce que nous pouvons parfois lui reprocher, une théorie fixe de l'intention, mais une politique criminelle de l'intention qu'elle n'utilise pas seulement pour individualiser la répression, mais surtout pour combler les lacunes du système répressif et définir le devoir social de chacun. Par exemple, quand il sera demandé aux juges d'assouplir les conditions d'existence d'un délit, la jurisprudence pourra jouer sur la marge que lui procure l'intention. L'appréciation de cette notion relève du *bon sens*, de l'*opportunité* ou de l'*équité* : en bref, c'est éminemment subjectif.

⁶⁶³ Pour une illustration ancienne de la situation, en plus de nos propos précédents, voir Pellegrino ROSSI, *Traité de droit pénal*, 2^e éd., tome 1, *op. cit.*, p. 255.

criminalité en col blanc par exemple⁶⁶⁴ –, lui sera plus facilement pardonné, le juge se retrouvant plus dans le comportement de ce dernier que dans le comportement d'une personne sans le sou, qui commettrait le même méfait⁶⁶⁵.

Pouvons-nous, alors, déduire qu'il existe une plus grande hétérogénéité des décisions des magistrats ? La réponse est délicate. Pour continuer le fil de nos hypothèses, nous pouvons éventuellement considérer que, tant que le corps est relativement homogène, les décisions sur l'intention auront certainement tendance à se ressembler. Plus le corps s'ouvre sur la société civile, plus il est diversifié, et plus les décisions tendront vers l'hétérogénéité, marque d'*habitus* différents, fruits de la composition sociale variée du corps de la magistrature. Il y aurait donc des décisions déterminées selon la culture propre de chaque magistrat et de ses origines sociales, constituant des blocs ; existerait un bloc homogène de magistrats provenant d'un milieu social modeste ; un bloc de juges avec des racines plus « bourgeoises » ; etc. Le résultat final sera donc, en reflet d'une composition sociale qui se démocratise, une hétérogénéisation des décisions sur l'intention, propres aux origines sociales des juges.

⁶⁶⁴ D'après Sutherland, la criminalité en col blanc bénéficie d'une relative indulgence dans les systèmes pénaux. Sur ce point, voir Edwin SUTHERLAND, « Crime and Business », *American Academy of Political and Social Science*, 217 (1941), p. 112-118.

⁶⁶⁵ Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, op. cit., p. 325 : il est certain qu'il y a une surreprésentation populaire parmi les personnes poursuivies au pénal : les juges seraient-ils complices des inégalités sociales ? À toutes les époques confondues, les juges sont plus ou moins issus des classes dominantes, même si ce lien a tendance à se distendre aujourd'hui.

Section III. Le droit pénal replié sur lui-même

Notre droit pénal peut, par moments, sembler replié sur lui-même et ne pas accueillir les nouveautés portées par les changements doctrinaux ou sociaux. Ces éléments sont pourtant intéressants pour nous, en ce qu'ils peuvent, à titre principal ou incident heurter le système intentionnel mis textuellement en place par le *Code pénal* de 1994. Si ce n'est pas le système en son entier qui est touché, la place ou la construction de l'intention pourraient être modifiées en ouvrant la porte à d'autres théories contemporaines, qui semblent ignorées par le droit répressif.

C'est notamment le cas face au réalisme juridique. Le mouvement des *Critical Legal Studies*, d'abord décrié, a pourtant su faire des émules aux États-Unis où il prit naissance mais, plus généralement encore, dans les pays de *common law*. Les enseignements sont divers, et appellent de nouvelles disciplines à s'exprimer pour aider à construire et penser l'acte de juger. Ces perspectives qui pourraient renouveler la vision sur le crime et le criminel ne sont pas exploitées en France, où la percée des *Critical Legal Studies* se fait très timide et doit surmonter une opposition parfois féroce de la part d'une doctrine critiquant une américanisation du droit (§ 1).

Enfin, le fonctionnement du droit arrive à nous faire oublier ses fondements, qui ne sont donc pas remis en cause. Pour autant, il ne faut pas omettre que le procès est construit sur des narrations, que son creuset reste les récits qui sont racontés, dans des procès-verbaux, des expertises, ou à l'audience. Le procès, et particulièrement le procès pénal, serait donc un objet discursif de premier ordre, qu'il conviendrait d'analyser en tant que tel. Pourtant, ce n'est pas la voie que semblent adopter les études juridiques jusqu'à présent, et cette approche demeure minoritaire, pour ne pas dire sans influence aucune (§ 2).

§ 1. L'imperméabilité relative face au réalisme juridique

Les *Critical Legal Studies* militent pour une prise en considération du droit comme une construction qui vise finalement la reproduction d'un ordre social dans une compréhension particulière, qui est celle du droit. Il y aurait une distinction radicale entre les pratiques de la vie quotidienne et les règles émises par le droit ; les règles juridiques ne correspondraient pas aux pratiques, mais représenteraient un

système de valeurs déterminées et autonomes. Cette tendance nous invite alors à penser le droit comme une construction d'un champ de valeur déterminé, et ainsi à regarder comment est faite cette construction, concrètement, ce qui passe notamment par une analyse réaliste et critique du travail des magistrats, qui sont au premier rang du système en faisant appliquer les lois. Néanmoins, il serait réducteur de limiter le réalisme juridique aux *Critical Legal Studies* qui, si elles peuvent être une démonstration très critique du réalisme, n'en sont pas la seule manifestation.

Le réalisme dans son ensemble produit une critique sur le fonctionnement de la justice, et milite pour l'intégration du droit avec les autres sciences sociales. En cela nous pourrions voir une forme de lien, même ténu, avec le constructivisme qui souhaitait également transcender les barrières disciplinaires pour appliquer une nouvelle méthodologie de travail. Le réalisme a été particulièrement fort aux États-Unis, avec comme fer de lance les œuvres d'Oliver Holmes (1841-1935) ou Benjamin Cardozo (1870-1938). Le mouvement des *Critical Legal Studies*, qui s'inscrit peu ou prou dans cette filiation, reste lui aussi un mouvement d'Amérique du Nord, qui a pu faire tache d'huile dans les pays de *common law* (A) ; ni le réalisme ni les *Critical Legal Studies* n'ont su, cependant, se propager en droit français (B).

A. Un mouvement américain

Il convient premièrement de justifier que nous évoquions le réalisme juridique dans la période postérieure à 1945, alors même que ce mouvement puise ses racines dans des œuvres créatrices qui sont antérieures. Néanmoins, ce n'est pas tant le mouvement en lui-même que nous souhaitons étudier, mais ses conséquences éventuelles en droit français, dont les prémisses se font sentir même après 1994 et non avant. Il nous faut néanmoins revenir dans cette première sous-partie sur une approche plus historique du mouvement, avant d'en voir les conséquences notamment sous l'angle des *Critical Legal Studies* (ou *CLS* / « *Crits* »).

Le réalisme juridique américain prend naissance avec les interventions ou publications d'une série d'auteurs dont Holmes⁶⁶⁶, Brandeis (1856-1941)⁶⁶⁷, Cardozo⁶⁶⁸, Frankfurter (1882-1965)⁶⁶⁹ ou Frank (1889-1957)⁶⁷⁰. Si les perspectives sont plurielles, ce qui peut faire obstacle à ce que nous parlions d'une véritable école de pensée, nous pouvons relever quelques points communs entre ces auteurs et ces tendances, notamment la prise en considération du droit comme création du juge⁶⁷¹. C'est en partant de ce postulat qu'il devient intéressant de se pencher sur l'activité judiciaire, sur la subjectivité des magistrats, les conditions dans lesquelles ils travaillent, rendent la justice. C'est également pour cela qu'un intérêt marqué observera le procès comme la production d'une norme racontée, et donc de l'influence du langage comme élément déterminant des audiences⁶⁷².

Le mouvement a souvent été critiqué⁶⁷³, mais il convient de remarquer qu'il a su faire des émules au fil des ans, et que cette approche qui mélange le droit avec d'autres sciences sociales permet de faire éclore des études riches en enseignements, qui sortent du cadre classique de la production doctrinale. C'était d'ailleurs l'un des enjeux pour le réalisme juridique : sortir de la répétition de grands principes tels que pouvait les assener la doctrine juridique classique.

Michel Tropper résume l'approche réaliste en expliquant que :

Lorsque l'interprétation émane d'une autorité compétente, qui n'est d'ailleurs pas nécessairement un juge, et que les décisions de cette autorité sont insusceptibles de recours, elle s'impose et produit des effets dans l'ordre juridique quel que soit son

⁶⁶⁶ Oliver Wendell HOLMES, « The Path of the Law » [[en ligne](#)], *Harvard Law Review*, publié en 1897 [consulté le 21 août 2022], URL : <http://moglen.law.columbia.edu/LCS/palaw.pdf>.

⁶⁶⁷ Louis BRANDEIS, « The Living Law » [[en ligne](#)], *University of Louisville*, publié en 2011 [consulté le 21 août 2022], URL : <https://archive.wikiwix.com/cache/index2.php?url=http%3A%2F%2Fwww.law.louisville.edu%2Flibrary%2Fcollections%2Fbrandeis%2Fnode%2F223#&>.

⁶⁶⁸ Benjamin CARDOZO, *Law and Literature and Other Essays and Addresses*, New York, Harcourt, 1931.

⁶⁶⁹ Felix FRANKFURTER et James MCCAULEY LANDIS, *The Business of the Supreme Court: A Study in the Federal Judicial System*, New York, The Macmillan Company, 1928.

⁶⁷⁰ Jerome FRANK, *Law and the Modern Mind*, Londres, Transaction Publishers, 2009 [rééd. 1930].

⁶⁷¹ Françoise MICHAUD, « Le rôle créateur du juge selon l'école de la "sociological jurisprudence" et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », *Revue internationale de droit comparé*, 2 (1987), p. 343-371.

⁶⁷² Felix COHEN, « Transcendental Nonsense and the Functional Approach », *ETC: A Review of General Semantics*, 2 (1944), p. 82-115.

⁶⁷³ Comme l'exprime François OST, « L'école de la sociological jurisprudence et le mouvement réaliste américain. Le rôle du juge et la théorie du droit. Françoise MICHAUD, Lille, Atelier national de reproduction des thèses, 1985, 406 p. », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1 (1986), p. 203 : « Fréquemment critiqués, rarement lus, jamais étudiés systématiquement, ces deux mouvements de pensée jouent habituellement le rôle de repoussoir : on n'en parle que pour les critiquer ».

contenu, même si elle va à l'encontre du sens commun, de l'intention de l'auteur du texte interprété ou des règles du langage ordinaire. Il s'ensuit quelques conséquences importantes. Tout d'abord, l'interprétation est une fonction de la volonté et non de la connaissance, parce que le sens d'un texte est le produit d'une prescription. D'autre part, le texte n'a, préalablement à l'interprétation, aucune signification susceptible d'être découverte. Ensuite, si la norme se définit comme la signification prescriptive d'un texte, le véritable auteur de la norme n'est pas l'auteur du texte, mais l'interprète⁶⁷⁴.

Nous le constatons, dans cette approche, la puissance de l'interprète de la norme est considérable, puisque c'est lui qui donne tout son sens à ce que nous appellerons le *droit* par la suite. Il y a donc des liens forts entre le réalisme juridique et le positivisme juridique, en ce que le réalisme n'entend pas nier le droit naturel, mais explique que seul le droit positif peut être décrit, puisqu'il est le seul à être mis en action. Là où il se distingue du positivisme, c'est dans sa propension à concevoir le droit comme un objet empirique et non comme un ensemble normatif qui a valeur obligatoire⁶⁷⁵.

C'est également en ce sens que s'inscrivent les propos de Jerome Frank, lorsqu'il écrit que :

Après la décision, « la loi » était fixée. Il n'y avait pas d'autres tribunaux devant lesquels on pouvait faire appel. Le jugement de la Cour suprême des États-Unis ne pouvait être modifié et les « droits » légaux des Jones et des Williams étaient établis pour toujours.

Nous pouvons maintenant nous risquer à une définition approximative du droit du point de vue de l'homme moyen : Pour tout profane, la loi, par rapport à un ensemble de faits particuliers, est une décision d'un tribunal concernant ces mêmes faits, dans la mesure où cette décision affecte cette personne particulière. Tant qu'un tribunal ne s'est pas prononcé sur ces faits, il n'existe pas encore de droit sur la question. Avant cette décision, le seul droit disponible est l'opinion des avocats sur le droit relatif à cette personne et à ces faits. Cette opinion n'est pas réellement une loi mais seulement une supposition de ce qu'un tribunal décidera.

Le droit, dans une situation donnée, est donc soit (a) le droit réel, une décision spécifique passée, concernant cette situation, soit (b) le droit probable, une supposition

⁶⁷⁴ Michel TROPPER, « Le réalisme et le juge constitutionnel » [en ligne], *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 22 (2007), URL : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-realisme-et-le-juge-constitutionnel>.

⁶⁷⁵ *Ibid.*

quant à une décision spécifique future⁶⁷⁶ [notre traduction, version originale en note de bas de page].

Nous le voyons, dans ce raisonnement, il existe un attachement particulièrement fort aux personnages du droit, qu'il s'agisse des juges ou des avocats. La création du droit passe par des jeux de prédiction et de parole, qui sont réglés par différentes normes, mais répondent également de la subjectivité. C'est à ce titre qu'il est intéressant d'analyser le langage et la personnalité des acteurs qui rendent la justice. Dans un autre ouvrage, Jerome Frank est encore plus direct, en écrivant que :

Compte tenu de l'importance accordée, à juste titre, à l'observation attentive des témoins, je dois maintenant souligner un élément du processus décisionnel qui, curieusement, a rarement été pris en considération : les juges du procès et les jurés, en essayant d'obtenir les faits passés par l'intermédiaire des témoins, sont eux-mêmes des témoins de leurs paroles. Or, en tant que témoins silencieux des témoins, les juges et les jurés souffrent des mêmes faiblesses humaines que les autres témoins. Eux aussi ne sont pas des plaques photographiques ou des disques phonographiques. Si les témoins commettent des erreurs d'observation, ont des trous de mémoire ou reconstruisent de façon erronée et imaginative les événements qu'ils ont observés, de la même façon, les juges et les jurés sont sujets à des défauts d'appréhension et de mémoire de ce que les témoins ont dit et de leur comportement.

Les faits tels qu'ils se sont réellement produits sont donc réfractés deux fois – d'abord par les témoins, puis par ceux qui doivent « trouver » les faits. Les réactions des juges ou des jurés aux témoignages sont traversées par la subjectivité. Ainsi, la subjectivité s'ajoute à la subjectivité. Il est donc tout à fait approprié de dire que les faits tels que « constatés » par un tribunal sont subjectifs⁶⁷⁷ [notre traduction, version originale en note de bas de page].

⁶⁷⁶ Jerome FRANK, *Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 50-51 : « After the decision, "the law" was fixed. There were no other courts to which an appeal could be directed. The judgment of the United States Supreme Court could not be disturbed and the legal "rights" of the Joneses and the Williamses were everlastingly established. We may now venture a rough definition of law from the point of view of the average man: For any particular lay person, the law, with respect to any particular set of facts, is a decision of a court with respect to those facts so far as that decision affects that particular person. Until a court has passed on those facts no law on that subject is yet in existence. Prior to such decision, the only law available is the opinion of lawyers as to the law relating to that person and to those facts. Such opinion is not actually law but only a guess as to what a court will decide. Law, then, as to any given situation is either (a) actual law, a specific past decision, as to that situation, or (b) probable law, a guess as to a specific future decision ».

⁶⁷⁷ Jerome FRANK, *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, Princeton, Princeton University Press, 1973 [rééd. 1949], p. 22 : « Having in mind this significance properly attached to close observation of the witnesses, I now must emphasize an element in the decisional process which, curiously, has seldom been considered: Trial judges and juries, in trying to get at the past facts through the witnesses, are themselves witnesses as well as from their words. Now, as silent witnesses of the witnesses, the trial judges and juries suffer from the same human weaknesses as other witnesses. They, too, are not photographic plates or phonographic discs. If the testifying witnesses make errors of observation, are subject to lapses of memory, or contrive mistaken, imaginative reconstruction of events they observed,

Ainsi, Frank entend saper les fondements mêmes du procès qui repose sur la discussion entre les différents protagonistes de l'audience. En adoptant une démarche qui pourrait être celle d'un linguiste et/ou d'un sociologue, il pose différentes observations sur le cadre conceptuel de la création de la vérité judiciaire pour la mettre en crise. Cette approche, critique, est intéressante en ce qu'elle confronte le droit à d'autres systèmes de pensée, et nous force à sortir d'une zone de confort pour réfléchir de manière pratique et pragmatique à la place des discours et de leur réception pour condamner.

C'est notamment sur ces fondations que viendront se reposer les *Critical Legal Studies*, qui continueront et accentueront un mouvement contestataire en doctrine. Néanmoins, nous le voyons, qu'il s'agisse du réalisme juridique, comme des « *Crits* », ce sont majoritairement des auteurs d'Amérique du Nord qui se saisissent de ces thématiques pour les analyser⁶⁷⁸. En effet, le réalisme juridique s'exprime dans la première moitié du XX^e siècle et continue de manière ponctuelle à nourrir certaines réflexions doctrinales. Les « *Crits* », eux, forment un mouvement postérieur, qui apparaît à la fin des années 1960⁶⁷⁹, et qui ouvre vers d'autres ramifications plus contemporaines qui en sont les continuateurs comme la *Critical Race Theory* ou encore la *Critical Feminist Theory*⁶⁸⁰ qui se développent en *common law*.

Il en découle que ces approches qui pourraient intéresser le droit criminel dans son mode de fonctionnement, et particulièrement les cours d'assises dont la pratique est proche du procès de *common law*, ne semblent pourtant pas percer dans les pays de tradition romano-civiliste – sauf dernièrement, peut-être, dans un contexte qui y est certainement plus favorable. Il est donc important de relever que ces perspectives sont relativement ignorées en droit français, alors qu'elles pourraient être riches en enseignements, notamment sur la construction subjective et discursive de l'intention.

in the same way trial judges or juries are subject to defects in their apprehension and their recollection of what the witnesses said and how they behaved. The facts as they actually happened are therefore twice refracted – first by the witnesses, and second by those who must “find” the facts. The reactions of trial judges or juries to the testimony are shot through with subjectivity. Thus we have subjectivity piled on subjectivity. It is surely proper, then, to say that the facts as “found” by a trial court are subjective ».

⁶⁷⁸ Il convient d'ajouter qu'un mouvement parallèle se formera dans les pays scandinaves. Sur ce point, voir Éric MILLARD, « Réalisme scandinave, réalisme américain », *Revus*, 24 (2014), p. 81-97.

⁶⁷⁹ Antoine VAUCHEZ, « Entre droit et sciences sociales. Retour sur l'histoire du mouvement Law and Society », art. cit., p. 134-149.

⁶⁸⁰ Baudoin DUPRET, *Droit et sciences sociales* [en ligne], op. cit., p. 51.

B. Des perspectives ignorées en droit français

Plusieurs pistes sont à même de nous démontrer que l'approche du réalisme juridique est très faible en droit français. La première nous est donnée par Christophe Jamin, dans un article au nom évocateur : « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique. Un exercice de lecture comparée »⁶⁸¹. Cet auteur cherche à comprendre les motivations des juristes français de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle à se détourner du réalisme juridique alors qu'ils semblaient en être les principaux instigateurs. En s'attachant à trois auteurs, Saleilles⁶⁸², Demogue⁶⁸³ et Ripert (1880-1958)⁶⁸⁴, il démontre comment une approche du droit comme un fait est appréhendée, regardée, analysée, décortiquée, puis annihilée. L'explication tient finalement dans la continuité d'une valorisation des principes et constructions juridiques, avec la mise sur un piédestal de la technique et de l'inflexibilité dogmatique⁶⁸⁵. De fait, et par la suite, ces études fonctionnent tel un vaccin, une petite dose de poison a été administrée, pour ne plus risquer l'infection de la socialisation du droit qui est vue comme un échec. C'est donc le règne des théories abstraites et de la technique juridique, aux antipodes des réflexions du réalisme juridique américain tel que nous avons pu le brosser.

De manière plus symptomatique, il n'existe pas de raisonnement analogue dans la doctrine pénale, qui a moins été touchée par ces questionnements. Nous posons l'hypothèse que la science pénale était encore trop fragile, en train de se constituer, au moment même où les civilistes pouvaient se permettre ces réflexions. En effet, nous sommes dans une période de remous pour le droit pénal, qui se voit assailli de nouvelles conceptions par l'influence des théories déterministes. Il n'y avait donc pas de temps à consacrer à l'éventuelle construction d'une réflexion qui prônerait une approche réaliste du rôle de la magistrature pénale, du moins, c'est ce que nous supposons.

Un autre élément marquant, qui vient attester du faible écho du réalisme juridique en France, tient dans l'échange de passes d'armes entre Olivier Beaud et

⁶⁸¹ Christophe JAMIN, « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique. Un exercice de lecture comparée », art. cit., p. 137-160.

⁶⁸² *Ibid.*, p. 145-146.

⁶⁸³ *Ibid.*, p. 147-149.

⁶⁸⁴ *Ibid.*, p. 150-154.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 156.

Rémy Libchaber d'une part, Christophe Jamin et Mikhaïl Xifaras d'autre part. Olivier Beaud et Rémy Libchaber se présentent comme les tenants de l'enseignement universitaire que nous pourrions qualifier de traditionnel, et dressent des critiques à l'encontre d'autres penseurs qui, eux-mêmes, critiqueraient l'université et particulièrement l'enseignement du droit⁶⁸⁶. Le cœur du problème semble tenir dans l'arrêté du 21 mars 2007 qui met fin au monopole des Facultés de droit pour délivrer des diplômes juridiques. L'École de droit de Sciences Po Paris ouvre alors ses portes, et, avec elle, entrent de nouvelles manières de comprendre et d'enseigner les disciplines juridiques. C'est bien là le fond de la critique adressée par Olivier Beaud et Rémy Libchaber.

En effet, ils évoquent que :

La difficulté à envisager la critique de Sciences Po tient à ce qu'elle est impuissante à formuler des griefs utiles pour le renouvellement de l'université : elle se borne à alléguer de l'exemple américain, qu'elle transpose à gros traits pour reprocher à l'université française de n'être pas située aux Amériques. Mais tout le monde ne ressent pas au même degré la honte d'être français !⁶⁸⁷

Or, derrière la critique de l'exemple américain se cache, finalement, les *Critical Legal Studies* et le réalisme juridique tel qu'il n'est pas, justement, pratiqué en France comme démontré ci-avant. À gros traits, il y aurait donc une double manière de concevoir les études de droit dans notre pays : d'un côté, les universités qui répondent à la méthode classique qui repose sur les raisonnements juridiques ; d'un autre côté, l'École de droit de Sciences Po qui serait plus ouverte aux « *Crits* » et au réalisme juridique.

Pour nos deux auteurs, l'École de droit de Sciences Po critiquerait la durée des études de droit, inutilement longues, mais également et plus largement, le fait que le droit n'ait pas besoin d'être enseigné :

La critique ne se limite pas à la durée : de façon moins apparente, elle tend à ceci que le droit n'a pas besoin de s'enseigner. Il suffit de donner aux étudiants quelques

⁶⁸⁶ Un ouvrage particulier est visé : Christophe JAMIN, *La cuisine du droit. L'École de droit de Sciences Po : une expérimentation française*, Paris, Lextenso, 2012.

⁶⁸⁷ Olivier BEAUD et Rémy LIBCHABER, « Où va l'Université ? Les chemins de la liberté », *La semaine juridique*, 4 (2014), p. 2227.

éléments opératoires de savoir juridique, sans prétention universaliste. Et de toutes façons, tel qu'il est organisé, l'enseignement universitaire n'est que poudre aux yeux, car les concepts enseignés sous le nom de *théories générales* n'existent pas : ils ne reflètent que la prétention des universitaires à systématiser une matière qui n'est que désordre. D'où la primauté d'une formation critique – où l'on rencontre encore l'influence américaine, celle des *critical legal studies* –, qui permettrait de se défier des certitudes prétentieuses des juristes techniciens⁶⁸⁸.

Nous le voyons, ces auteurs renversent la critique de l'École de droit, pour en formuler une autre, qui touche plus directement les « *Crits* » et renient l'intérêt d'une telle approche : il y a donc ici la démonstration d'une tension, en France, sur l'influence des doctrines américaines sous leur versant critique, tel que peuvent le véhiculer les approches réalistes du droit. D'ailleurs, ils continuent en exposant que :

Il se trouve que dans son enseignement, l'université prend le droit très au sérieux, sans verser dans le nihilisme. Il y a des textes qu'il faut connaître ; des interprétations jurisprudentielles qu'il faut comprendre ; des pratiques professionnelles dont il faut saisir les besoins et les prolongements. Coordonnées par la doctrine, ces différents éléments forment un savoir stratifié, organisé, différencié selon les disciplines, à la maîtrise duquel on doit consacrer quelques années d'études. Peut-être que le juge Frank eut-il raison de prétendre que la décision du juge dépendait de ce qu'il avait pris au petit-déjeuner. Mais l'université ne croit pas que la décision de justice se ramène à un coup de dés. Et dans ce cas, pourquoi faudrait-il seulement enseigner une science de hasard, qui se révélerait pure contingence ?⁶⁸⁹

Encore une fois, nous relevons la relative hostilité face au modèle américain qui véhicule avec lui les « *Crits* » et le réalisme juridique, ce qui démontrerait une tendance, en France, à ne pas prendre en considération ces enseignements spécifiques. La réponse de Christophe Jamin et Mikhaïl Xifaras est intéressante mais ne sert pas le cœur de notre propos⁶⁹⁰ ; en effet, notre objectif n'est pas de prendre part à cet échange parfois virulent entre auteurs qui conçoivent différemment la manière d'enseigner le droit. Notre volonté était uniquement de démontrer que le réalisme juridique n'avait pas encore marqué durablement son empreinte dans la doctrine française, et que cette approche demeure contestée, parfois avec véhémence.

⁶⁸⁸ Olivier BEAUD et Rémy LIBCHABER, « Où va l'Université ? Les chemins de la liberté », art. cit., p. 2227.

⁶⁸⁹ *Ibid.*

⁶⁹⁰ Aussi, nous nous bornons à citer ces différentes réponses : Christophe JAMIN et Mikhaïl XIFARAS, « Retour sur la "critique intellectuelle" des facultés de droit », *La semaine juridique*, 4 (2015), p. 155-161. Voir également la réponse antérieure de M. Xifaras : Mikhaïl XIFARAS, « Ce que l'École de droit de Sciences Po n'est pas », *Grief*, 1 (2014), p. 32-39.

Néanmoins, dans ce paysage aux multiples tensions, il existe peut-être une porte de sortie : l'École nationale de la magistrature. Certains des entretiens que nous avons pu réaliser l'ont été avec des CRF (Coordonnateurs régionaux de formation) ou des magistrats formateurs à l'ENM⁶⁹¹, ce qui nous a offert l'opportunité de revenir avec eux sur les formations dispensées au sein de cette école. De manière unanime, ces magistrats et magistrates ont évoqué l'affaire d'Outreau comme un électrochoc pour la formation des auditeurs et des auditrices de justice. De plus en plus sont-ils et elles sensibilisés sur la nécessité de douter, de prendre garde à leurs propres convictions, de réfléchir sur leur propre subjectivité pour la combattre, etc. autant d'éléments qui semblent découler d'une approche réaliste du droit.

Dans le même ordre d'idée, l'ENM est coéditrice de la revue *Les Cahiers de la Justice* – chez Dalloz. Il est remarquable qu'un numéro entier ait été consacré à la thématique « Des juges sous influence », qui a été l'occasion pour nombre de chercheurs et chercheuses d'endosser les habits du réalisme juridique et de raisonner sur les éléments endogènes ou exogènes qui peuvent influencer les décisions⁶⁹². Cela tend à démontrer la prise de conscience, de la part de l'institution, de l'importance à considérer certains axes de développement du réalisme juridique pour éventuellement modifier le cœur des instances ou la formation des juges.

Il en découle que, si le réalisme juridique est encore un enseignement de niche, il semblerait qu'un faisceau d'indices démontre l'appétence de plus en plus grande de la recherche française pour ce type d'analyses. Deux îlots semblent déjà conquis : l'École de droit de Sciences Po et l'ENM dans une certaine mesure.

De manière générale, nous avons pu constater en quoi ce phénomène d'Amérique du Nord restait très fortement attaché à la tradition de *common law*. Nous en retrouvons des démonstrations jusque dans les critiques de certains universitaires qui disent ne pas vouloir se convertir à l'approche américaine, laissant sous-entendre que le réalisme, né aux États-Unis, serait un mouvement exclusivement américain. Or, les enseignements de l'approche réaliste pourraient être particulièrement intéressants en matière intentionnelle. En effet, puisque l'intention n'est pas définie et offre aux

⁶⁹¹ E.M-1, entr. cit., décembre 2020 ; E.M-2, entr. cit., décembre 2020 ; E.M-5, entr. cit., février 2021 ; E.M-9, entr. cit., mars 2021 ; E.M-10, entr. cit., mars 2021.

⁶⁹² « Des juges sous influence », *Les Cahiers de la Justice*, 4 (2015).

magistrats une marge de manœuvre considérable dans laquelle peut s'insérer leur subjectivité, une analyse réaliste devrait offrir, au moins partiellement, des éléments de réponse sur la manière dont est construite l'intention pénale. Nous y voyons-là un domaine fort intéressant qui mériterait d'être développé à l'avenir.

Toujours est-il que le réalisme juridique et les CSL restent rattachés majoritairement aux États-Unis, et semblent devoir se battre pour percer ailleurs, et notamment en France. Nous ne pouvons donc mobiliser des analyses réalistes, aujourd'hui, pour essayer de comprendre l'intention, à défaut d'études disponibles. C'est l'un des facteurs de renfermement du droit pénal sur lui-même que nous souhaitons développer, car il nous semble qu'il s'agit là d'un axe phénoménal de développements, riches en découvertes et avancées pour le futur. Dans la continuité de cette démarche, il nous faut également observer comment le cœur de l'intention pourrait être narratif, mais que cette dimension semble partiellement – voire totalement – obliérée.

§ 2. Le procès pénal, objet discursif ignoré

Il est admis que le juge du fond doit statuer en droit et en faits, ce qui le différencie des juges de la Cour de cassation qui ne jugent, en principe, qu'en droit. Pour autant, il nous faut quelque peu revenir sur cette préhension du procès à l'aune des différents éléments étudiés jusqu'à présent. Aussi, nous pourrions dire qu'en droit pénal, lorsque se pose la question de l'intention, le juge du fond ne statuerait qu'en faits.

Certes, nous dénaturons grandement cette définition, mais ce n'est que pour mieux l'adapter à la réalité avec laquelle nous nous sommes confrontés jusqu'à présent. La meilleure volonté du monde ne suffirait pas à ce qu'un magistrat puisse totalement statuer en droit sur cette notion problématique de notre système juridique. Le droit ne lui propose pas de définition, mais seulement un cadre fourre-tout, comme pour toutes les notions floues posées dans notre ordre juridique⁶⁹³.

⁶⁹³ À l'image du malaise des juristes à saisir et comprendre ce qu'est, concrètement, l'ordre public. Voir notamment Bertrand SEILLIER, *Droit administratif*, tome 2, Paris, Flammarion, 2021, p. 79 : « L'action administrative en faveur de l'ordre public est loin d'être univoque. La notion d'ordre public est elle-même fuyante, rebelle, affaiblie par son usage différent en droit administratif et en droit civil. Quoi de commun entre le fait que, dans un pays donné, à un moment donné, la paix intérieure soit assurée, et le

Ainsi, le magistrat, en arrivant au stade de l'examen de la responsabilité par le biais de l'intention, sait qu'il ne peut pas esquiver ce passage obligatoire de son travail au risque de produire une forme détournée de déni de droit en refusant de juger. Il va donc se conformer à ce que la logique lui commande : en l'absence de base légale, il convient d'en faire appel aux faits. C'est alors qu'il respecte effectivement le cadre législatif⁶⁹⁴, en faisant mine de chercher notre élément intellectuel pour, finalement, se contenter de regarder les faits, comme il le ferait pour apprécier l'élément matériel, donc en frappant bien loin de l'esprit initial des tenants de la théorie subjectiviste qui commande cette appréhension de l'intention.

Cependant, avant de se fonder sur des faits, encore faut-il que le juge en ait connaissance. C'est là toute l'importance retrouvée du récit qui, véritablement, peut remplacer l'examen psychologique de l'accusé. Élément purement subjectif, le récit dépend, ce faisant, de son auteur, car chaque personne « voit midi à sa porte » pour utiliser l'expression populaire consacrée. Une grande partie de l'instance se jouera donc sur la confrontation de plusieurs récits, émanant des différents acteurs dudit procès.

C'est alors que nous soulevons l'idée selon laquelle, en lieu et place d'un procès de droit, se déroule finalement un procès de faits, en ce qui concerne l'intention du moins (**A**), ce qui implique qu'une grande place au récit soit laissée pour offrir une tribune à tous les sons de cloches (**B**).

A. Un jugement de droit substitué par un jugement de faits

« Un jugement de droit substitué par un jugement de faits » : pourquoi, comment ? Répondre à ces questions c'est se confronter aux aspects les plus problématiques que soulève l'intention. Telle la boîte de Pandore, l'ouvrir revient à s'apercevoir de tous les défauts de notre système pénal qui pourrait se défiler et tomber en lambeaux.

caractère impératif d'une norme dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement ni dans leurs conventions ? »

⁶⁹⁴ Ou jurisprudentiel et doctrinal, tout dépend de l'époque étudiée, puisque nos propos peuvent jaillir postérieurement à 1994.

S'il est bien une caractéristique qui pose un problème dans tous les domaines que peut rencontrer l'intention, c'est son insaisissabilité⁶⁹⁵. Matière impalpable, fruit pur et unique de l'imagination interne à l'agent, comment s'en approprier une partie assez conséquente qui nous donnerait la clef de chiffrement à même de décoder les actions de ce dernier ? Supposons qu'elle existe, cette clef sera elle aussi imprenable ; l'intention nous ne sera servie que sous sa forme factuelle. La pensée est libre, fugace et invisible. Le fait qui la concrétise, même imparfaitement, partiellement, reste la seule trace de ce flash cérébral, le négatif d'une photo mentale trop vite exposée à la lumière vive du jour. Nous devons nous contenter des miettes de ce bouillonnement d'idées internes pour tenter, et seulement tenter, d'approcher la vérité subjective de l'agent, seule qui compte pour rendre une *bonne justice* : punir sans explication celui qui se croit innocent ne serait que contreproductif⁶⁹⁶.

En tant qu'élément évanescent, l'intention ne peut être capturée en son état sauvage, nous devons la domestiquer et en conserver une forme assagie que l'on comprend : le fait. Seule une lecture factuelle de l'infraction nous permettrait d'arriver aux fins recherchées lors d'un procès.

Il nous faut creuser plus loin encore le cœur de cette notion pénale indéfinie, pour mieux comprendre l'impossibilité qui est nôtre, mais que nous partageons avec le législateur, la doctrine et les juges, de comprendre vraiment ce qu'est l'intention. L'idée même d'intention, d'imputabilité, de responsabilité, sont des concepts que nous comprenons, comme l'on comprend ce qu'est une religion ou une secte. Mais c'est lorsque l'on veut savoir concrètement ce que renferment ces termes que tout se trouble⁶⁹⁷.

⁶⁹⁵ Pour une confirmation contemporaine de cette problématique, qui perdure malgré l'entrée en vigueur du nouveau *Code pénal*, voir notamment Valérie MALABAT, *Appréciation in abstracto et in concreto en droit pénal*, *op. cit.*, p. 372.

⁶⁹⁶ Sur ce point, voir notamment les développements de Pellegrino ROSSI, *Traité de droit pénal*, 2^e éd., tome 1, *op. cit.*, p. 60. Tout dépend, en réalité, de la conception choisie. Les utilitaristes les plus purs n'auront cure de savoir si la personne punie est bien celle qui a commis le méfait. Le seul élément pertinent pour eux est le constat que cette punition soit utile pour la société, qu'elle fasse exemple, quitte à frapper un innocent. Pour un contre-exemple, voir notamment Paul FAUCONNET, *La responsabilité, étude de sociologie*, *op. cit.*, p. 111.

⁶⁹⁷ La MIVILUDES, Missions interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires, se refuse de poser une définition de ce qu'est une secte ; elle se concentre alors sur les éléments expressifs des sectes, en cernant les « dérives sectaires ».

S'il est bien un terme qui pourrait définir utilement l'intention, ce serait celui de fugacité. La volonté, aussi durable soit-elle lorsqu'elle touche un plan que l'agent prépare de longue date, s'évade de son esprit pour rencontrer, subrepticement avant de se dissoudre, la réalité que nous voyons et pouvons analyser. Le passage à l'acte est donc le siège de cette convergence entre immatériel et matériel ; mais, parfois, l'agent lui-même ne comprend pas ce qui se trame, et se retrouve dépassé par les conséquences de son action, aussi préparée soit-elle. Il existe un monde entre le pensable et le concrétisable or, cette distance sera cause de tous les maux.

Nous relevons deux cas, tout aussi problématiques l'un que l'autre. Le premier tient dans l'hypothèse classique d'un acte qui surpasse la pensée de son auteur. Passée sous le coup de la colère ou de l'émotion quelconque, comme planifiée de long terme, l'action mentale se confronte à la réalité matérielle⁶⁹⁸. Le chemin à parcourir entre la pensée et l'extérieur est assez long pour que l'objectif souhaité initialement se perde en chemin, fasse fausse route : on se retrouve *agit*, et l'on agit plus. L'acte commande, non plus la pensée⁶⁹⁹.

Seconde hypothèse : l'acte est conforme à la volonté de l'auteur. Comment le démontrer ? Comment différencier cette situation de notre hypothèse première ? Impossible. Seul l'agent a la maîtrise de ce qu'il a voulu et pensé initialement ; il ne nous reste que sa parole pour tenter de se convaincre qu'il est pleinement coupable ou innocent. Aussi libre que l'air, il s'avère alors difficile d'attraper l'intention pour la distiller et obtenir un résultat exploitable mais, surtout, fiable.

Sentiment maximal d'injustice, accusé quand on ne se sent pas responsable, n'est-ce pas là encore remettre en cause le principe de sécurité juridique ? Sans compter que cette mise en crise d'un principe cardinal de l'État de droit se fait au détriment d'une autre garantie : la légalité. Imaginons que l'intention soit définie ou, mieux encore, absente pour faute de définition. Ces hypothèses seraient certainement moins courantes. C'est un élément bien trop intégré profondément dans notre société, à tel

⁶⁹⁸ Il ne faut pas confondre les deux, car alors nous perdriions les caractéristiques qui semblent composer l'intention, dont son immatérialité. Voir notamment Valérie MALABAT, *Appréciation in abstracto et in concreto en droit pénal*, op. cit., p. 372 et s.

⁶⁹⁹ Voir notamment Jean LEBRET, « Essai sur la notion d'intention criminelle », art. cit., p. 443 et 480 ; pour une confirmation contemporaine de l'idée, voir Gaston STEFANI, Georges LEVASSEUR et Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, 17^e éd., op. cit.

point qu'on en retrouve même des marques pendant l'enfance⁷⁰⁰, en dehors du droit. Être accusé à tort d'avoir dessiné sur un mur, cassé un vase, abîmé un meuble, n'est-ce pas là, pour les parents, présumer que leur enfant a mal agi et ce, de manière intentionnelle ? C'est cette volonté coupable que l'éducation essaye d'éradiquer, tout comme le procès essaye de la mettre à jour chez le délinquant, mais sans pour autant y arriver à tous les coups.

Parce qu'insaisissable, l'intention peut alors être cause de toutes les frustrations et, potentiellement, d'erreurs judiciaires dès lors qu'elle est exigée pour condamner un accusé. La personne de bonne foi n'arrive que peu à se démarquer de celle qui voulait commettre son crime ; le spectre de la suspicion flotte au-dessus des tribunaux, et ce sont les suspects qui en font généralement les frais, qu'ils soient hors de tout soupçon, ne présentant aucun danger pour la société, et pourtant condamnés comme tels. Inversement, l'excellent comédien, ou la personne assistée d'un bon avocat ou d'une bonne avocate, pourra mieux tirer son épingle du jeu en glissant sur cette corde sensible, et pourra toujours arguer du fait que son action était involontaire, ou que son geste interprété comme une tentative de crime n'était en fait qu'un autre acte innocent. S'il n'arrive pas à convaincre totalement de son innocence, peut-être obtiendra-t-il, au moins, une peine mitigée⁷⁰¹.

De fait, parce que non matérielle et propre à chacun, l'intention ne peut que difficilement être apprivoisée, et ne peut pas être connue de manière certaine. Chaque tentative pour s'en approcher pourrait sembler vaine, et cette remarque gagne en importance lorsque l'agent lui-même ne maîtrise pas ce que son corps commet dans la réalité. Alors, compte tenu de tous ces éléments, connaître la vérité en termes de volonté nous semble bien délicat. On ne peut savoir si la volonté était de tuer ou simplement frapper, ce qui entraîna malencontreusement la mort, comme nous ignorons si la volonté était effectivement de tuer en frappant l'autre, comme on ne peut encore moins savoir si la personne est absolument honnête, comme on ne peut toujours

⁷⁰⁰ Notre exemple est d'autant plus démonstratif que l'enfant, limité dans ses mots, voire ne parlant tout simplement pas, est *parlé avant de parler* de manière significative. En l'espèce, ce sont les faits et l'appréciation qu'ont ses parents des faits qui parlent pour lui et dénotent une intention mauvaise potentiellement fautive. Sur ce point, voir notamment Jacques LACAN, *Écrits*, Paris, Seuil, 1966, p. 14.

⁷⁰¹ Pour un exemple concret, voir Barbet SCHROEDER, *L'avocat de la terreur* [film], France, Les films du losange, 2007 : M^e Vergès nous fait le récit d'un cas où un suspect assiste à son audience, et sort une arme. Il est aussitôt arrêté, mais ce dernier fait valoir qu'il souhaitait simplement la rendre aux autorités. Nul ne sait s'il aurait pu l'utiliser ou même s'il le voulait véritablement. Du reste, il plaide l'acte de bonne foi en défense et personne, à l'exception de lui-même, ne saura jamais vraiment le fin mot de son intention réelle.

moins savoir si la personne était réellement ou non dans la pleine possession de ses moyens⁷⁰².

Seulement, le droit pénal s'est fixé pour objectif factice de connaître l'intention pour punir en conséquence. Il convient alors de trouver un moyen d'appréhender cette intention par une voie exploitable et durable, en opposition avec la simple pensée, trop fugace. Selon nous, le choix sera fait de se replier sur l'analyse des faits ; notre système n'est donc peut-être pas si éloigné du matérialisme analytique.

En prenant un peu de recul, nous avons vu que le *Code pénal* de 1810 a été baigné de matérialisme et d'utilitarisme. Il en découlait alors une lecture matérielle des infractions, avec un regard faiblement porté sur l'intention de l'agent, en opposition avec les systèmes subjectivistes qui fondent, quant à eux, leur répression sur l'intention coupable. Nous savons également que, grâce à la double lecture possible des textes, c'est un courant subjectiviste qui aura su profiter d'une conjoncture favorable pour s'imposer dans notre système répressif. Seulement, ce souci de l'insaisissabilité de l'intention, couplé avec son absence de définition, ainsi que tous les autres éléments problématiques que nous avons pu soulever jusqu'à présent, offrent pour conséquence d'imposer indirectement une lecture purement matérialiste des infractions, alors même que l'on souhaitait, de manière accentuée à partir de 1832, s'éloigner de cette tendance.

Le constat est alors simple : puisqu'impalpable, l'intention ne peut qu'être difficilement attestée lors du procès pénal. Il conviendrait donc de la remplacer par un élément qui pourrait faire illusion, nous laissant penser, accusé compris, que nous arrivons à cerner la volonté au moment du passage à l'acte⁷⁰³. Le cœur de ce jeu de passe-passe sera l'analyse des faits, pris comme éléments qui permettent la matérialisation de l'intention dans le monde sensible.

⁷⁰² Pour la rupture de dialogue avec la *statue intérieure*, voir l'analyse du récit du Caporal Lortie lors de son attentat au Parlement canadien en 1984, ou encore, du meurtre de sa femme par Louis Althusser : Vida AZIMI, « Le fou dans l'administration », dans Geneviève Koubi, Patricia Hennion-Jacquet et Vida Azimi (dir.), *L'institution psychiatrique au prisme du droit. La folie entre administration et justice*, Paris, Éditions Panthéon Assas, 2015, p. 15 et s.

⁷⁰³ Nous assistons alors à une inversion de l'adage « aux parties les faits, au juge le droit ». Dans une analyse, Laurent Leveneur (« Le fait », art. cit.) défend pourtant cette position classique des faits entre les mains des parties, mais cette position devient contestable lorsque l'on observe l'intention. Nous y préférons une nouvelle expression : aux parties le récit et la preuve des faits, au juge l'analyse des récits de faits.

Précisons que nous n'entendons pas ici le *fait* comme un récit de faits, mais le *fait* en tant qu'objet d'analyse factuelle, élément concret. Par exemple, une personne marche dans la rue et se fait bousculer. Le ton monte entre nos deux protagonistes, le premier sort un couteau de son sac pour menacer celui qui l'a bousculé, et finit par le tuer. Il apparaît comme impossible de dénouer cette situation et de savoir si, sur le coup de la colère, l'autre voulait finalement tuer celui qui l'avait bousculé, ou bien s'il s'agit simplement d'un geste malencontreux causé par maladresse. C'est alors que peuvent entrer en considération les faits, pour extirper l'intention de l'inconnu. S'il a frappé sa victime de plusieurs coups de couteau, la thèse accidentelle disparaît dans les limbes des récits oubliés, il y a en effet une volonté vraisemblablement tournée vers l'homicide ; en revanche, s'il s'agit d'une entaille, placée au mauvais endroit, peut-être pouvons-nous imaginer que ce soit un accident – ou que l'agresseur serait assez rusé pour frapper une seule fois au bon endroit, pour nous laisser croire que l'action n'était qu'accidentelle⁷⁰⁴.

Puisque nous nous en remettons à l'observation des éléments factuels pour spéculer sur l'intention, il nous semble possible de tenir l'affirmation selon laquelle la lecture de l'infraction, au lieu d'être dénuée de tout matérialisme, s'inscrit en fait dans ce courant. Nous simulons une recherche véritable d'intention chez l'agent, alors que cette quête ne touche finalement que les faits.

La situation est d'autant plus flagrante lorsque l'on étudie les incriminations purement matérielles ou dites formelles. La simple commission d'actes strictement matériels, quelle que soit l'intention, ouvre droit à l'État de sanctionner celui qui a fauté. C'est le cas pour toutes les contraventions où jamais n'est recherchée l'intention, mais également pour quelques délits et crimes dont les actions des faussaires de monnaie⁷⁰⁵. Le plus problématique ici, tient en ce que le *Code pénal* de 1810, comme après l'entrée en vigueur du *Code pénal* de 1994, ne distingue pas clairement les infractions formelles des autres types d'infractions, ce qui contribue à nourrir la double lecture possible pour toutes les incriminations qu'ils contiennent⁷⁰⁶. La frontière, en

⁷⁰⁴ Pour un exemple concret, voir Michèle AGRAPART, *L'expertise criminelle, facteurs de dangerosité, analyses psychologiques, profils de victimes*, op. cit., p. 105-106.

⁷⁰⁵ *Code pénal* de 1810, art. 314, par exemple.

⁷⁰⁶ Par exemple, l'empoisonnement qui est une infraction formelle, réalisée par ses aspects matériels sans attendre de résultat particulier, n'est pas signalé en tant que tel par le *Code pénal* ; c'est la doctrine et la jurisprudence qui s'occupent de mettre au jour ces infractions formelles, distinguées des infractions matérielles qui nécessitent un résultat déterminé. Sur ce point, voir notamment Jean PRADEL, *Droit pénal général*, 19^e éd., op. cit., p. 336.

n'étant pas clairement tracée, devient donc quasiment inexistante ; à plus forte raison lorsqu'une majorité des infractions sont finalement lues au travers de leurs seuls éléments matériels sans rechercher vraiment l'intention de l'agent délinquant, et en se reposant sur les faits.

Il reste que c'est bien en imposant une lecture factuelle que l'on peut sortir de l'impasse méthodologique posée par la recherche de l'intention chez celui suspecté d'avoir commis une infraction. Ce faisant, nous venons modifier la morphologie de ces dernières puisqu'il ne s'agit plus de rechercher un élément matériel et un élément moral, mais bien un élément matériel puissant, dont les faits seraient suffisants pour offrir une lecture biaisée de l'infraction et en faire ressortir une intention que nous présumons fautive par principe, puisque ne correspondant pas à une recherche axée sur ce que voulait réaliser l'agent par son geste – les mobiles étant inopérants. Il est, certes, des hypothèses pour lesquelles des actes peuvent sembler non équivoques, mais le doute, selon nous, plane toujours.

Ce doute sera d'autant plus fort lorsqu'il sera renforcé par le jeu du procès, qui fait s'opposer plusieurs versions des faits, donc plusieurs lectures possibles du passage à l'acte. C'est cette divergence des récits qui donne, d'ailleurs, vie à l'instance ; si tout le monde était d'accord sur une version, le juge n'aurait pas besoin de trancher mais seulement de valider un déroulé défini de faits. C'est dans ce contexte qu'il devient nécessaire de nous intéresser au rôle du discours et de son interprétation.

B. Le rôle du discours et de son interprétation

Nous posons l'hypothèse que la clef pour résoudre le problème de cette recherche de l'intention se trouverait dans une lecture factuelle de l'infraction ; mais cette lecture ne serait rien sans les différents récits qui donnent vie aux faits. Que le discours soit volontairement orienté à charge ou à décharge, voire qu'il tente de rapporter les faits de manière neutre, il reste qu'il est toujours l'objet d'interprétations subjectives, ne serait-ce que par la multiplicité des acteurs et actrices qui sont appelés à manipuler ces récits, à les recevoir, les transmettre. Cette diversité de locuteurs et de récepteurs vient brouiller le contenu du message délivré, ce qui nous projette encore plus loin dans la fiction lorsque l'on essaye de chercher la véritable intention par cette

issue qui repose sur les faits et leur analyse. Ainsi, il nous semble que deux conséquences découlent de ce constat. D'une part, il apparaît que le récit jouera un rôle déterminant dans le procès ; d'autre part, la plaidoirie se verra octroyer une place de premier ordre parmi les éléments déterminants de cette intention biaisée.

Il ne s'agit pour nous que de faire découler des arguments déductifs des éléments posés et rencontrés au gré de nos hypothèses précédentes. Nous en sommes arrivés à la supposition que le fait est un élément central dans la quête de l'intention et, ce faisant, le récit en tant qu'élément déterminant dans la vie du fait, mérite toute notre attention puisqu'il est toujours présent, à la différence du fait qui peut parfois être un peu plus effacé⁷⁰⁷.

Qu'il soit le fruit du coupable, de sa victime, comme d'un expert, le récit reste identique : c'est un élément de transmission d'un message à partir d'un émetteur vers un destinataire. Ce qui pourra varier, ce sera la personne qui énonce le message, le contenu dudit message voir, sa visée, son but⁷⁰⁸. Le suspect, par exemple, tiendra un discours tendant à le décharger de toute responsabilité ; la victime voudra attirer le regard sur son statut de personne ayant subi une action dommageable ou encore sur la dangerosité de son agresseur ; l'expert essayera de délivrer une information scientifique neutre, etc.

Le récit peut également être déformé suivant son mode de transmission. Si la transmission est directe, de la personne concernée vers le récepteur visé, le risque de déformation est moindre, mais tout de même présent. Plus dramatique pour la fidélité du récit, lorsqu'il est indirect, comme c'est par exemple le cas d'un rapport de police. Le suspect donne un récit oral à un officier, qui le transpose par écrit en le faisant correspondre au formalisme requis, puis le transmet finalement au juge. Dans le premier cas, la déformation du récit peut se produire lorsque le récit intérieur passe par la parole⁷⁰⁹, mais également lorsque l'interlocuteur le reçoit et le traduit dans son propre vocabulaire interne pour le mémoriser et se souvenir de sa substance. C'est

⁷⁰⁷ Par là nous voulons signifier que ce ne sera plus le fait brut qui sera pris en compte directement, sinon le fait analysé à l'aune des nouvelles techniques scientifiques portées notamment par la criminalistique. Avant les avancées majeures dans cette discipline, il était certain que c'était l'analyse brute du fait qui était faite aux instances. Par la suite, et toujours aujourd'hui, c'est une analyse du fait tel que pris en compte par la science qui est souvent réalisée.

⁷⁰⁸ Françoise REVAZ, *Introduction à la narratologie*, Bruxelles, De Boeck, 2009, p. 75 et s.

⁷⁰⁹ Nous sommes souvent plus limités par la parole lorsque l'on veut s'exprimer, et nous déformons parfois nous-mêmes le sens de ce que l'on souhaite dire.

pourtant l'hypothèse qui produit le récit le plus fidèle selon nous. Dans le second cas, le récit est d'autant moins fidèle qu'il passe par un intermédiaire, mais encore qu'il subit plus de modifications quant à son mode de transmission. L'étape première tient dans la formulation du récit, intérieurement ; puis nous le formulons à l'oral, en essayant de respecter ce que nous souhaitons exprimer en nous faisant correctement comprendre. Cette potentielle déformation par le passage à l'oralité⁷¹⁰ est couplée avec une déformation éventuelle par le récepteur, qui reçoit le message, l'entend, et traduit ce qu'il entend sous forme écrite : à ce stade, la pensée passe de l'oral vers l'écrit, il y a donc déjà, potentiellement, suffisamment de distorsions pour que la fidélité ne soit plus au rendez-vous. Ce récit passe ensuite dans les mains du magistrat, qui le transforme lui aussi pour l'intérioriser à son tour, le mémoriser en mobilisant ses propres termes, le vocabulaire qui lui est propre⁷¹¹.

Toutes ces phases, obligatoires dans la vie du discours, nous démontrent à quel point le récit est susceptible de variations. En même temps, c'est la grande pluralité de ces phases qui nous démontre l'importance particulière du récit dans le cadre du procès pénal. Il existe, en effet, un véritable besoin de s'exprimer, de raconter, et donc de passer par un certain nombre d'interlocuteurs, d'intermédiaires, pour toucher son auditoire final.

C'est parce qu'il n'existe pas d'autre moyen de connaître les faits que nous mobilisons toutes ces formes de récits de l'action dommageable qui s'est déroulée, en nous appuyant sur tous les protagonistes qui interviennent classiquement dans le cadre des procès pénaux. Là encore, notre hypothèse réflexive semble pouvoir s'appliquer tant au XIX^e siècle qu'au XX^e siècle ; ce sont simplement les personnages du procès qui changeront, ainsi que le vocabulaire déployé, une farandole d'éléments connexes, mais non déterminants en ce sens qu'ils ne contrecarrent pas notre hypothèse présente.

De fait, le récit, en tant qu'élément central de la recherche factuelle de l'intention, n'est pas sans soulever quelques problèmes. Il est l'objet de nombreuses modifications, parce qu'il existe une pluralité d'émetteurs d'un récit pour un même

⁷¹⁰ Déformation qui n'est pas sans rappeler la transformation qui peut exister entre la représentation interne d'une action et sa concrétisation matérielle, comme nous l'avons étudié.

⁷¹¹ François OST, *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 70 : les faits tels qu'appréhendés par le magistrat ne sont donc plus des *faits purs*.

fait, ou encore parce que le message est intercepté par un intermédiaire qui vient encore plus brouiller la transmission vers le destinataire, ou parce que le support du récit est changé⁷¹², etc. C'est parce qu'il existe cette diversité des récits pour une seule action, tant par le fond, que par la forme, que l'intérêt pour l'interprétation des faits nous apparaît fondamental. C'est parce qu'existe cette possibilité de pluralité de discours divergents pour un même évènement, que la plaidoirie, dans son sens le plus théâtral du terme, peut prendre toute sa place dans le procès pénal.

Dans ce cadre qui nous semble offrir une large place aux interprétations, il nous apparaît tout aussi logique que la qualité des plaidoiries prenne un rôle déterminant sur l'issue du procès à un double niveau. Non seulement la plaidoirie va influencer sur la manière dont nous recevons la lecture des faits qui sont initialement, en principe, présentés de manière neutre ; mais encore, la plaidoirie peut venir détruire le travail fragile d'objectivation effectué dans la lecture de ces mêmes faits. C'est donc un exercice central de la détermination de la responsabilité qui puise ses forces dans les faiblesses de l'intention, se retrouvant aux prises d'un jeu mené sur sa définition matériellement factuelle.

Le rôle du plaideur, qu'il soit professionnel ou non, sera de convaincre l'assemblée que la version qu'il détient est vraie, et qu'à ce titre, elle doit s'imposer sur toutes les autres lectures des faits qui sont possibles. Il conviendra alors de jouer sur tous les registres émotifs pour s'attirer la sympathie des juges ou des jurés⁷¹³. Il cherche donc à se montrer le plus objectif possible, tout en se sachant intimement subjectif dans sa manière d'amener les faits. C'est une conséquence douloureuse de tous ces manquements de l'intention, à savoir que la responsabilité d'une personne, la sécurité de la société, la prise en compte de la douleur d'une victime, sont des éléments qui se jouent, en partie, sur les qualités d'orateur du plaideur, sa capacité de persuasion pour imposer sa lecture des faits et, ainsi, sa lecture de l'intention. Le droit, censé être bien

⁷¹² Il est à noter que, de plus en plus aujourd'hui, les forces de police et de gendarmerie reçoivent des formations plus ou moins poussées afin de mieux retranscrire fidèlement le récit de la victime comme du suspect, soit par des fiches internes confectionnées par la synthèse de recherches sur le sujet, menées par des professeurs, soit par des stages, notamment avec les forces de l'ordre canadiennes. Nous tirons ces informations des différents entretiens que nous avons pu mener avec des policiers et policières. E.P-1, entr. cit., février 2018 ; E.P-2, entr. cit., décembre 2020 ; E.P-3, entr. cit., janvier 2021 ; E.P-4, entr. cit., janvier 2021.

⁷¹³ Étant entendu que les jurés seront plus sensibles à ce jeu d'acteur que les magistrats professionnels. Sur l'importance des émotions à l'audience, et particulièrement aux assises, voir Frédéric CHAUVAUD, « Pleurs, effroi et rires dans les prétoires. Le triomphe de l'émotion en Cour d'assises (1880-1940) » [[en ligne](#)], art. cit.

noble discipline à la recherche du *juste* – pour les naturalistes, du moins –, se retrouve à côtoyer des pratiques plus basses, telles que la séduction, la manipulation voire, le mensonge.

En effet, en entretien, une avocate nous disait alors que :

Le client a le droit de nous embobiner. Certes c'est confidentiel, certes il doit y avoir une relation de confiance avec l'avocat, mais en soi, le client il te dit ce qu'il veut. Donc il y a des clients qui vont te dire A et qui vont penser B. Mais ça on ne peut rien y faire. Mais si on n'a pas d'explications, il faut lui dire en tous cas. Faut dire OK, c'est votre ligne de défense que je vais soutenir, mais sachez que ça ne tient pas la route. Lui dire ça tient ou pas la route en fonction du dossier. Et lui dire ce qui pêche. Et essayer d'avoir des explications sur ça. S'il n'en a pas, on se débrouille avec ce qu'on a.

En fait, nous on n'est pas dans la recherche de la vérité ; on doit dire au client ce qui paraît vrai, et lui dire ce qu'ils vont voir, que vont voir les magistrats dans le dossier, mais nous on n'est pas censés rechercher la vérité. On doit lui dire, nous on doit montrer au magistrat, au parquet, que votre vérité à vous c'est ça, mais malheureusement des fois on n'a rien, pas d'éléments pour contrecarrer, pas de témoignages... c'est triste à dire mais il y a des dossiers qui sont un peu perdus d'avance. Parce que... et parfois il y a des clients qui nous mentent. Ou il y en a qui vont dire « ben moi j'ai eu l'intention de tuer mais je veux que vous plaidez la relaxe ». Et ça aussi ça peut arriver et ce sont des choses que tu dois soutenir bec et ongles alors que tu sais très bien au fond de toi que tu plaides du vent, enfin que tu ne plaides pas la vérité. Mais ce n'est pas l'objectif, ce n'est pas le but. Le but c'est la parole du client, c'est ce qu'il te demande de plaider, c'est ton mandat en fait. On est mandatés pour dire certaines choses. Après évidemment il faut prévenir le client quand ça ne colle pas à la réalité factuelle. Évidemment. Et dans ces cas-là tu dois l'aider à rechercher ce qui pourrait soutenir sa position, mais nous on n'est pas à la recherche de la vérité donc... parfois ça ne colle pas mais on doit faire avec, on est obligés⁷¹⁴.

Également, le plaideur, ici plus particulièrement le plaideur professionnel, non content de manipuler la réalité pour obtenir gain de cause, pourra détruire toute tentative d'objectivation du récit en décrédibilisant, par exemple, un rapport d'expert, en attirant le discrédit sur son auteur, ou autres hypothèses similaires. Ici aussi, la recherche de l'objectivité, l'objectif de sécurité juridique, la garantie d'un système

⁷¹⁴ E.A-1, entr. cit., décembre 2020.

judiciaire fiable sont autant de principes qui, selon nous, prennent un coup sévère, légal même par certains de ses aspects⁷¹⁵.

La plaidoirie professionnelle ou amateur, loin d'être un simple exercice de présentation des prétentions, se révèle déterminante sur l'issue du procès. Il est des éléments qui ne sont que peu contestables, comme la matérialité d'une infraction par exemple, une procédure bien respectée, des traces ADN, etc. L'avocat avisé pourra trouver une faille pour rendre irrecevables ces preuves d'une manière ou d'une autre, mais rarement il essaiera de jouer sur leur interprétation. En revanche, s'il est un domaine où la manipulation n'a pas besoin d'être très poussée sur le plan juridique, c'est bien celui de l'intention⁷¹⁶. Le droit lui-même ne la définit pas et, suivant les époques, ne la prend même pas en considération de manière officielle. L'avocat n'a donc que faire de vouloir respecter ou contourner des textes inexistantes ou lacunaires, et la voie de la manipulation factuelle est alors largement ouverte par cette notion.

Ainsi, lorsqu'il est clairement établi que l'infraction s'est produite, que les protagonistes devant le juge sont bien ceux qui y ont participé, la seule marge restante sera celle qui jouera sur l'intention coupable, la volonté tournée vers la faute. Tout un travail de déconstruction sera opéré pour attirer la sympathie de ceux qui statueront, car si le juge ou les jurés éprouvent de l'empathie pour l'accusé, ils seront certainement moins enclins à penser la personne capable de vouloir la mort d'un autre, par exemple⁷¹⁷. Tout tournera vraisemblablement autour de cette question essentielle : la personne fait-elle partie de celles capables de vouloir le *mal* ? Et le travail de la plaidoirie sera de prouver que non, ou inversement selon que nous regardions la défense ou l'accusation.

Non seulement la place des faits nous apparaît confirmée, puisque ce sont ces éléments factuels bruts qui serviront de base d'interprétation des différents actes du prévenu⁷¹⁸, que ce soit à charge ou à décharge, mais également le récit qui sert à donner cette interprétation des actes qui peuvent être perçus de plusieurs façons.

⁷¹⁵ Voir notamment l'exemple donné par Michèle AGRAPART, *L'expertise criminelle, facteurs de dangerosité, analyses psychologiques, profils de victimes*, op. cit., p. 20-21 : elle évoque la défense, par son avocat, d'un criminel narcissique, et la tentative de manipulation des éléments de l'expertise.

⁷¹⁶ Voir notamment Gabriel TARDE, *La philosophie pénale*, 5^e éd., op. cit., p. 15.

⁷¹⁷ Frédéric CHAUVAUD, « Pleurs, effroi et rires dans les prétoires. Le triomphe de l'émotion en Cour d'assises (1880-1940) » [[en ligne](#)], art. cit.

⁷¹⁸ Laurent FERRON, « Prouver le crime de viol au XIX^e siècle », op. cit., p. 218.

Les faits, rarement univoques⁷¹⁹, viendront alors nourrir le travail de la plaidoirie, de même que les différents récits⁷²⁰, parce que subjectifs, seront une autre source nourricière de l'accusation ou de la défense. Encore une fois, c'est l'interprétation qui décroche un rôle déterminant sur la scène judiciaire.

De fait, parce que tous les éléments susceptibles de remplacer une véritable définition de l'intention sont sujets potentiels d'interprétations, il en découle logiquement que la plaidoirie devient, elle aussi, un élément déterminant⁷²¹ dans la fixation de notre intention biaisée. Nous la disons biaisée, puisqu'il ne nous est pas encore donné de pouvoir filtrer les paroles des protagonistes pour en extirper un *extrait source* à l'état pur, qui nous offrirait une véritable vue sur l'intention initiale lors du passage à l'acte.

Tous ces éléments nous permettent alors de supposer la place prégnante qu'occupent les faits dans la détermination de l'intention, puisque ce sont ces derniers ou leur interprétation qui joueront le premier rôle, en remplacement d'une véritable acceptation et définition sur le plan juridique. Dès lors, la légalité s'affiche en grande perdante dans cette bataille, matée par l'appréciation factuelle des éléments de l'infraction, et non juridique. Au lieu d'utiliser des notions juridiques pour faire la lumière sur l'intention, ce sont bien des éléments matériels et factuels qui nous paraissent mobilisés. Ce serait là la première preuve d'un effacement certain du droit face aux faits, sans oublier l'effet pervers du droit qui manipule les faits, *in fine*, pour en conclure sur la responsabilité de l'agent. Clairement pris en défaut, la matière juridique réagit à son effacement au moment de la recherche des éléments de l'infraction, en voulant dominer totalement les faits lorsque le juge statue sur la responsabilité. Coexistent alors deux déformations : la première fait primer une lecture factuelle sur la recherche réelle de l'intention de l'agent ; la seconde vient déformer les faits en leur imprimant une vision strictement juridique pour les faire entrer dans le cadre prédéterminé de la responsabilité pénale. Nous le voyons, ce sont quand même les faits qui restent la source première menant l'eau au moulin de l'intention, et les

⁷¹⁹ Il existe toujours une manière autre de concevoir la matérialité d'une conséquence.

⁷²⁰ En ne perdant pas de vue que l'avocat lui aussi nous livre un nouveau récit qui s'ajoute aux autres. Sa construction peut, cependant, être particulière et bien souvent répondra au formalisme de la rhétorique. Sur ce point, voir Benoît GARNOT, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, *op. cit.*, p. 291-292.

⁷²¹ Gabriel TARDE, *La philosophie pénale*, 5^e éd., *op. cit.*, p. 444 : c'est de l'éloquence de l'avocat que dépend en partie la solution finale.

sciences sociales nouvelles viennent nous guider dans notre manière d’apprécier l’interaction entre les faits, l’agent, son intention, sa responsabilité, les discours, etc.

L’intérêt des sciences annexes, comme la narratologie ou la psychologie cognitive, peut se faire également ressentir sur l’organisation même du procès pénal. Par exemple, la conception qui prévalait lorsque les textes du *Code de procédure pénale* furent adoptés, était qu’organiser la prise de parole du suspect en dernier devait lui permettre de mieux répondre à tous les griefs qui auront été levés contre lui, et à faire plus forte impression sur les juges. Seulement, cette conception donnant l’opprobre à la politique du « dernier mot vainqueur » nie absolument les études de psychologie cognitive, et particulièrement celles œuvrant à débusquer les biais cognitifs⁷²². Il en est un qui semble dominer dans le cadre du procès pénal articulé sur les récits, c’est le biais d’ancrage⁷²³ : tout en garantissant l’ordre de la parole, le droit semble organiser le déséquilibre des garanties de la défense⁷²⁴.

Par conséquent, nous le voyons, les discours nous semblent être des éléments particulièrement importants dans le cadre du procès pénal où l’enjeu se trouve souvent à l’audience, seul moment de confrontation de toutes les parties et toutes les théories. Pourtant, le droit pénal est encore peu rompu à cet exercice d’autocritique de son fonctionnement, à la recherche d’éléments qui peuvent jouer de manière plus ou moins saillante sur le résultat des audiences. Or, nous le voyons avec le cas de l’intention, les récits semblent effectivement un point névralgique de l’étude juridique qui paraît s’articuler autour de récits de faits. C’est parce qu’il a ignoré, et ignore encore ces perspectives que nous avançons l’idée selon laquelle le droit pénal serait effectivement replié sur lui-même.

⁷²² Entrent alors en friction deux théories différentes quant aux discours : l’une faisant prévaloir le dernier mot, l’autre donnant tout son poids aux premières phrases prononcées.

⁷²³ Julien GOLDSZLAGIER, « L’effet d’ancrage ou l’apport de la psychologie cognitive à l’étude de la décision judiciaire », *Les Cahiers de la Justice*, 4 (2015), p. 510 et s. Pour une définition rapide du biais d’ancrage, voir p. 509 : « L’effet ou “bais d’ancrage” veut que l’esprit humain ait tendance à cheviller son jugement à la première information dont il a pu disposer (l’ancre) lorsqu’il prend une décision dans un contexte d’incertitude » ; un autre biais cognitif peut également poindre, mais concerne moins notre propos, c’est le contexte sociomédiatique de l’affaire jugée. Sur ce point, voir Arnaud PHILIPPE, « Vous jurez de n’écouter ni la haine ou la méchanceté... Les biais affectant les décisions de justice », *Les Cahiers de la Justice*, 4 (2015), p. 563-577 : dans cette contribution, l’auteur développe l’emprise des médias sur l’intime conviction des juges, démontrant sa perméabilité aux éléments exogènes, et emportant au loin l’idée d’une vérité objective prononcée par le magistrat rendant sa sentence.

⁷²⁴ Si la justice utilise les avancées en sciences sociales pour perfectionner sa connaissance du prévenu, elle reste pour l’heure aveugle aux progrès qu’elle pourrait faire en passant son propre fonctionnement à l’épreuve de la psychologie.

Conclusion du chapitre

Au moment de conclure ce chapitre, plusieurs constats s'imposent à nous. Le premier tient en ce que l'intention, notion que nous avons recherchée par tous les moyens, apparaît finalement, textuellement, grâce au *Code pénal* de 1994. Néanmoins, si la révolution est textuelle, elle est loin d'en constituer une autre sur le fond de la notion. En effet, il semblerait que la législation s'inscrive dans une forme de continuité de ce qui était déjà fait auparavant par la doctrine et la jurisprudence : l'intention est effleurée mais n'est pas pleinement traitée. Le législateur introduit le terme, mais n'apporte pas de précisions ni de définition, ce qui peut nous laisser sur notre faim. Une hypothèse à cet oubli pourrait être que, finalement, le législateur n'a fait qu'avaliser les changements jurisprudentiels qui, sur près de deux siècles, ont permis un basculement d'une conception matérielle de l'infraction, vers une conception beaucoup plus subjective. Puisqu'il n'appartient pas aux juges de définir une notion, et qu'elle peut sembler naturelle à la doctrine, personne n'est venu lui donner de cadre précis sur lequel se reposer pour s'essayer d'y apporter une définition. Nous supposons que le législateur a récupéré ce paquetage, l'a validé, et l'a transposé dans les textes, sous les traits de l'article 121-3 du *Code pénal*. C'est en cela que nous parlons d'une textualisation sans révolution mais, plus encore, d'une législation dans la continuité de la pratique judiciaire.

Le deuxième constat, c'est que le corps de la magistrature a bien évolué. Témoin des changements sociaux et sociétaux, la magistrature a très vite compris le besoin de se renouveler, ce qui passa, entre autres, par une ouverture de la profession aux femmes. Pour mettre un terme définitif à la reproduction sociale dynastique, le rôle du concours est renforcé et l'on crée une école nationale par laquelle doivent passer l'ensemble des juges. Ces évolutions sont des facteurs favorables au renouvellement du personnel judiciaire, dont nous voyons un stigmate par la syndicalisation des juges, mouvement impensable quelques dizaines d'années plus tôt.

Un élément nous interroge alors : puisque le corps était relativement homogène sur la période précédente, doit-on en conclure qu'il existe une véritable mixité sociale

dans la représentation des juges ? La réponse est quelque peu mitigée, puisque les magistrats continuent majoritairement d'être issus de familles généralement aisées. Cependant, cette ouverture relative nous permet de poser la question d'une meilleure connaissance de la société par les magistrats. En effet, les juges du XIX^e siècle, en provenant peu ou prou du même milieu social, pouvaient être les acteurs malgré eux d'une reproduction sociale dans les décisions de justice qu'ils rendaient. En poussant vers plus de diversité, nous supposons alors que les décisions seront également un peu plus diversifiées et moins vectrices d'un ensemble de valeurs déterminées. Cet élément nous intéresse au plus haut point en matière d'intention. Puisque la notion n'est pas définie, ce sont les magistrats qui remplissent cette case vide de l'incrimination. Or, nous pouvons considérer qu'une bonne part de subjectivité pourra ici entrer en jeu, et que la subjectivité d'un juge de la seconde moitié du XX^e siècle ne représente pas la même charge axiologique que celle d'un magistrat du XIX^e siècle. Il se pourrait alors que, au fur et à mesure qu'évolue la profession, notre vision sur l'intention soit également progressivement modifiée.

Le troisième et dernier constat tient en ce que le droit pénal contemporain nous apparaît replié sur lui-même, ne s'ouvre pas aux nouvelles disciplines et/ou nouvelles approches critiques qui pourraient éventuellement lui être utiles. Nous l'avons vu avec son indifférence face à la percée du réalisme juridique ou des *Critical Legal Studies*, qui sont pourtant des approches vectrices de questionnements à même d'enrichir le débat pénal sur la construction de l'audience ou la compréhension de certaines notions, comme l'intention. Plus loin, le procès pénal s'offre à nous comme un élément dont les piliers sont des discours, des narrations de faits. L'infraction, parce qu'elle est constituée d'un élément moral et d'un élément matériel, fait intervenir à l'audience une farandole d'acteurs et d'actrices, qui sont là pour présenter un récit de l'action criminelle, et faire gagner la version qui sera certainement la plus probable et plausible. Il y a donc tout un jeu autour des récits qui nous semble particulièrement important, notamment pour la détermination de l'intention. Puisque l'intention ne peut pas être transportée du lieu du crime jusque sur les planches du tribunal, elle doit nécessairement être racontée ; cela entraîne, selon nous, l'application de tous les mécanismes de narratologie, de linguistique ou de psychologie sociale et cognitive, qui sont pourtant ignorés de la doctrine pénale encore aujourd'hui. Or, nous avons pu l'effleurer, cette approche pourrait nous permettre de sortir de l'impasse intentionnelle en lui accolant une forme de définition, même partielle, en acceptant qu'elle ressorte

des faits tels que racontés. C'est du moins notre meilleure piste jusqu'à présent, qui recoupe certainement quelques-uns des enseignements de la philosophie analytique. Surtout, cela démontrerait une meilleure prise en considération de la pratique qui, nous l'avons vu avec nos entretiens auprès de professionnels, fonctionnent déjà de la sorte. Le nier ou l'ignorer serait donc renier l'évidence et faire obstacle à une compréhension améliorée du système pénal et de l'intention qui fait intervenir tous ces mécanismes.

Conclusion de la Partie 2

Nous avons débuté cette partie en posant l'hypothèse d'une confirmation de l'intention sur la période s'étalant de 1870 à 1994. En effet, après avoir été construite dans sa version contemporaine, des embûches se dressaient sur le chemin du triomphe de l'intention, et c'est pour elle le fait de réussir à surmonter ces difficultés qui pouvait éventuellement nous permettre de considérer qu'elle était confirmée. En somme, après avoir été créée, il fallait la mettre à l'épreuve pour en tester la solidité conceptuelle.

Les crises n'ont pas tardé à survenir et, dès la fin du XIX^e siècle, le système non officiel de fonctionnement d'une responsabilité fondée sur l'intention est soumis à rude épreuve. Les assauts déterministes arrivent cependant à être repoussés avec brio, renforçant au passage l'emprise de l'intention en droit criminel. Alors que sa présence n'était encore attestée par aucun texte, le fait que la doctrine et la jurisprudence arrivent à en défendre l'existence est un élément remarquable. Elle en ressort même grandie en ce que les critiques apportées contre le système pénal ont permis de l'amender en marge, mais suffisamment pour le faire entrer sereinement dans le nouveau siècle. C'est ce que nous qualifions de résistance de l'intention sur la période de 1870 à 1945.

Plus que résistante, l'intention est même absolument victorieuse dans la période suivante, bénéficiant, enfin, d'une assise textuelle pour justifier de sa présence au sein des éléments constitutifs de l'infraction. En effet, jusqu'à présent nous devons nous reporter sur la doctrine et la jurisprudence pour saisir les bribes d'intention, puisque les textes n'étaient pas clairs sur le sujet, au détriment du principe de la légalité criminelle. Le *Code pénal* de 1994 met fin à cette entorse, mais ne signe pas de réelle nouveauté sur le plan de la définition de l'intention. Elle devient donc textuelle, mais continue d'être une vaste nébuleuse, difforme et délicate à saisir.

Ce qui se trouve donc confirmé, ce n'est pas la consistance de l'intention, qui n'en reste pas moins évanescence et nous glisse entre les doigts chaque fois que nous essayons de la saisir. La confirmation se positionne uniquement sur le terrain de la

présence textuelle de l'intention, rien de plus. C'est donc une victoire de principe pour un système pénal qui repose sur les intentions criminelles, sans pour autant prendre la peine de définir ce qu'est une intention. Quelques tentatives peuvent être faites en mobilisant de nouveaux outils, comme une approche réaliste ou narrative du droit, mais ce sont des cheminements encore chétifs.

L'intention réussit donc à capter tous les projecteurs, mais n'en reste pas moins vide pour autant. C'est donc une coquille qui est éclairée, mais dont le contenu reste, pour l'heure, toujours aussi obscur. C'est ce tableau mitigé qui marque la fin de notre étude sur la quête de l'intention, de ses fondements, de sa construction, de son appréhension par la justice, et de ses liens éventuels avec le monde qui l'entoure, notamment scientifique. La victoire et la confirmation de l'intention sont donc totales, mais elles peuvent laisser un goût amer à celui ou celle qui en chercherait une véritable définition, opérante en justice, pour mieux cadrer le processus de déclaration de responsabilité ou de définition des infractions.

Conclusion générale

Au moment de clore ce travail, certains constats deviennent lancinants parce qu'ils n'ont pas su trouver de réponse concrète qui aille vers leur validation ou leur infirmation. La quête de l'intention se heurte à des obstacles parfois difficiles à surmonter, et constitue finalement une histoire trouée, au milieu de récits codés qui se chevauchent pour finalement ne pas dire grand-chose. Au rang des enseignements principaux que nous pouvons retirer de cette étude historique et théorique, nous trouvons le constat d'une intention créée en parallèle des textes, avec une torsion du principe de la légalité criminelle (I). Également, se risquer sur les sentiers de l'intention, c'est écrire l'histoire de non-dits qui peuvent parfois être lourds de sens (II). Cet ensemble soulève une question nous apparaissant légitime : celle de la mobilisation de l'intention comme outil d'une politique pénale déterminée, mais discrétionnaire (III). Finalement, le sentiment général qui se dégage de la quête de réponses sur l'intention tient dans la complexité pour essayer de saisir une notion qui, par beaucoup de ses fondements, se révèle extrêmement fuyante (IV).

I. L'intention : une création paratextuelle contre vents et marées

Les sources de l'intention sont plurielles : phénomène religieux, économique, social, artistique, philosophique, les ramifications de ce système paraissent infinies. Son incursion dans le droit n'est donc pas une surprise, tant l'intention semble dominer dans des secteurs diversifiés, sans liens évidents entre eux. Pourtant, ce qui nous interroge, c'est l'apparition paratextuelle de l'intention. Quelle que soit l'époque considérée, les fondements de l'intention en droit sont éparpillés, il n'y a pas de systématisation de ce concept.

Cette situation peut trouver une explication dans l'extrême pluralité des textes et des pratiques, avant l'unification du droit portée par la période révolutionnaire et la codification napoléonienne. Elle devient incompréhensible une fois que les codes sont adoptés.

Plus spécifiquement, sur la période qui nous concerne, les références à l'intention n'étaient qu'indirectes : il fallait se plonger dans des décrets ou ordonnances pour en trouver de premières formes, ou encore dans les débats parlementaires qui ont nourri la construction du *Code pénal* de 1810. Néanmoins, ce dernier ne fait pas montre d'une grande prodigalité sur ce point, et la question de la présence de l'intention en tant qu'élément constitutif du schéma pénal n'est pas tranchée.

Il faut donc s'en remettre à la pratique, entendue largement et englobant jurisprudence et doctrine, pour débusquer les premières tentatives d'imposer l'intention comme déterminante pour l'imputabilité et la responsabilité. Si les éléments afférents à l'imputabilité sont assez rapidement saisis par la doctrine pour y apporter un éclairage bénéfique, la déclinaison de l'intention en tant qu'élément moral des infractions met un certain temps avant d'être formalisée correctement et unanimement.

Selon les époques, les doctrines favorables à l'intention sont plus ou moins bien reçues, mais l'œuvre jurisprudentielle semble relativement imperturbable sur le chemin d'une définition de l'infraction comportant un élément matériel et un élément moral. Alors que les théories déterministes tenteront de démonter totalement notre acception du droit pénal, leur rejet aura pour conséquence le renforcement de la construction de l'intention en marge des textes.

Cette construction lente, mais constante, de l'infraction composée d'un élément matériel et d'un élément moral, gageant de la place de l'intention dans le système de responsabilité, semble insensible aux critiques diverses qui chahutent la société ou les sciences humaines et sociales. Notre conception du droit articulée sur la faute intentionnelle n'est jamais totalement abandonnée et continue sa marche en avant, même en l'absence de textes précis pour en attester l'existence.

Il nous faut finalement patienter jusqu'en 1994 pour que l'intention devienne un élément officiel du droit criminel, et ne soit plus l'apanage d'une création jurisprudentielle et doctrinale. Déjouant tous les pièges sur son chemin, pendant près de deux siècles, et profitant de circonstances parfois favorables à son expansion, l'intention sait donc s'imposer dans l'imaginaire du législateur à l'heure de rédiger,

enfin, des dispositions préliminaires qui détaillent mieux que jamais le contenu des infractions et les manières dont nous pouvons être tenus responsables. Seulement, si les textes arrivent à rattraper leur relatif retard et mettent le système pénal en conformité avec le principe de la légalité criminelle, l'intention demeure toujours cette notion floue, indéterminée, et qui se révèle bien délicate à saisir pour qui souhaiterait comprendre concrètement de quoi elle se compose en justice.

II. Écrire l'histoire de l'intention : le récit de non-dits

Le problème de définition de l'intention peut provenir, selon nous, de la création paratextuelle de la notion. Dès lors, pour retracer l'histoire de cet élément, il faut regarder l'histoire des différents acteurs qui apporteront leur pierre à l'édifice de la responsabilité subjective fondée sur l'intention criminelle ; cela correspond pour l'essentiel aux juges et à la doctrine.

Seulement, pour chercher l'intention dans ce *corpus*, l'approche directe se révèle souvent insuffisante. Les références à l'intention sont parfois dissimulées sous d'autres vocables, des tournures de phrase, un sentiment général qui peut se dégager d'un texte, ou encore le présupposé selon lequel l'humain serait libre, marquant la potentialité d'un discours caché sur les intentions.

Finalement, chercher à faire l'histoire de l'intention, c'est écrire l'histoire de non-dits, auxquels il convient de venir donner du sens. L'intention est souvent ignorée, inexploitée, laissée de côté, et pourtant, elle arrive toujours à imposer son système de pensée. Son omniprésence dans la société pourrait justifier cet état de fait : puisqu'elle est acceptée comme un élément indéniable, nul besoin alors d'aborder ce sujet.

Il faut donc exploiter ces creux des récits pour trouver des réponses aux fondements et à la construction de l'intention juridique. Il s'agit de prendre acte du non-dit et de l'exploiter comme un élément signifiant. Il nous semble que deux postures peuvent se dégager dans la recherche, et particulièrement la recherche historique : nous pouvons étudier les institutions, les textes, les discours pour ce qu'ils peuvent nous apprendre ; mais nous avons également la faculté de creuser les trous, les zones vides, puisqu'elles nous racontent quelque chose de l'histoire. Cette double

approche est importante concernant l'intention, puisque les éléments font partie de la sphère du dicible et de l'indicible, du visible et de l'impalpable.

Parfois il est finalement plus simple et plus logique d'apporter du sens à une zone vide, que de s'échiner à remplir les failles. Pour l'intention, cela passe par une forme de renonciation à trouver une définition qui soit opérante de la notion, pour tourner notre intérêt vers les raisons qui peuvent pousser à ce que la notion reste indéterminée. Plusieurs explications sont possibles, et nous avons notamment avancé l'hypothèse selon laquelle l'intention n'était pas définie ni prise en compte, parce qu'elle avait été *naturalisée*, et qu'il devenait alors absolument superfétatoire de consacrer des pages entières à expliquer un concept *inné*. Dans cette perspective, l'intention, c'est la motivation derrière l'action, rien de plus, rien de moins.

Cette acception est particulière en ce qu'elle tourne les projecteurs vers les mobiles, qui sont pourtant absents du droit pénal français. Une nouvelle fois, c'est la pratique qui vient nous donner du sens : ignorés du *Code pénal*, les mobiles sont pourtant déterminants dans le travail quotidien des magistrats et magistrates. Dans cette conception l'intention n'entend donc pas être un outil de la théorie pénale, mais un outil pratique à destination des juges. La signification du non-dit se trouve ainsi en allant chercher chez les praticiens leur mode de fonctionnement concret, et nous découvrons alors une nouvelle facette de l'intention judiciaire.

Seulement, si les non-dits peuvent être intéressants à étudier du point de vue de la recherche, leur existence peut être sujette à interrogation, à plus forte raison lorsque nous nous situons sur le terrain du droit criminel. Connaissant des sanctions les plus fortes de l'ordre juridique, le droit pénal est censé suivre et respecter un certain nombre de principes qui ont été dégagés et systématisés pour la plupart dans le courant du XVIII^e siècle, et concrétisés dans la législation révolutionnaire, sans discontinuité depuis. Nous pouvons donc questionner la validité d'une intention non dite, avec le principe de la légalité criminelle et de l'interprétation stricte des textes.

III. Le problème de l'intention : un outil au service d'une politique pénale subjective ?

En évoluant en dehors de tout cadre juridique jusqu'en 1994, et en restant indéfinie même à la suite de son entrée dans le *Code pénal*, l'intention constitue donc un OJNI : objet juridique non identifié. Nous ne savons pas bien par quel côté l'aborder, nous n'en trouvons pas de définition juridiquement opérante, en somme, l'intention constitue une forme de nébuleuse qui veut tout et rien dire. Le problème tient en ce qu'elle touche la majorité des infractions – pour ne pas dire la totalité. En outre, prise sous le prisme de l'élément moral, elle constitue 50 % de l'incrimination avec l'élément matériel pour autre moitié. Cela voudrait dire que 50 % des infractions sont laissées à la libre appréciation des magistrats.

Concernant les éléments matériels, les juges sont contraints dans leur action par les éléments qui remontent jusqu'à eux avec l'enquête et l'instruction, par exemple, ou encore avec les expertises qui sont éventuellement menées. Tout cela concourt à la création d'une forme de vérité factuelle de l'action criminelle, qui pourra légitimer la vérité judiciaire qui sera celle du jugement. Néanmoins, en matière d'intention, puisque les textes ne viennent pas cadrer ni encadrer ce qu'il convient de rechercher, les juges conservent une large part de leur intime conviction, une marge de manœuvre qui leur permet d'évoluer en ayant les mains relativement libres contrairement à leur appréciation de l'élément matériel des infractions.

C'est peut-être là l'une des clefs de compréhension de l'imprécision de l'intention : et si la notion demeurerait volontairement imprécise pour permettre aux juges de conserver une part d'arbitraire dans leurs décisions ? Cela offrirait au cadre pénal de pouvoir évoluer avec la société, sans qu'il ne soit sans cesse nécessaire de revenir préciser législativement les nouvelles infractions. En laissant le champ libre en matière d'intention, les magistrats peuvent adapter la réponse pénale selon leurs convictions, mais également selon la politique criminelle menée au niveau étatique.

En effet, offrir cette variable d'ajustement aux magistrats, c'est leur permettre d'acquiescer quand l'intention fait défaut ; mais quand fait-elle défaut ? C'est bien là le nœud de l'intrigue ! Cette réponse est laissée à leur appréciation souveraine. Si la loi pénale est effectivement d'interprétation stricte, encore faut-il que les conditions pour que cette interprétation restrictive existe, soient réunies. Laisser vivre une notion

indéterminée, et pourtant centrale, comme l'intention, c'est ouvrir une brèche suffisamment large dans notre système pénal.

La situation est d'autant plus intéressante que le fonctionnement de la justice demeure encore aujourd'hui relativement obscur. Quand nous visons le fonctionnement, nous entendons les statistiques criminelles qui peuvent démontrer des tendances, mais qui ne sont pas toujours disponibles : nous faisons ici référence à l'absence de statistiques concernant la nationalité, la religion, l'orientation sexuelle, etc. des condamnés, puisque ces chiffres sont interdits à produire de manière officielle en France⁷²⁵. Dans d'autres États, comme au Canada, ces statistiques sont disponibles, et offrent à voir un fonctionnement biaisé de la police, qui peut mener *in fine* à un fonctionnement biaisé de la justice⁷²⁶. En posant l'intention comme élément fondamental des infractions, nous pouvons justement conforter ce mouvement qui laissera s'exprimer la part d'inconscient des magistrats dans leurs décisions. Sans jeter l'opprobre sur l'ensemble du fonctionnement de la justice, il resterait intéressant de pouvoir accéder à ces statistiques criminelles pour en tirer des enseignements, et éventuellement coupler ces analyses à l'intention qui est retenue dans chaque cas de l'espèce. Est-ce que l'intention d'un primodélinquant *blanc* sera la même que celle retenue pour un récidiviste *racisé* ? La question reste en suspens, faute de données disponibles. Néanmoins, des études similaires réalisées aux États-Unis tendent à démontrer le traitement variable selon la couleur de peau des individus qui font face au système policier et judiciaire⁷²⁷. Ainsi, l'intention pourrait être intéressante comme levier pour interroger les éventuels biais dans l'administration de la justice, selon les individus qui y font face.

⁷²⁵ Cette interdiction repose notamment sur l'article 8-I de la loi *Informatique et libertés* du 6 janvier 1978 ; elle a été rappelée par le Conseil Constitutionnel dans sa décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007. Néanmoins, les parlementaires commencent à interroger le fondement de cette interdiction, comme en témoigne le rapport de Aurélien TACHÉ, *72 propositions pour une politique ambitieuse d'intégration des étrangers arrivant en France*, Rapport au Premier ministre, février 2008.

⁷²⁶ Le Québec prend à bras-le-corps les problèmes de discrimination dans les relations citoyens/police, et cherche alors des solutions en s'appuyant sur ces statistiques. Sur ce point, voir Victor ARMONY, Mariam HASSAOUI et Massimiliano MULONE, *Les interpellations policières à la lumière des identités racisées des personnes interpellées. Analyse des données du Service de Police de la Ville de Montréal (SPVM) et élaboration d'indicateurs de suivi en matière de profilage racial. Rapport final remis au SPVM*, août 2019, notamment p. 118 et s.

⁷²⁷ Voir notamment Michelle ALEXANDER, *La couleur de la justice*, Paris, Syllepse, 2017.

IV. L'impasse de l'intention : un système intégralement fondé sur une notion insaisissable

Quelle que soit la période considérée, le lieu envisagé ou le document analysé, nous faisons sempiternellement face au même problème concernant l'intention : son imprécision latente. Mais n'est-il pas logique, finalement, que cette notion soit aussi impalpable que le concept qu'elle véhicule ? Qu'est-ce que l'intention sinon une impression fugace dans l'esprit des individus ? Nous pouvons bien tenter toutes les explications les plus techniques que nous offrent les avancées scientifiques, nous sommes rendus au même point infranchissable : la barrière de l'altérité.

C'est dans l'autre, l'autrui, que se forment les intentions. Elles peuvent bien être le résultat d'intrications chimiques du cerveau ou des données innées qui nous seraient fournies par Dieu ou toute autre entité métaphysique, leur statut demeure intrinsèque aux individus. L'intention, c'est cette inconnue qui domine dans les relations humaines ; alors nous pouvons bien nous perdre en conjectures infinies pour essayer de percer le voile de l'inconnu, il reste que nous projetons des constructions de l'esprit qui ne peuvent trouver de support empirique pour être confirmées ou infirmées.

Pourtant, le droit a eu la prétention de mettre un terme à ces questions, et fait pénétrer l'intention dans l'ombre des textes. Ainsi il n'était plus possible de se contenter de projections spéculatives, et il fallait déterminer les intentions des autres, de la manière la plus fidèle possible. Ce travail relève de l'impossible, rendu possible pourtant, par l'action de fictions juridiques puissantes, portées par la conviction que l'on peut mettre au jour les intentions des criminels pour les punir de la meilleure façon qu'il soit.

Ne sommes-nous pas, pourtant, condamnés à vivre ici dans une insoutenable interrogation permanente ? L'intention semble constituer l'impasse de la qualification criminelle, symbole d'un arbitraire retrouvé. Les magistrats quittent le banc de l'humanité et détiennent le pouvoir presque divin de lire dans les esprits, en déterminant les intentions qui ont présidé l'action criminelle.

De fait, l'ensemble du système ne trouve de justification que dans cette grande fin, celle du procès, qui par un tour de force magistral vient mettre un terme à toutes les incertitudes en prononçant une vérité judiciaire. Certes, des voies de recours

existent ; une fois qu'elles seront épuisées, une seule vérité vaincra, celle des magistrats. Une seule intention brillera, celle appréhendée par la justice. C'est cette possibilité de suspendre l'état de doute qui semble faire tenir toutes ensemble les briques de l'infraction, et particulièrement la brique intentionnelle. C'est en acceptant que le juge puisse se prononcer sur l'indicible que le système gagne toute sa crédibilité.

Nous pouvons bien alors nous retrancher derrière toutes nos constructions théoriques pour justifier le fonctionnement de la procédure pénale et abonder dans le sens d'une responsabilité subjective ayant pour matériel premier les intentions. Il reste que l'intention est une impasse juridique en soi ; personne ne s'y risque, pas le législateur, ni même la doctrine. Les magistrats, en fin de chaîne, se retrouvent alors à manier une notion fuyante, par obligation.

L'impasse de l'intention, c'est l'impasse de sa création. Elle n'a pas de contenu viable et vérifiable, elle s'enfuit quand nous voulons la capter, elle se transforme quand on s'approche d'elle. Pourtant, elle arrive à vivre et se développer dans les systèmes juridiques, en reposant sur le postulat presque irréfragable de son existence. Or, aussi difficile soit-elle à démontrer, il en va de même pour quiconque tenterait de nier sa présence.

C'était là l'objet principal de notre analyse : démontrer les difficultés lorsque nous essayons de nous approcher de l'intention. Cette notion renferme de multiples zones d'ombre ; nous avons essayé d'en éclairer certaines. Néanmoins, nous voyons encore l'ampleur de la tâche qui reste à réaliser, et l'intention appelle de nouveaux travaux pour comprendre cette figure majeure de l'histoire du droit, et particulièrement du droit criminel. Pour cela il faut certainement, comme nous le supposions dans notre introduction, sortir de la lumière, faire un pas de côté, et tenter de comprendre l'intention par des chemins de traverse.

Bibliographie

Sources

Sources d'archives

Archives départementales de la Gironde

Série U : Justice

Sous-série 2 U : Cour d'appel de Bordeaux, Cour d'assises de la Gironde et Cour régionale des pensions militaires

Instructions et circulaires

2 U 2 (juin 1794-septembre 1802)

2 U 3 (1802-1810)

2 U 5 (1817-1822)

2 U 7 (1827-1830)

2 U 8 (1831-1838)

2 U 9 (1839-1843)

2 U 10 (1844-1848)

2 U 11 (1849-1851)

2 U 14 (1855)

2 U 17 (1859-1860)

2 U 19 (1864-1867)

2 U 20 (1868-1872)

2 U 21 (1873-1875)

2 U 24 (1892-1958)

Arrêts correctionnels

2 U 491 (1808-1811)

2 U 493 (1815-1819)

2 U 494 (1820-1824)

2 U 495 (1825-1828)

2 U 496 (1829-1831)

2 U 498 (1835-1836)

2 U 500 (1839-1840)

2 U 503 (1845-1846)

2 U 505 (1849-1850)

2 U 508 (1855-1856)

2 U 510 (1859-1860)

Série D : Archives judiciaires

Sous-série 1U 8 : Cour d'assises de la Seine puis de Paris

Arrêts

- D 1U 8 2 (3 janvier-30 avril 1850)
- D 1U 8 3 (2 septembre-31 décembre 1850)
- D 1U 8 15 (3 janvier-30 avril 1855)
- D 1U 8 28 (3 janvier-30 avril 1860)
- D 1U 8 39 (1^{er} juillet-23 décembre 1865)
- D 1U 8 48 (3 janvier-19 septembre 1870)
- D 1U 8 58 (2 janvier-25 juin 1875)
- D 1U 8 68 (2 janvier-29 juillet 1880)
- D 1U 8 78 (2 janvier-30 juin 1885)
- D 1U 8 88 (2 janvier-28 juin 1890)
- D 1U 8 99 (1^{er} juillet-31 décembre 1895)
- D 1U 8 113 (2 janvier-28 avril 1900)
- D 1U 8 126 (1^{er} juillet-30 décembre 1905)
- D 1U 8 136 (3 janvier-30 juin 1910)
- D 1U 8 146 (4 janvier-22 juin 1915)
- D 1U 8 156 (1^{er} juillet-30 décembre 1920)
- D 1U 8 165 (3 janvier-22 décembre 1925)
- D 1U 8 175 (1^{er} juillet-23 décembre 1930)
- D 1U 8 182 (2 juillet 1934-5 juillet 1935)
- D 1U 8 187 (1^{er} octobre 1939-31 décembre 1940)

Sous-série 2U 8 : Cour d'assises de la Seine puis de Paris

Dossiers de procédure criminelle

- D 2U 8 10 (1870)
- D 2U 8 34 (1875)
- D 2U 8 36 (1875)
- D 2U 8 41 (1875)
- D 2U 8 42 (1875)
- D 2U 8 93 (1880)
- D 2U 8 94 (1880)
- D 2U 8 96 (1880)
- D 2U 8 97 (1880)
- D 2U 8 98 (1880)
- D 2U 8 99 (1880)
- D 2U 8 101 (1880)
- D 2U 8 104 (1880)
- D 2U 8 107 (1880)
- D 2U 8 108 (1880)

D 2U 8 109 (1880)
D 2U 8 174 (1885)
D 2U 8 175 (1885)
D 2U 8 177 (1885)
D 2U 8 178 (1885)
D 2U 8 179 (1885)
D 2U 8 180 (1885)
D 2U 8 181 (1885)
D 2U 8 182 (1885)
D 2U 8 185 (1885)
D 2U 8 188 (1885)
D 2U 8 193 (1885)
D 2U 8 194 (1885)
D 2U 8 195 (1885)
D 2U 8 257 (1890)
D 2U 8 258 (1890)
D 2U 8 259 (1890)
D 2U 8 260 (1890)
D 2U 8 262 (1890)
D 2U 8 263 (1890)
D 2U 8 264 (1890)
D 2U 8 266 (1890)
D 2U 8 390 (1935)
D 2U 8 391 (1935)
D 2U 8 396 (1935)
D 2U 8 397 (1935)
D 2U 8 399 (1935)
D 2U 8 400 (1935)
D 2U 8 403 (1935)
D 2U 8 405 (1935)
D 2U 8 406 (1935)
D 2U 8 407 (1935)
D 2U 8 409 (1935)
D 2U 8 605 (1940)
D 2U 8 606 (1940)
D 2U 8 607 (1940)
D 2U 8 610 (1940)
D 2U 8 614 (1940)

Série W : Archives judiciaires

Sous-série 30 : Cour d'assises de la Seine puis de Paris

Arrêts

30 W 4 (16 janvier 1945-23 décembre 1946)

30 W 9 (1^{er} janvier-31 décembre 1950)

30 W 15 (1^{er} juin-22 décembre 1955)
30 W 30 (1^{er} mars-29 juin 1960)

Sous-série 107 : Cour d'assises de la Seine puis de Paris

Dossiers de procédure criminelle

107 W 5 (1940)
107 W 10 (1940)

Sous-série 122 : Cour d'assises de la Seine puis de Paris

Dossiers de procédure criminelle

122 W 30 (1945)
122 W 31 (1945)
122 W 32 (1945)
122 W 33 (1945)
122 W 34 (1945)
122 W 37 (1945)
122 W 40 (1945)
122 W 41 (1945)

Sous-série 1019 : Cour d'assises de la Seine puis de Paris

Dossiers de procédure criminelle

1019 W 1 (1950)
1019 W 5 (1950)
1019 W 8 (1950)
1019 W 9 (1950)
1019 W 10 (1950)
1019 W 18 (1950)
1019 W 27 (1950)
1019 W 29 (1950)
1019 W 30 (1950)
1019 W 31 (1950)
1019 W 34 (1950)
1019 W 36 (1950)

Sous-série 1954 : Cour d'assises de la Seine puis de Paris

Arrêts

1954 W 1 (4 janvier-23 décembre 1965)

Sous-série 2396 : Cour d'assises de la Seine puis de Paris

Arrêts

2396 W 1 (5 janvier-21 décembre 1970)

Sous-série 2547 : Cour d'assises de la Seine puis de Paris

Arrêts

2547 W 1 (1975)

Sous-série 2809 : Cour d'assises de la Seine puis de Paris

Dossiers de procédure criminelle

2809 W 134 (1975)

2809 W 135 (1975)

2809 W 136 (1975)

2809 W 148 (1975)

2809 W 149 (1975)

2809 W 151 (1975)

2809 W 153 (1975)

2809 W 156 (1975)

2809 W 164 (1975)

2809 W 177 (1975)

2809 W 183 (1975)

2809 W 185 (1975)

2809 W 186 (1975)

2809 W 190 (1975)

2809 W 199 (1975)

Sous-série 3673 : Cour d'assises de la Seine puis de Paris

Dossiers de procédure criminelle

3673 W 1 (1980)

3673 W 2 (1980)

3673 W 6 (1980)

3673 W 10 (1980)

3673 W 11 (1980)

3673 W 12 (1980)

3673 W 15 (1980)

3673 W 19 (1980)

3673 W 20 (1980)

3673 W 22 (1980)

3673 W 29 (1980)

3673 W 30 (1980)

3673 W 53 (1980)

3673 W 54 (1980)

3673 W 55 (1980)

Sources imprimées

Actes royaux

- Ordonnance de Montils-lès-Tours*, avril 1453.
Ordonnance de Blois, mars 1498.
Ordonnance de Villers-Cotterêts, août 1539.
Ordonnance d'Orléans, janvier 1560.
Ordonnance de Moulins, février 1566.
Ordonnance de Blois, mai 1579.
Ordonnance civile, avril 1667.
Ordonnance criminelle de Saint-Germain-en-Laye, 26 août 1670.
Déclaration du roi Louis XVI faite à Versailles le 1^{er} mai 1788.

Déclarations de droits

- Bill of Rights*, 1689.
Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 26 août 1789.
Charte Canadienne des droits et libertés, 1982.

Constitutions

- Constitution* de 1791.
Constitution de l'an I (24 juin 1793).
Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795).
Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799).
Constitution du 16 thermidor an X (4 août 1802).
Constitution de l'an XII (18 mai 1804).
Charte constitutionnelle du 4 juin 1814.
Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815.
Charte constitutionnelle de 1830.
Constitution du 4 novembre 1848.
Constitution du 14 janvier 1852.
Lois constitutionnelles de 1875 (24, 25 février et 16 juillet 1875).
Loi constitutionnelle du 21 juin 1879 dite « Portant abrogation de l'article 9 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 ».
Loi constitutionnelle du 14 août 1884 dite « Portant révision partielle des lois constitutionnelles ».

Loi constitutionnelle du 10 août 1926 dite « Compétant la loi constitutionnelle du 25 février 1875 ».

Loi constitutionnelle du 2 novembre 1945.

Constitution du 27 octobre 1946.

Constitution du 4 octobre 1958.

Compilations et Codes

Code d'Hammourabi, vers 2000 av. J.-C.

Lévitique, v^e siècle av. J.-C.

Loi des Douze Tables, 451-449 av. J.-C.

Digeste, 48, 8, 1, 3 [trad. Henri Hulo], 533.

Code Michau de 1629.

Code pénal de 1791.

Code des délits et des peines de 1795.

Code civil de 1804.

Code d'instruction criminelle de 1808.

Code pénal de 1810.

Code de procédure pénale de 1959.

Code pénal de 1994.

Code de procédure pénale de 2021.

Lois, décrets et ordonnances

Loi des 16-24 août 1790 dite « Sur l'organisation judiciaire ».

Loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790 dite « Instituant un Tribunal de cassation ».

Loi des 16-29 septembre 1791 dite « Concernant la Police de sûreté, la Justice criminelle et l'établissement des Jurés ».

Loi des 29 septembre-21 octobre 1791 en forme d'instruction dite « Pour la Procédure criminelle ».

Loi du 17 septembre 1793 dite « Loi des suspects ».

Décret du 22 prairial an II (10 juin 1794).

Loi du 5 octobre 1794 dite « Portant que la Question relative à l'intention sera posée à l'avenir dans toutes les affaires soumises à des Jurés de jugement ».

Loi du 23 floréal an X (13 mai 1802) dite « Relative aux délits emportant peine de flétrissure ».

Loi du 22 ventôse an XII (13 mars 1804) dite « Relative aux Écoles de droit ».

Décret du 16 mars 1808 dit « Portant création d'un corps de juges auditeurs près de chaque cour d'appel ».

Décret du 17 mars 1808 dit « Portant organisation de l'Université ».

Loi du 20 avril 1810 dite « Relative à l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice ».

Loi du 25 juin 1824 dite « Contenant diverses modifications au Code pénal ».

Loi du 28 avril 1832 dite « Contenant des modifications au Code pénal et au Code d'instruction criminelle ».

Loi du 30 juin 1838 dite « Loi Esquirol sur les aliénés ».

Loi du 30 juillet 1881 dite « Loi de réparation nationale en faveur des victimes du 2 décembre 1851 et des victimes de la loi de sûreté du 27 février 1858 ».

Loi du 26 juillet 1873.

Loi du 30 août 1883 dite « Sur la réforme de l'organisation judiciaire ».

Loi du 27 mai 1885 dite « Instaurant la relégation des récidivistes ».

Loi du 14 août 1885 dite « Sur les moyens de prévenir la récidive ».

Loi du 26 mars 1891 dite « Sur l'atténuation et l'aggravation des peines ».

Décret du 18 août 1906 dit « Décret Sarrien ».

Décret du 13 février 1908 dit « Pour le recrutement et l'avancement des magistrats ».

Loi du 22 juillet 1912 dite « Sur les tribunaux pour enfants et adolescents et sur la liberté surveillée ».

Loi du 28 janvier 1937.

Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 dite « De l'enfance délinquante ».

Loi n° 46-643 du 11 avril 1946 dite « Ayant pour objet de permettre aux femmes d'accéder à la magistrature ».

Loi du 6 janvier 1978 dite « Informatique et libertés ».

Arrêté du 21 mars 2007 dit « Modifiant l'arrêté du 25 novembre 1998 fixant la liste des titres ou diplômes reconnus comme équivalents à la maîtrise en droit pour l'exercice de la profession d'avocat ».

Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 dite « Sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs ».

Loi n° 200-516 du 15 juin 2000 dite « Renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes ».

Jurisprudence

Conseil constitutionnel, décision n° 71-44 DC, dite « Liberté d'association », 16 juillet 1971.

Conseil constitutionnel, décision n° 2007-555 DC, 15 novembre 2007.

Conseil constitutionnel, n° 2017-694 QPC, M. Ousmane K. et a., 2 mars 2018.

Conseil d'État, Section, 1^{er} décembre 1972, n° 80195, dit « Obrego ».

Travaux parlementaires

BERGASSE Nicolas, « Rapport par M. Bergasse sur l'organisation du pouvoir judiciaire, lors de la séance du 17 août 1789 », *Archives Parlementaires de la Révolution Française*, 12 (1881), p. 440-450.

BOISSY-D'ANGLAS François-Antoine, « Discours devant la Convention, séance du 21 ventôse an III », *Moniteur universel*, 13 mars 1795, p. 706-708.

Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, mercredi 14 janvier 2015, « Compte rendu n° 36 », Présidence de M. Jean-Jacques Urvoas.

Compte général de l'administration de la justice criminelle en France pendant l'année 1859, présenté à sa majesté l'Empereur par le garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris, Imprimerie impériale, 1860.

« Décret portant que les juges seront élus par le peuple, lors de la séance du 5 mai 1790 », *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, 15 (1883), p. 390.

DUPORT Adrien Jean, « Principes et plan sur l'établissement de l'ordre judiciaire par M. Duport, en annexe de la séance du 29 mars 1790 », *Archives Parlementaires de la Révolution Française*, 12 (1881), p. 408-432.

« Exposé des motifs de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante », *Journal officiel de la République française*, 4 février 1945, p. 530-531.

FAURE Louis-Joseph, « Exposé des motifs Du Livre II du Code pénal, fait par M. le chevalier FAURE, conseiller d'Etat et orateur du gouvernement, dans la séance du Corps Législatif du 3 février 1810 », dans Jean-Guillaume Locré de Roissy (dir.), *La législation civile, commerciale et criminelle de France*, tome 29, Paris, Crapelet, 1831, p. 260-268.

GARAT Dominique, « Opinion de M. Garat, l'aîné, député du pays de Labour, sur les plans présentés par MM. Duport et Sieyès, pour l'organisation judiciaire », *Archives Parlementaires de la Révolution Française*, 12 (1881), p. 490-502.

LE CHAPELIER Isaac René Guy, « Décret d'ensemble sur l'organisation du Tribunal de cassation lors de la séance du 27 novembre 1790 », *Archives Parlementaires de la Révolution Française*, 21 (1885), p. 38-41.

LE PELETIER DE SAINT-FARGEAU Louis-Michel, « Rapport par M. le Peletier de Saint-Fargeau sur le projet de Code pénal en annexe de la séance du 23 mai 1791 », *Archives Parlementaire de la Révolution Française*, 26 (1887), p. 319-332.

PORTALIS Joseph-Marie, « Séance du 7 juillet 1840 », *Moniteur universel*, 9 juillet 1840, p. 1645-1648.

RIBOUD Thomas-Philibert, « Rapport fait au Corps législatif dans la séance du 13 février 1810, par M. Riboud, en présentant le vœu d'adoption émis par la commission législative sur le Livre II du Code Pénal », dans Jean-Guillaume Locré de Roissy (dir.), *La législation civile, commerciale et criminelle de France*, tome 29, Paris, Crapelet, 1831, p. 269-288.

ROBESPIERRE (DE) Maximilien François Marie Isidore Joseph, « Suite de la discussion sur le tribunal de cassation, lors de la séance du 18 novembre 1790 », *Archives Parlementaires de la Révolution Française*, 20 (1885), p. 515-519.

SIEYÈS Emmanuel-Joseph, « Discours du 7 septembre 1789 de l'abbé Sieyès devant l'Assemblée constituante », *Archives parlementaires*, 8 (1875), p. 592-597.

TACHÉ Aurélien, *72 propositions pour une politique ambitieuse d'intégration des étrangers arrivant en France*, Rapport au Premier ministre, février 2008.

TARGET Jean-Baptiste, « Observations sur le Projet de Code criminel, première Partie, Délits et Peines, présentées par M. Target, membre de la commission chargée de la composition de ce projet », dans Jean-Guillaume Locré de Roissy (dir.), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, tome 29, Paris, Crapelet, p. 2-38.

WALDECK-ROUSSEAU Pierre, « Débats parlementaires », *Journal officiel*, 26 janvier 1883, p. 139-143.

Ouvrages

ABDEL-RAZEK Mohamed, *L'élément moral de l'infraction en droit comparé* [microfiches], thèse dactyl., droit, Paris, 1992.

ABDUL-AZIZ Al Hassan, *L'élément psychologique en matière criminelle délictuelle* [microfiches], thèse dactyl., droit, Strasbourg, 1993.

ANCEL Marc, *La défense sociale nouvelle*, Paris, Cujas, 1954.

ANCEL Marc, *La défense sociale nouvelle*, 2^e éd., Paris, Cujas, 1971.

ANSCOMBE Gertrude Elizabeth Margaret, *L'intention*, Paris, Gallimard, 2002, [rééd. 1957].

AUBRY Charles et RAU Charles, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zacharie*, 4^e éd., tome 4, Paris, Marchal, 1871.

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque* [[en ligne](#)], Édition électronique, 2014 [rééd. IV^e siècle a.-v. J.-C.],

URL :<https://philosophie.cegeptr.qc.ca/wp-content/documents/Éthique-à-Nicomaque.pdf>.

BADINTER Robert, *Projet de loi portant réforme du code pénal*, Sénat, 20 février 1986.

BARBERGER Cécile, *Droit pénal*, Paris, La Découverte, 1997.

BARTHES Roland, *Essais critiques*, Paris, Seuil, 1964.

BARTHES Roland, *Fragments d'un discours amoureux*, Paris, Seuil, 1977.

BAVOUX François Nicolas, *Leçons préliminaires sur le Code pénal*, Paris, Bavoux, 1821.

BECCARIA Cesare, *Dei delitti e delle pene*, Milan, Mursia, 1973 [rééd. 1763].

BECCARIA Cesare, *Dei delitti e delle pene*, Livourne, Coltellini, 1764.

BECCARIA Cesare, *Dei delitti e delle pene*, 2^e éd., Paris, De Boiste, 1766.

BECCARIA Cesare, *Des délits et des peines*, Paris, Brière, 1822 [rééd. 1764].

- BECCARIA Cesare, *Dei delitti e delle pene*, Milan, Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, 2001 [rééd. 1774].
- BECCARIA Cesare, *Traité des délits et des peines*, Paris, Imprimerie du journal d'économie publique, de morale et de politique, 1797.
- BECCARIA Cesare, *Des délits et des peines*, Philadelphie, [sans éditeur], 1866.
- BEAUMANOIR (DE) Philippe, *Coutumes de Beauvaisis*, tomes 1 et 2, Paris, Picard, 1899 [rééd. 1283].
- BENTHAM Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London, Payne, 1780.
- BENTHAM Jeremy, *Théorie des peines et des récompenses*, 2^e éd., tome 1, Londres, Vogel et Schulze, 1811.
- BENTHAM Jeremy, *Théorie des peines et des récompenses*, 3^e éd., tome 1, Paris, Bossange, 1825.
- BENVENISTE Émile, *Problèmes de linguistique générale*, tome 1, Paris, Gallimard, 1966.
- BÉRENGER Alphonse, *De la justice criminelle en France, d'après les lois permanentes, les lois d'exception, et les doctrines des tribunaux*, Paris, L'Huillier, 1818.
- BERKELEY George, *Les principes de la connaissance humaine*, Paris, Armand Colin, 1920 [rééd. 1710].
- BERNARDI (DE) Joseph, *Cours de droit civil français*, tome 3, Paris, Garnery, 1804.
- BERRIAT-SAINT-PRIX Charles, *Cours de droit criminel*, 2^e éd., Paris, Nève, 1821.
- BERRIAT-SAINT-PRIX Charles, *Cours de droit criminel*, 4^e éd., Paris, Nève, 1836.
- BERTAULD Alfred, *Cours de Code pénal et leçons de législation criminelle*, 3^e éd., Paris, Cosse, 1864.
- BERTILLON Alphonse, *L'identité des récidivistes et la loi de relégation*, Paris, Masson, 1883.
- BERTILLON Alphonse, *Anthropologie métrique, Conseils pratiques aux missionnaires scientifiques*, Paris, Imprimerie Nationale, 1909.
- BEUDANT Charles, *Le droit individuel et l'État : introduction à l'étude du droit*, Paris, Rousseau, 1891.
- BŒUF Henri, *Résumé de droit criminel*, 19^e éd., Paris, Sirey, 1912.
- BOITARD Édouard, *Leçons sur les Codes pénal et d'instruction criminelle*, 3^e éd., Paris, Thorel, 1844.
- BONNOT DE CONDILLAC Étienne, *Traité des sensations*, tome 1 et 2, Paris, de Bure, 1754.
- BOURDIEU Pierre, *La distinction. Critique sociale du jugement*, Paris, Éditions de Minuit, 1979.
- BOURDIEU Pierre, *La noblesse d'État : grandes écoles et esprit de corps*, Paris, Éditions de Minuit, 1989.
- BOUZAT Pierre, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, Paris, Dalloz, 1951.
- BOUZAT Pierre et PINATEL Jean, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Paris, Dalloz, 1963.
- BRENTANO Franz Clemens, *Psychologie du point de vue empirique*, Paris, Vrin, 2008 [rééd. 1874].

- BROCHER Charles-Antoine, *Cours de droit international privé suivant les principes consacrés par le droit positif français*, tome 2, Paris, Thorin, 1883.
- BRATMAN Michael, *Intention, Plans, and Practical Reason*, Chicago, Chicago University Press, 1999.
- CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2016 [rééd. 1968].
- CARDOZO Benjamin, *Law and Literature and Other Essays and Adresse's*, New York, Harcourt, 1931.
- COUSIN Victor, *Nouveaux fragments philosophiques*, Paris, Pichon, 1828.
- COUSIN Victor, *Fragments philosophiques*, 3^e éd., tome 1, Paris, Ladrangé, 1838.
- COUTURAT Louis, *Pour la langue internationale*, Colommiers, Brodard, 1906.
- CUCHE Paul, *Précis de droit criminel*, Paris, Dalloz, 1925.
- DANA Adrien-Charles, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Paris, LGDJ, 1982.
- DECOCQ André, *Droit pénal général*, Paris, Colin, 1971.
- DEGOIS C. [prénom inconnu], *Traité élémentaire de droit criminel*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1922.
- DE CERVANTÈS SAAVERDA Miguel, *L'ingénieur hidalgo Don Quichotte de la Manche* [[en ligne](#)], tome 1, Québec, La Bibliothèque électronique du Québec, s. d. [rééd. 1605], URL : <https://beq.ebooksgratuits.com/cervantes/Cervantes-1.pdf>.
- DE DAMHOUDER Jossse, *La pratique et enchiridion des causes criminelles*, Louvain, Bathen, 1555.
- DELPECH Calixte, *De l'infraction, ses conditions, ses éléments, ses caractères*, Paris, Thorin, 1879.
- DELVINCOURT Claude Étienne, *Cours de code Napoléon*, tome 2, Paris, Gueffier, 1813.
- DEMANTE Antoine Marie, *Programme du cours de droit civil français*, tome 2, Paris, Gobelet, 1831.
- DEMOGUE René, *Les notions fondamentales du Droit privé*, Paris, Rousseau, 1911.
- DESCARTES René, *Discours de la méthode*, tome 1, Paris, Levrault, 1824 [rééd. 1637].
- DESCARTES René, *Les méditations métaphysiques*, 3^e éd., Paris, Bobin, 1673 [rééd. 1641].
- DEVITT Michael, *Realism and Truth*, Princeton, Princeton University Press, 1997.
- DOLLAT Jacques, *Les contrats d'adhésion*, Paris, Larose, 1905.
- DONNEDIEU DE VABRES Henri, *La justice pénale aujourd'hui*, 3^e éd., Paris, Armand Colin, 1948.
- DURANTON Alexandre, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome 10, Paris, Gobelet, 1830.
- DURKHEIM Émile, *Cours de science sociale. Leçon d'ouverture* [[en ligne](#)], Chicoutimi, Édition électronique, 2002 [rééd. 1888], URL : http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/sc_soc_et_action/texte_1_01/cours_sc_sociales.pdf.
- DUVERGIER Jean-Baptiste, *Code pénal annoté, édition de 1832*, Paris, Guyot, 1833.

- ESMEIN Adhémar, *Histoire de la Procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, Paris, Duchemin, 1978 [rééd. 1882].
- FAUCONNET Paul, *La responsabilité, étude de sociologie*, Paris, Alcan, 1920.
- FERRI Enrico, *Teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitro*, Florence, Barbèra, 1878.
- FERRI Enrico, *Sociologia criminale*, 3^e éd., Turin, Bocca, 1892.
- FERRI Enrico, *La sociologie criminelle*, 3^e éd., Paris, Rousseau, 1893.
- FERRI Enrico, *La sociologie criminelle*, Paris, Alcan, 1905.
- FELIX Jean-Jacques Gaspard, *Traité du droit international privé ou Du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, 2^e éd., Paris, Joubert, 1847.
- FONTAINE (DE LA) Jean, *Choix de fables*, 22^e éd., Paris, Delalain Frères, 1878.
- FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975.
- FRANCOTTE Xavier, *L'anthropologie criminelle*, Paris, Baillièrre, 1891.
- FRANK Jerome, *Law and the Modern Mind*, Londres, Transaction Publishers, 2009 [rééd. 1930].
- FRANK Jerome, *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, Princeton, Princeton University Press, 1973 [rééd. 1949].
- FRANKFURTER Felix et MCCAULEY LANDIS James, *The Business of the Supreme Court: A Study in the Federal Judicial System*, New York, The Macmillan Company, 1928.
- GARÇON Émile, *Les méthodes juridiques*, Paris, Giard, 1911.
- GAROFALO Raffaele, *Criminologia, Studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, Turin, Fratelli Bocca, 1885.
- GAROFALO Raffaele, *La criminologie : étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, 2^e éd., Paris, Alcan, 1890.
- GARRAUD René, *La relégation et l'interdiction de séjour*, Paris, Larose et Forcel, 1886.
- GARRAUD René, *Précis de droit criminel*, 2^e éd., Paris, Larose et Forcel, 1885.
- GARRAUD René, *Précis de droit criminel*, 4^e éd., Paris, Larose et Forcel, 1892.
- GARRAUD René, *Précis de droit criminel*, 10^e éd., Paris, Larose et Forcel, 1909.
- GARRAUD René, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, tome 1, Paris, Sirey, 1930 [rééd. 1913].
- GÉNY François, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif*, 2^e éd., tome 2, Paris, LGDJ, 1919.
- GIDE André, *Souvenirs de la cour d'assises*, Paris, Gallimard, 2009 [rééd. 1914].
- GOUNOT Emmanuel, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912.
- GRAMATICA Filippo, *Principes de défense sociale*, Paris, Cujas, 1964.
- GRIVOIS Henri et PROUST Joëlle, *Subjectivité et conscience d'agir dans la psychose*, Paris, PUF, 1998.

HELVÉTIUS Claude-Adrien, *De l'Esprit* [[en ligne](#)], Saguenay, Les classiques des sciences sociales, 2009 [rééd. 1757],
 URL : http://classiques.uqac.ca/classiques/helvetius_claude_adrien/de_l_esprit/helvetius_de_l'esprit.pdf.

HUGONET Pierre, *La vérité judiciaire*, Paris, Litec, 1986.

HUME David, *Traité de la nature humaine*, Paris, Aubier-Montaigne, 1946 [rééd. 1739].

HUME David, *Traité de la nature humaine* [[en ligne](#)], tome 1, Édition électronique, publié le 1^{er} janvier 2006 [rééd. 1739] [consulté le 8 septembre 2020],
 URL : https://prepasaintsernin.files.wordpress.com/2020/06/hume_traite_nature_hum_t1.pdf.

HUSSERL Edmond, *Méditations cartésiennes*, Paris, Vrin, 2000 [rééd. 1929].

HUSSERL Edmond, *Méditations cartésiennes. Introduction à la phénoménologie*, Paris, Vrin, 1966.

HOBBS Thomas, *Léviathan* [[en ligne](#)], Chicoutimi, Édition électronique, 2012 [rééd. 1651] [consulté le 23 août 2019], URL :
http://classiques.uqac.ca/classiques/hobbes_thomas/leviathan/leviathan_partie_1/leviathan_1e_partie.pdf.

JANET Pierre, *L'automatisme psychologique*, 2^e éd., Paris, Alcan, 1894.

JOUSSE Daniel, *Traité de la justice criminelle de France*, tomes 1 à 3, Paris, Debure, 1771.

KANT Emmanuel, *Fondements de la métaphysique des mœurs* [[en ligne](#)], Édition électronique Les Échos du Maquis, 2013 [rééd. 1785],
 URL : <https://philosophie.cegeptr.qc.ca/wp-content/documents/Fondements-de-la-Métaphysique-des-moeurs.pdf>.

KANT Emmanuel, *Critique de la raison pratique*, Paris, Alcan, 1888 [rééd. 1788].

KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1962.

KINBERG Olof, *Les problèmes fondamentaux de la criminologie*, Paris, Cujas, 1959.

LABORDE Adrien, *Cours de droit criminel*, 2^e éd., Paris, Rousseau, 1898.

LACAN Jacques, *Écrits*, Paris, Seuil, 1966.

LACASSAGNE Alexandre, *Des réquisitions de médecins et pharmaciens militaires par l'autorité judiciaire, Droits et devoirs des experts*, Paris, Baillièrre, 1881.

LACASSAGNE Alexandre et DOUBRE Paul, *Rapports de la taille debout et de la taille assis, de la taille debout et de la grande envergure*, Lyon, Pitrat, 1884.

LACASSAGNE Alexandre, *Les établissements insalubres de l'arrondissement de Lyon : comptes-rendus des travaux du Conseil d'hygiène publique et de salubrité du département du Rhône*, Lyon, Storck, 1891.

LACASSAGNE Alexandre, *Vacher l'éventreur et les crimes sadiques*, Lyon, Storck, 1899.

LACASSAGNE Alexandre, *Peine de mort et criminalité*, Paris, Maloine, 1908.

LAINÉ Armand, *Traité élémentaire de droit criminel*, Paris, Cotillon, 1879.

LAMBERT Édouard, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Dalloz, 2005 [rééd. 1921].

- LAURENT Émile, *L'anthropologie criminelle et les nouvelles théories du crime*, Paris, Société d'éditions scientifiques, 1891.
- LAVATER Gaspar, *L'art de connaître les hommes par la physiognomonie*, Paris, Depélafol, 1820.
- LE GRAVEREND Jean-Marie-Emmanuel, *Traité de la législation criminelle en France*, Paris, Imprimerie royale, 1816.
- LEFORT Joseph, *Cours élémentaire de droit criminel*, Paris, Thorin, 1877.
- LEGROS Robert, *L'élément moral dans les infractions*, Paris, Sirey, 1952.
- LERMINIER Eugène, *De l'influence de la philosophie du XVIII^e siècle sur la législation et la sociabilité du XIX^e*, Paris, Prévost-Crocius, 1833.
- LERMINIER Eugène, *Philosophie du droit*, 3^e éd., Paris, Guillaumin, 1853.
- LEVASSEUR Georges et STEFANI Gaston, *Droit pénal général et criminologie*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1958.
- LEVASSEUR Georges, *Cours de droit pénal spécial*, Paris, Cours de droit, 1967.
- LEVASSEUR Georges, STEFANI Gaston et JAMBU-MERLIN Roger, *Criminologie et Science pénitentiaire*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1968.
- LÉVI-STRAUSS Claude, *Anthropologie structurale*, Paris, Plon, 1996 [rééd. 1958].
- LÉVI-STRAUSS Claude, *L'Homme nu*, Paris, Plon, 1971.
- LEWIS David, *De la pluralité des mondes*, Paris, Éditions de l'Éclat, 2007 [rééd. 1986].
- LOCARD Edmond, *Manuel de technique policière, enquête criminelle*, Paris, Payot, 1923.
- LOCARD Edmond, *Traité de criminalistique, Les empreintes et les traces dans l'enquête criminelle*, tome 1, Lyon, Desvignes, 1931.
- LOCARD Edmond, *Les faux en écriture et leur expertise*, Paris, Payot, 1959.
- LOCKE John, *Essai philosophique concernant l'entendement humain*, Amsterdam, Mortier, 1735 [rééd. 1689].
- LOISEL Antoine, *Institutes coutumières*, Paris, l'Angelier, 1607.
- LOMBOIS Claude, *Droit pénal général*, Paris, Hachette, 1994.
- LOMBROSO Cesare, *L'uomo delinquente, Studiato in rapporto alla antropologia, alla medicina legale ed alle discipline carcerarie*, Milan, Hoepli, 1876.
- LOMBROSO Cesare, *L'Homme criminel*, 4^e éd., Paris, Alcan, 1887.
- LOMBROSO Cesare, *L'homme criminel, Atlas, XL planches*, 2^e éd., Turin, Bocca, 1888.
- LOMBROSO Cesare, *Les applications de l'anthropologie criminelle*, Paris, Alcan, 1892.
- MALTHUS Thomas, *An Essay on the Principle of Population*, Londres, Johnson, 1798.
- MANOUVRIER Léonce, *L'anthropologie et le droit*, Paris, Giard, 1894.
- MARCADÉ Victor, *Cours élémentaire de droit civil*, 4^e éd., tome 4, Paris, Cotillon, 1850.
- MARSHALL James, *Intention in Law and Society*, New York, Minerva Press, 1968.
- MAURIAC François, *Thérèse Desqueyroux*, Paris, Décitre, 1972 [rééd. 1927].

- MERLEAU-PONTY Maurice, *Phénoménologie de la perception*, Paris, Gallimard, 1967.
- MIGNE Jacques-Paul (dir.), *Œuvres complètes de S. François de Sales, Évêque et Prince de Genève*, tome 5, Paris, Migne Éditeur, 1861.
- MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR, *Baromètre du harcèlement de rue* [[en ligne](#)], publié en 2022 [consulté le 18 septembre 2022],
URL : <https://www.interieur.gouv.fr/sites/minint/files/medias/documents/2022-02/barometre-harcelement-de-rue-2022.pdf>.
- MOLINIER Victor, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, tome 2, Paris, Rousseau, 1894.
- MONTESQUIEU (Charles Louis DE SECONDAT, baron de LA BRÈDE), *De l'esprit des lois*, tome 1, Paris, Dabo, 1824 [rééd. 1748].
- MONTESQUIEU (Charles Louis DE SECONDAT, baron de LA BRÈDE), *De l'esprit des lois* [[en ligne](#)], deuxième partie (Livres IX à XIII), Chicoutimi, Édition électronique, 2002 [rééd. 1748],
URL : http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/partie_2/esprit_des_lois_Livre_2.pdf.
- MOUGEOLLE Paul, *Statistique des civilisations*, Paris, Leroux, 1883.
- MUYART DE VOUGLANS Pierre-François, *Institutes au droit criminel*, Paris, Le Breton, 1757.
- MUYART DE VOUGLANS Pierre-François, *Réfutation Des Principes hasardés dans le Traité des Délits et des Peines*, Paris, Desaint, 1767.
- MUYART DE VOUGLANS Pierre-François, *Les loix criminelles de France, dans leur ordre naturel*, Paris, Morin, 1780.
- NIETZSCHE Friedrich, *La volonté de puissance*, tome 2, trad. Albert Henri, s.l.n.d. [abandon du projet en 1888].
- NORMAND Albert, *Traité élémentaire de droit criminel*, Paris, Cotillon, 1896.
- ORTOLAN Joseph-Louis-Elzéar, *Éléments de droit pénal*, 3^e éd., tome 1, Paris, Plon, 1864.
- ORTOLAN Joseph-Louis-Elzéar, *Éléments de droit pénal : pénalité, juridiction, procédure*, 3^e éd., tome 1, Paris, Plon, 1863.
- ORTOLAN Joseph Louis Elzéar, *Résumé des éléments de droit pénal*, Paris, Plon, 1867.
- PARADIS (DE) MONCRIF (DE) François Augustin, *Les Chats*, Paris, Quillau, 1727.
- PEIRCE Charles Sanders, *Pragmatisme et pragmaticisme*, *Œuvres I*, Paris, Cerfs, 2002 [rééd. XIX^e siècle].
- PÉRONNE Vincent et CHARPENTIER Écalle (dir.), *Œuvres complètes de Saint Augustin*, tomes 1-32, Paris, Vivès, 1869-1873.
- PIAGET Jean, *Le Structuralisme*, Paris, PUF, 2016 [rééd. 1969].
- PIAGET Jean, *La naissance de l'intelligence chez l'enfant*, 9^e éd., Paris, Delachaux, 1977.
- PINEL Philippe, *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale*, 2^e éd., Paris, Brosson, 1809.
- PORTALIS Jean-Étienne-Marie, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil, présenté le 1^{er} pluviôse An IX* [[en ligne](#)], 21 janvier 1801,
URL : https://www.mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf.

- PRINS Adolphe, *Science pénale et droit positif*, Bruxelles, Bruylant, 1899.
- PROUST Joëlle, *Comment l'esprit vient aux bêtes. Essai sur la représentation*, Paris, Gallimard, 1997.
- PUECH Marc, *Droit pénal général*, Paris, Litec, 1988.
- RAUTER Jacques-Frédéric, *Traité théorique et pratique de droit criminel français*, Paris, Hingray, 1836.
- RAZOUS Paul, *Éléments de droit pénal*, Paris, Berger-Levrault, 1902.
- REMPLOON Lucien, *Pratique du ministère public : rôle et attributions du magistrat du parquet*, vol. 1, Paris, Éditions administratives centrales, 1981.
- RIBOT Théodule, *Psychologie anglaise contemporaine*, 3^e éd., Paris, Germer, 1881.
- RICŒUR Paul, *Le juste*, Paris, Esprit, 1995.
- ROLLAND Maurice (dir.), *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel. II. Études de science pénale et de politique criminelle*, Paris, Pedone, 1975.
- ROQUES Eugène, *L'école éclectique du XIX^e siècle*, Paris, Dézobry, 1861.
- ROSSI Pellegrino, *Traité de droit pénal*, 2^e éd., tomes 1 et 2, Paris, Guillaumin, 1855.
- ROUSSEAU Jean-Jacques, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* [[en ligne](#)], Édition électronique, Les Échos du Maquis, 2011 [rééd. 1754] [consulté le 23 août 2019],
URL : <https://philosophie.cegeptr.qc.ca/wp-content/documents/Discours-sur-linégalité-1754.pdf>.
- ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social ou, Principes du droit politique*, Genève, Rey, 1762.
- ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social*, Paris, Félix Alcan, 1896 [rééd. 1762].
- RUDLOFF Marcel, *Rapport fait sur le projet de loi portant réforme des dispositions générales du code pénal*, tome 1, Sénat, 27 avril 1989.
- RYCKMANS Pierre, *Traduction et commentaire du traité de Shitao. Les propos sur la peinture du moine Citrouille-amère*, Paris, Hermann, 2003 [rééd. 1710].
- SAÏD Edward, *L'Orientalisme*, Paris, Points, 2015 [rééd. 1978].
- SALEILLES Raymond, *L'individualisation de la peine, étude de criminalité sociale*, Paris, Alcan, 1898.
- SALEILLES Raymond, *De la déclaration de volonté : Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, Pichon, 1901.
- SALEILLES Raymond, *L'individualisation de la peine, étude de criminalité sociale*, 3^e éd., Paris, Alcan, 1927.
- SEARLE John, *L'intentionnalité*, Paris, Minuit, 1985.
- SEILLIER Bertrand, *Droit administratif*, tome 2, Paris, Flammarion, 2021.
- SMITH Adam, *La théorie des sentiments moraux*, Paris, PUF, 2014 [rééd. 1759].
- SMITH Adam, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des Nations*, Paris, Guillaumin, s. d. (XIX^e siècle) [rééd. 1776].

- STÉFANI Gaston (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal – Études de droit criminel*, Paris, Dalloz, 1956.
- STEFANI Gaston et LEVASSEUR Georges, *Droit pénal général et procédure pénale*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 1973.
- TARDE Gabriel, *La criminalité comparée*, Paris, Alcan, 1886.
- TARDE Gabriel, *Études pénales et sociales*, Paris, Masson, 1892.
- TARDE Gabriel, *Les transformations du droit*, Paris, Alcan, 1893.
- TARDE Gabriel, *La logique sociale*, 2^e éd., Paris, Alcan, 1898.
- TARDE Gabriel, *Essais et mélanges sociologiques*, Lyon, Storck, 1900
- TARDE Gabriel, *La philosophie pénale*, 5^e éd., Paris, Masson, 1900.
- TARDE Gabriel, *Les transformations du droit : étude sociologique*, 5^e éd., Paris, Alcan, 1906.
- TRÉBUTIEN Eugène, *Cours élémentaire de droit criminel*, Paris, Durand, 1854.
- TRÉBUTIEN Eugène, *Cours élémentaire de droit criminel*, Paris, Imprimerie générale, 1878.
- VALLOIS Maximilien, *La formation de l'influence kantienne en France*, Paris, PUF, 1924.
- VAREILLES-SOMMIÈRES Gabriel, *La synthèse du droit international privé*, Paris, Pichon, 1897.
- VERDUN Henri, *Des pratiques judiciaires de correctionnalisation*, Aix-en-Provence, Roubaud, 1922.
- VIGIÉ Albert, *Cours élémentaire de droit civil français*, 2^e éd, tome 2, Paris, Rousseau, 1895.
- VILLEY Edmond, *Précis d'un cours de droit criminel*, 6^e éd., Paris, Larose, 1906.
- VOLTAIRE (François-Maris AROUET), *Prix de la Justice et de l'Humanité*, Londres, [pas d'édition sur le manuscrit consulté], 1777.
- VOLTAIRE (François-Marie AROUET), *Œuvres complètes*, tome 22, Paris, Garnier, 1879.
- VON JHERING Rudolf, *La lutte pour le droit*, Paris, Marescq, 1890.
- VON LINNÉ Carl, *Systema Naturæ*, Lipsiae, Godofr, 1748.
- VON LINNÉ Carl, *Linné ou Tableau du règne végétal*, Montpellier, Seguin, 1809.
- VOUIN Robert, *Manuel de droit criminel*, Paris, LGDJ, 1949.
- WEISS André, *Traité élémentaire de Droit international privé*, Paris, Larose et Forcel, 1886.
- WITTGENSTEIN Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus*, Paris, Gallimard, 1993 [rééd. 1922].
- WITTGENSTEIN Ludwig, *Philosophical investigations*, Oxford, Blackwell, 1953.
- WORMS René, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*, Paris, Giard, 1891.
- ZAMENHOF Louis-Lazare, *Langue internationale*, Varsovie, Gebethner et Wolff, 1887.
- ZOLA Émile, *L'Assomoir*, Paris, Charpentier, 1878.

Articles

ANCEL Marc, « Le problème de la peine de mort », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1963, p. 373-393.

ANCEL Marc, « Pierre Bouzat et Jean Pinatel – *Traité de droit pénal et de criminologie*, Paris, Dalloz, 1963 », *Revue internationale de droit comparé*, 4 (1963), p. 772-774.

ANSCOMBE Gertrude Elizabeth Margaret, « La question de l'idéalisme linguistique », *Cahiers philosophiques*, 3 (2019) [rééd. 1976], p. 129-153.

AUSSEL Jean-Marie, « La contrainte et la nécessité en droit pénal », dans Gaston Stéfani (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal. Études de droit criminel*, Paris, Dalloz, 1956, p. 253-292.

BAUDOT Oswald, « Harangue à des magistrats qui débutent, 1974 » [[en ligne](https://section-ldh-toulon.net/la-harangue-de-Baudot-a-des.html)], *LDH Toulon*, publié le 1^{er} janvier 1999 [consulté le 17 septembre 2022], URL : <https://section-ldh-toulon.net/la-harangue-de-Baudot-a-des.html>.

BERGER Bennett, « Structuralisme et volontarisme en sociologie de la culture », *Sociologie et sociétés*, 2 (1989), p. 177-194.

BERREVILLE Jean-Claude, « Quelques réflexions sur l'élément moral de l'infraction », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 4 (1973), p. 865-877.

BERTILLON Alphonse, « Une application pratique de l'anthropométrie », *Annales de démographie internationale*, 5 (1881), p. 330-350.

BINET Alfred, « Hamon. Déterminisme et responsabilité », *L'Année psychologique*, 5 (1898), p. 721-728.

BONNIER Édouard, « Du noviciat judiciaire », *Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique*, 9 (1842), p. 398-468.

CALDERONI Mario, « Formes et critères de la responsabilité », *Revue de métaphysique et de morale*, 2 (1909), p. 172-202.

CANEPA Giacomo, « Les perspectives biologiques et psychologiques dans le domaine des études cliniques sur le comportement criminel », dans Denis Szabo, Marc Ancel et Peter Lejins (dir.), *La criminologie : Bilan et perspectives. Mélanges offerts à Jean Pinatel*, Paris, Pedone, 1980, p. 183-201.

CARBONNIER Jean, « La sociologie juridique et son emploi en législation : communication à l'académie des sciences morales et politiques », *L'Année sociologique*, 2 (2007), p. 393-401.

COHEN Felix, « Transcendental Nonsense and the Functional Approach », *ETC: A Review of General Semantics*, 2 (1944), p. 82-115.

COMPTE RENDU, « Le congrès de l'Union fédérale des magistrats (Lyon, 17-19 mai 1965) », *Revue internationale de droit comparé*, 4 (1965), p. 924-927.

DAVIDSON Donald, « Actions, Reasons, and Causes », *Journal of Philosophy*, 7 (1963), p. 685-700.

DELPECH Joseph, « À propos du décret Sarrien (18 août 1906). Quelques remarques de droit comparé sur les moyens d'assurer en pratique l'indépendance des juges vis-à-vis du pouvoir », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 24 (1907), p. 67-91.

- DEREUX Georges, « De la nature juridique des “contrats d’adhésion” », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1910, p. 503-541.
- ESMEIN Adhémar, « La réorganisation de l’agrégation des facultés de droit », *Revue internationale de l’enseignement*, 32 (1896), p. 243-255.
- FORTOUL Hippolyte, « Circulaire relative au statut du 20 décembre 1855 sur l’agrégation des facultés », *Bulletin administratif de l’instruction publique*, 7 (1856), p. 30-34.
- FOUCART Émile, « De la nécessité d’exiger des candidats à la magistrature des conditions spéciales de capacité. Projet d’un concours », *Revue de législation et de jurisprudence*, 1 (1835), p. 346-357.
- FOUCAULT Michel, « La vie : l’expérience et la science », *Revue de métaphysique et de morale*, 1 (1985), p. 3-14.
- GRAMATICA Filippo, « La notion de “responsabilité” dans le système de défense sociale », dans Maurice Rolland (dir.), *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d’études en hommage à Marc Ancel. II. Études de science pénale et de politique criminelle*, Paris, Pedone, 1975, p. 109-122.
- GROSS Frank, « The Emperor’s Clothes Syndrome », *New England Journal of Medicine*, 15 (1971), p. 265-863.
- HÉLIE Faustin, « De l’interprétation de la loi pénale », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 4 (1854), p. 97-113 et 220-244.
- HÉLIE Faustin, « Introduction à la deuxième édition du Traité de droit pénal », dans Pellegrino Rossi, *Traité de droit pénal*, 2^e éd., tome 1, Paris, Guillaumin, 1855, p. I-CVII.
- HOLMES Oliver Wendell, « The Path of the Law » [[en ligne](#)], *Harvard Law Review*, publié en 1897 [consulté le 21 août 2022],
URL : <http://moglen.law.columbia.edu/LCS/palaw.pdf>.
- HUE Georges, « Du recrutement de la magistrature », *Bulletin de l’Association amicale de la magistrature*, 1 (1911), p. 173-175.
- HUSSON Léon, « Le droit, la morale et les sciences humaines », *Revue internationale de droit comparé*, 4 (1970), p. 645-660.
- JAKOBSON Roman, « Linguistics and Poetics », dans Thomas Sebeok (dir.), *Style in Language*, Massachusetts, M.I.T. Press, 1960, p. 350-449.
- JIMENEZ DE ASUA Luis, « Les problèmes modernes de la culpabilité », dans Paul Graulich (dir.), *En hommage à Jean Constant*, Liège, Presses de la Faculté de droit de Liège, 1971, p. 147-155.
- LACASSAGNE Alexandre, « Congrès d’anthropologie criminelle de Rome », *Archives d’anthropologie criminelle*, 1 (1886), p. 167-171.
- LACASSAGNE Alexandre, « Rapport de M. Ferri », *Archives de l’anthropologie criminelle*, 1 (1886), p. 177-186.
- LACASSAGNE Alexandre, « Avant-propos, Deuxième congrès international d’anthropologie criminelle », *Archives de l’anthropologie criminelle et des sciences pénale*, 4 (1889), p. 517-522.

- LACASSAGNE Alexandre, « Compte rendu des séances. Deuxième congrès d'anthropologie criminelle et des sciences pénales », *Archives de l'anthropologie criminelle*, 4 (1889), p. 533-537.
- LARGUIER Jean, « Mort et transfiguration du droit pénal », dans Maurice Rolland (dir.), *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel. II. Études de science pénale et de politique criminelle*, Paris, Pedone, 1975, p. 123-150.
- LEBRET Jean, « Essai sur la notion d'intention criminelle », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 3 (1938), p. 438-484.
- LÉGAL Alfred, « M. Ancel, *La défense sociale nouvelle* », *Revue internationale de droit comparé*, 1 (1968), p. 213-217.
- LETOURNEAU Charles, « Préface », dans Cesare Lombroso, *L'Homme criminel*, 4^e éd., Paris, Alcan, 1887, I-IX.
- LEVASSEUR Georges, « Étude de l'élément moral de l'infraction », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1 (1969), p. 81-97.
- LEVASSEUR Georges, « Réformes récentes en matière pénale dues à l'école de la défense sociale nouvelle », dans Maurice Rolland (dir.), *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel. II. Études de science pénale et de politique criminelle*, Paris, Pedone, 1975, p. 35-62.
- LYON-CAEN Charles, « La réforme de l'agrégation des facultés de droit », *Revue internationale de l'enseignement*, 21 (1891), p. 113-123.
- MANOUVRIER Léonce, « Les crânes des suppliciés », *Archives de l'anthropologie criminelle*, 1 (1886), p. 119-141.
- MARJETTI Raffaele, « Le phénomène Magnaud », *La Revue socialiste*, 37 (1903), p. 651-662.
- MARX Yvonne, « Chronique de défense sociale. Les rapports du juge pénal et du médecin expert », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 4 (1963), p. 855-868.
- MERCADAL Barthélémy, « Recherches sur l'intention en droit pénal », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1 (1967), p. 1-47.
- NIBOYET Jean-Paulin, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 16 (1928), p. 5-115.
- PÉRÈS Jean, « Réalisme et idéalisme dans l'art », *Revue Philosophique de la France et de l'Étranger*, 59 (1905), p. 378-396.
- PINATEL Jean, « Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale, le point de vue criminologique et pénologique », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 4 (1964), p. 757-773.
- PINATEL Jean, « Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale, le point de vue criminologique et pénologique », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 4 (1965), p. 757-773.
- PINATEL Jean, « La théorie pénale de l'intention devant les sciences de l'Homme », dans Jean Boulouis (dir.), *L'évolution du droit criminel contemporain : recueil d'études à la mémoire de Jean Lebreton*, Paris, PUF, 1968, p. 181-193.
- PINATEL Jean, « L'apport scientifique du centre international de criminologie comparée », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 4 (1977), p. 871-879.

RICCEUR Paul, « Étude sur les “Méditations Cartésiennes” de Husserl », *Revue philosophique de Louvain*, 33 (1954), p. 75-109.

ROLIN Henri, « De la responsabilité sans faute – Étude de droit comparé », *Revue de droit international et de législation comparée*, 2 (1906), p. 64-91.

ROUX (DE) Marie, « La magistrature et la III^e République », *Revue des deux mondes*, 2 (1943), p. 136-145.

SCHAFF Adam et BRENDEL Claire, « Le structuralisme en tant que courant intellectuel », *L'Homme et la société*, 25 (1972), p. 73-96.

SUTHERLAND Edwin, « Crime and Business », *American Academy of Political and Social Science*, 217 (1941), p. 112-118.

Revue

LACASSAGNE Alexandre, GARRAUD René et COUTAGNE Henry (dir.), *Archives de l'anthropologie criminelle*, 1 (1886).

LACASSAGNE Alexandre, GARRAUD René et COUTAGNE Henry (dir.), *Archives de l'anthropologie criminelle*, 2 (1887).

LACASSAGNE Alexandre, GARRAUD René et COUTAGNE Henry (dir.), *Archives de l'anthropologie criminelle*, 3 (1888).

LACASSAGNE Alexandre, GARRAUD René et COUTAGNE Henry (dir.), *Archives de l'anthropologie criminelle*, 4 (1889).

LACASSAGNE Alexandre, GARRAUD René et COUTAGNE Henry (dir.), *Archives de l'anthropologie criminelle*, 5 (1890).

LACASSAGNE Alexandre, GARRAUD René et COUTAGNE Henry (dir.), *Archives de l'anthropologie criminelle*, 6 (1891).

LACASSAGNE Alexandre, GARRAUD René et COUTAGNE Henry (dir.), *Archives de l'anthropologie criminelle*, 7 (1892).

LACASSAGNE Alexandre et TARDE Gabriel (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 8 (1893).

LACASSAGNE Alexandre et TARDE Gabriel (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 9 (1894).

LACASSAGNE Alexandre et TARDE Gabriel (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 10 (1895).

LACASSAGNE Alexandre et TARDE Gabriel (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 11 (1896).

LACASSAGNE Alexandre et TARDE Gabriel (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 12 (1897).

LACASSAGNE Alexandre et TARDE Gabriel (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 13 (1898).

LACASSAGNE Alexandre et TARDE Gabriel (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 14 (1899).

- LACASSAGNE Alexandre et TARDE Gabriel (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 15 (1900).
- LACASSAGNE Alexandre et TARDE Gabriel (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 15 (1900).
- LACASSAGNE Alexandre et TARDE Gabriel (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 16 (1901).
- LACASSAGNE Alexandre et TARDE Gabriel (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 17 (1902).
- LACASSAGNE Alexandre et TARDE Gabriel (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 18 (1903).
- LACASSAGNE Alexandre et TARDE Gabriel (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 19 (1904).
- LACASSAGNE Alexandre et DUBUISSON Paul (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 20 (1905).
- LACASSAGNE Alexandre et DUBUISSON Paul (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 21 (1906).
- LACASSAGNE Alexandre et DUBUISSON Paul (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 22 (1907).
- LACASSAGNE Alexandre et DUBUISSON Paul (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 23 (1908).
- LACASSAGNE Alexandre (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 24 (1909).
- LACASSAGNE Alexandre (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 25 (1910).
- LACASSAGNE Alexandre (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 26 (1911).
- LACASSAGNE Alexandre (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 27 (1912).
- LACASSAGNE Alexandre (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 28 (1913).
- LACASSAGNE Alexandre (dir.), *Archives d'anthropologie criminelle*, 29 (1914).

Dictionnaires et recueils

Collection générale des lois, proclamations, instructions, et autres actes du pouvoir exécutif, tome 5, partie II, août-septembre 1791, Paris, Imprimerie royale, 1792.

Collection générale des lois, proclamations, instructions, et autres actes du pouvoir exécutif, tome 6, octobre-novembre 1791, Paris, Imprimerie royale, 1792.

DALLOZ Aîné et DALLOZ Armand, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, tome 20, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1850.

DALLOZ Aîné et DALLOZ Armand, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, tome 14, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1853.

DALLOZ Aîné et DALLOZ Armand, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, tomes 24 et 28, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1854.

DALLOZ Aîné et DALLOZ Armand, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, tome 39, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1858.

DALLOZ Aîné et DALLOZ Armand, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, tome 44, partie II, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1864.

DAUBENTON Antoine-Grégoire, *Dictionnaire textuel raisonné, par ordre sommaire et de matières du Code d'instruction criminelle*, Paris, Giguet et Michaud, 1809.

DUVERGIER Jean-Baptiste, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens et avis du Conseil d'État*, tomes 12 et 16, Paris, Guyot, 1826.

Dictionnaire de l'Académie française, 1^{re} éd., 1694.

Dictionnaire de l'Académie française, 2^e éd., 1718.

Dictionnaire de l'Académie française, 3^e éd., 1740.

Dictionnaire de l'Académie française, 4^e éd., 1762.

Dictionnaire de l'Académie française, 5^e éd., 1798.

Dictionnaire de l'Académie française, 6^e éd., 1835.

Dictionnaire de l'Académie française, 7^e éd., 1878.

Dictionnaire de l'Académie française, 8^e éd., 1935.

Dictionnaire de l'Académie française, 9^e éd., s. d.

FERRIÈRE (DE) Claude-Joseph, *Dictionnaire de droit et de pratique*, 3^e éd., Paris, Brunet, 1749.

LOCRÉ DE ROISSY Jean-Guillaume (dir.), *La législation civile, commerciale et criminelle de France*, tome 1, Paris, Crapelet, 1827.

LOCRÉ DE ROISSY Jean-Guillaume (dir.), *La législation civile, commerciale et criminelle de France*, tomes 24 et 29, Paris, Crapelet, 1831.

MAVIDAL Jérôme et LAURENT Émile (dir.), *Archives Parlementaires de la Révolution Française*, tomes 8 à 32, Paris, Dupont, 1875-1888.

RONDONNEAU Louis (dir.), *Collection générale des lois, décrets, arrêtés, sénatus-consultes*, tome 5, partie I, Paris, Rondonneau et Decle, 1818.

Entretiens avec des professionnels

Entretiens avec des avocats/avocates

Entretien avec un avocat/une avocate E.A-1, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, décembre 2020.

Entretien avec un avocat/une avocate E.A-2, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, mars 2021.

Entretiens avec des experts/expertes

Entretien avec un expert/une experte E.E-1, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, mars 2021.

Entretien avec un expert/une experte E.E-2, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, mars 2021.

Entretien avec un expert/une experte E.E-3, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, avril 2021.

Entretiens avec des magistrats/magistrates

Entretien avec un magistrat/une magistrate E.M-1, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, décembre 2020.

Entretien avec un magistrat/une magistrate E.M-2, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, décembre 2020.

Entretien avec un magistrat/une magistrate E.M-3, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, décembre 2020.

Entretien avec un magistrat/une magistrate E.M-4, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, janvier 2021.

Entretien avec un magistrat/une magistrate E.M-5, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, février 2021.

Entretien avec un magistrat/une magistrate E.M-6, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, mars 2021.

Entretien avec un magistrat/une magistrate E.M-7, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, mars 2021.

Entretien avec un magistrat/une magistrate E.M-8, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, mars 2021.

Entretien avec un magistrat/une magistrate E.M-9, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, mars 2021.

Entretien avec un magistrat/une magistrate E.M-10, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, mars 2021.

entretien avec un magistrat/une magistrate E.M-11, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, avril 2021.

Entretien avec un magistrat/une magistrate E.M-12, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, avril 2021.

Entretien avec un magistrat / une magistrate E.M-13, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, avril 2021.

Entretien avec un magistrat / une magistrate E.M-14, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, avril 2021.

Entretien avec un magistrat / une magistrate E.M-15, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, avril 2021.

Entretien avec un magistrat / une magistrate E.M-16, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, avril 2021.

Entretien avec un magistrat / une magistrate E.M-17, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, avril 2021.

Entretien avec un magistrat / une magistrate E.M-18, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, avril 2021.

Entretien avec un magistrat / une magistrate E.M-19, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, juin 2021.

Entretiens avec des policiers / policières

Entretien avec un policier / une policière E.P-1, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, février 2018.

Entretien avec un policier / une policière E.P-2, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, décembre 2020.

Entretien avec un policier / une policière E.P-3, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, janvier 2021.

Entretien avec un policier / une policière E.P-4, *La recherche de l'intention criminelle* [entretien], mené par Alexandre Frambéry-Iacobone, janvier 2021.

Musique

SHOSTAKOVICH, *L'âge d'or*, 1930.

Études

Ouvrages

ACOMB Frances, *Anglophobia in France 1763-1789. An essay in the history of Constitutionalism and Nationalism*, Durham, Duke University Press, 1950.

AGNOLETTI Marie-France, *La perception des personnes*, Paris, Dunod, 2017.

AGRAPART Michèle, *L'expertise criminelle, Facteurs de dangerosité, analyses psychologiques, profils de victimes*, Lausanne, Favre, 2012.

ALEXANDER Michelle, *La couleur de la justice*, Paris, Syllepse, 2007.

ALLEN Robert, *Les tribunaux criminels sous la Révolution et l'Empire*, Rennes, PUR, 2005.

ALLINNE Jean-Pierre, *Gouverner le crime. Les politiques criminelles françaises de la Révolution au XXI^e siècle*, Paris, L'Harmattan, 2004.

ANDRÉ Christophe, *Droit pénal spécial*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2021.

ARMONY Victor, HASSAOUI Mariam et MULONE Massimiliano, *Les interpellations policières à la lumière des identités racisées des personnes interpellées. Analyses des données du Service de Police de la Ville de Montréal (SPVM) et élaboration d'indicateurs de suivi en matière de profilage racial. Rapport final remis au SPVM*, août 2019.

ARNOUX Yann, *Le recours à l'expert en matière pénale*, Marseille, PUAM, 2004.

ASSELAIN Jean-Charles, *L'argent de la justice. Le budget de la justice en France de la Restauration au seuil du XXI^e siècle*, Bordeaux, PUB, 2009.

AUCOUTURIER Valérie, *Qu'est-ce que l'intentionnalité ?*, Paris, Vrin, 2012.

AUCOUTURIER Valérie, *L'intention en action*, Paris, Vrin, 2018.

AUDEGEAN Philippe, DEL VENTO Christian, MUSITELLI Pierre et TABET Xavier, *Le bonheur du plus grand nombre. Beccaria et les Lumières*, Lyon, ENS Éditions, 2017.

AUDEGEAN Philippe et FRANCONI Gianni (dir.), *Des délits et des peines*, Dei delitti e delle pene, Lyon, ENS Éditions, 2009.

AUDREN Frédéric, CHÊNE Christian, MATHEY Nicolas, et VERGNE Arnaud, *Raymond Saleilles et au-delà*, Paris, Dalloz, 2013.

AUDREN Frédéric et HALPÉRIN Jean-Louis, *La culture juridique française*, Paris, CNRS Éditions, 2013.

AZOUVI François et BOUREL Dominique, *De Königsberg à Paris : la réception de Kant en France (1788-1804)*, Paris, Vrin, 1991.

BABICHE Babette, *La fin de la pensée ? Philosophie analytique contre philosophie continentale*, Paris, L'Harmattan, 2012.

BALLOT SQUIRAWSKI Claire, *Les éléments constitutifs, essai sur les composantes de l'infraction*, thèse dactyl., droit, Paris, 2017.

BARBIER Jonathan et MANDRET-DEGEILH Antoine, *Le travail sur archives : guide pratique*, Malakoff, Armand Colin, 2018.

- BARRAUD Boris, *Le pragmatisme juridique*, Paris, L'Harmattan, 2017.
- BERGER Emmanuel, *La justice pénale sous la Révolution. Les enjeux d'un modèle judiciaire libéral*, Paris, PUF, 2008.
- BERNAUDEAU Vincent, *La justice en question. Histoire de la magistrature angevine au XIX^e siècle*, Rennes, PUR, 2007.
- BERTÉ Stéphanie, *L'intention en droit pénal*, thèse dactyl., droit, Paris, 2005.
- BERTHOLET Denis, *Claude Lévi-Strauss*, Paris, Plon, 2003.
- BLATIER Catherine, *Introduction à la psychocriminologie*, Paris, Dunod, 2010.
- BOUFFARTIGUE Paul et GADÉA Charles, *Sociologie des cadres*, Paris, La Découverte, 2000.
- BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, 22^e éd., Paris, Dalloz, 2011.
- BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, 27^e éd., Paris, Dalloz, 2021.
- BOULOC Bernard et MATSOPOULOU Haritini, *Droit pénal général et procédure pénale*, 19^e éd., Paris, Dalloz, 2014.
- BOURCIER Danièle et BONIS (DE) Monique, *Les paradoxes de l'expertise : savoir ou juger ?*, Le Plessis-Robinson, Institut Synthélabo, 1999.
- BRACONNAY Nicolas, *La justice et les institutions juridictionnelles*, 3^e éd., Paris, La documentation Française, 2019.
- BRUNORI Luisa, « Societas quid sit » *La société commerciale dans l'élaboration de la Seconde Scolastique*, Paris, Mare & Martin, 2015.
- CARBASSE Jean-Marie, *Introduction historique au droit pénal*, Paris, PUF, 1990.
- CARBASSE Jean-Marie, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2006.
- CARBASSE Jean-Marie, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2014.
- CARTUYVELS Yves, *D'où vient le code pénal ? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIII^e siècle*, Bruxelles, De Boeck Université, 1996.
- CATELAN Nicolas, *L'influence de Cesare Beccaria sur la matière pénale moderne*, Marseille, PUAM, 2004.
- CAYOL Amandine, *Le droit des contrats en tableaux*, 2^e éd., Paris, Ellipses, 2021.
- CHAMPS (DE) Emmanuelle et CLÉRO Jean-Pierre (dir.), *Bentham et la France : fortune et infortunes de l'utilitarisme*, Paris, Fondation Voltaire, 2009.
- CHARLES Christophe, *Les Élités de la République : 1880-1900*, Paris, Fayard, 1987.
- CHAUVAUD Frédéric, PETIT Jacques-Guy et YVOREL Jean-Jacques, *Histoire de la justice de la Révolution à nos jours*, Rennes, PUR, 2007.
- COMBESSIE Jean-Claude, *La méthode en sociologie*, Paris, La Découverte, 2007.
- COMMAILLE Jacques, *À quoi nous sert le droit ?*, Paris, Gallimard, 2015.
- COTTRET Bernard, *La Révolution Anglaise*, Paris, Perrin, 2018.
- CULLER Jonathan, *Roland Barthes*, Vincennes, Presses universitaires de Vincennes, 2015.
- DAMON Julien, *100 Penseurs de la société*, Paris, PUF, 2016.
- DEBRÉ Jean-Louis, *La justice au XIX^e siècle, Les magistrats*, Paris, Perrin, 1981.

DECOUX Prune, *French Readings in Law Reviews : Les lectures américaines de la doctrine juridique française (1870-1945)*, thèse dactyl., droit, Bordeaux, 2019.

DEGRACE Kitty, *La flétrissure dans la pratique des juridictions pénales des Bouches-du-Rhône au début du XIX^e siècle*, Poitiers, Presses universitaires juridiques, 2021.

DELALANDE Nicolas et TRUONG-LOÏ Blaise, *Histoire politique du XIX^e siècle*, Paris, Presses de Sciences Po, 2021.

DEMARCHI Jean-Raphaël, *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, Paris, LGDJ, 2012.

DÉOGRACIAS Jean-Jacques, *Le fabuleux destin du fort du Hâ*, Bordeaux, Les Dossiers d'Aquitaine, 2006.

DESCAMPS Olivier, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, Paris, LGDJ, 2005.

DOR Joël, *Introduction à la lecture de Lacan*, Paris, Denoël, 1985.

DOSSE François, *Histoire du structuralisme. I. Le champ du signe*, Paris, La Découverte, 2012.

DUPARC Pierre, *Origines de la grâce dans le droit pénal romain et français du Bas-Empire à la Renaissance*, Paris, Sirey, 1942.

DUPRET Baudoin, *Droit et Sciences sociales* [[en ligne](#)], manuscrit original, publié en 2006 [consulté le 28 juillet 2020], URL : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00197135>.

EL SHAKANKIRI Mohamed, *La philosophie juridique de J. Bentham*, Paris, LGDJ, 1970.

FABIANI Jean-Louis, *Pierre Bourdieu. Un structuralisme héroïque*, Paris, Seuil, 2016.

FABRE-MAGNAN Muriel, *Le droit des contrats*, Paris, PUF, 2018.

FAGET Jacques, *Sociologie de la délinquance*, Toulouse, Érès, 2002.

FARAGO France, *L'Art*, Paris, Armand Colin, 2011.

FARCY Jean-Claude, *Guide des archives judiciaires et pénitentiaires*, Paris, CNRS Éditions, 1992.

FARCY Jean-Claude, *Les Carrières des magistrats (XIX^e-XX^e siècles). Annuaire rétrospectif de la magistrature*, Paris, Missions de recherche Droit et Justice, 2009.

FAVOREU Louis et MASTOR Wanda, *Les Cours constitutionnelles*, Paris, Dalloz, 2011.

FILLON Catherine, BONINCHI Marc et LECOMPTE Arnaud, *Devenir juge. Modes de recrutement et crises des vocations de 1830 à nos jours*, Paris, PUF, 2008.

FRIDE ROUGE CARRASSAT Patricia et MARCADÉ Isabelle, *Comprendre et reconnaître les mouvements dans la peinture*, Paris, Larousse, 1997.

FRYDMAN Benoît, *Le sens des lois*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

GARNOT Benoît, *Histoire des juges en France de l'Ancien Régime à nos jours*, Paris, Nouveau Monde Éditions, 2014.

GOAZIOU (LE) Véronique, *Viol. Que fait la justice ?*, Paris, Presses de Sciences Po, 2019.

GOLTZBERG Stefan, *Le droit comparé*, Paris, PUF, 2018.

GRAVIER Sabine, *La preuve de l'élément moral*, mémoire dactyl., droit, Bordeaux, 2014.

- GREEN Thomas Andrew, *Freedom and Criminal Responsibility in American Legal Thought*, New York, Cambridge University Press, 2014.
- HAKIM Nader, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, LGDJ, 2002.
- HALPÉRIN Jean-Louis, *Le Tribunal de cassation sous la Révolution française (1790-1799)*, tome 2, thèse dactyl., droit, Paris, 1985.
- HALPÉRIN Jean-Louis, *Le Tribunal de cassation sous la Révolution : 1790-1799*, Paris, LGDJ, 1987.
- HALPÉRIN Jean-Louis, *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992.
- HALPÉRIN Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 2001.
- HARANG Faustine, *La torture au Moyen Âge*, Paris, PUF, 2017.
- HART Herbet Lionel Adolphus, *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1968.
- HERRERA Carlos-Miguel (dir.), *Par le droit, au-delà du droit : textes sur le socialisme juridique*, Paris, Kimé, 2003.
- HERRERA Carlos-Miguel (dir.), *Les juristes face au politique : le droit, la gauche, la doctrine sous la Troisième République*, Paris, Kimé, 2005.
- HERVADA Javier, *Qu'est-ce que le droit ? La réponse moderne du réalisme juridique*, Paris, Boleine, 2021.
- HILAIRE Jean, *Le droit des affaires et l'histoire*, Paris, Economica, 1995.
- HILAIRE Jean, *Histoire du droit*, 14^e éd., Paris, Dalloz, 2017.
- HINTIKKA Jaakko, *L'intentionnalité et les mondes possibles*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2011.
- HOCHMANN Jacques, *Histoire de la psychiatrie*, Paris, PUF, 2011.
- HOUDÉ Olivier, *Histoire de la psychologie*, Paris, PUF, 2021.
- HUFTEAU Yves-Louis, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, PUF, 2020 [rééd. 1965].
- HUSSER Simon, *L'infraction formelle*, mémoire dactyl., droit, Paris, 2016.
- INCHAUSPÉ Dominique, *L'erreur judiciaire*, Paris, PUF, 2010.
- JALBY Christian, *La police technique et scientifique*, Paris, PUF, 2017.
- JAMIN Christophe, *La cuisine du droit. L'École de droit de Sciences Po : une expérimentation française*, Paris, Lextenso, 2012.
- JAMIN Christophe et MELLERAY Fabrice, *Droit civil et droit administratif. Dialogue(s) sur un modèle doctrinal*, Paris, Dalloz, 2018.
- JEAN Jean-Paul, *Le système pénal*, Paris, La Découverte, 2008.
- JEANCLOS Yves, *La justice pénale en France. Dimension historique et européenne*, Paris, Dalloz, 2011.
- JEANCLOS Yves, *Les 7 principes du droit pénal*, 3^e éd., Paris, Eyrolles, 2021.
- KERBRAT-ORECCHIONI Catherine, *L'énonciation : de la subjectivité dans le langage*, 9^e éd., Paris, Dunod, 2009.

- KLIMIS Sophie, *Penser, délibérer, juger. Pour une philosophie de la justice en acte(s)*, Bruxelles, De Boeck, 2018.
- LACHIÈZE Christophe, *Droit des contrats*, 5^e éd., Paris, Ellipses, 2020.
- LAINGUI André, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit (XVI^e-XVIII^e siècle)*, Paris, LGDJ, 1970.
- LAINGUI André et LEBIGRE Arlette, *Histoire du droit pénal*, Paris, Cujas, 1979.
- LAINGUI André, *Le « De poenis temperandis » de Tiraqueau : 1559*, Paris, Economica, 1986.
- LAINGUI André, *Histoire du droit pénal*, 2^e éd., Paris, PUF, 1993.
- LARGUIER Jean, CONTE Philippe et FOURNIER Stéphane, *Droit pénal spécial*, 15^e éd., Paris, Dalloz, 2013.
- LARGUIER Jean, CONTE Philippe et MAISTRE DU CHAMBON Patrick, *Droit pénal général*, 21^e éd., Paris, Dalloz, 2008.
- LARGUIER Jean, CONTE Philippe et MAISTRE DU CHAMBON Patrick, *Droit pénal général*, 22^e éd., Paris, Dalloz, 2014.
- LASCOUMES Pierre, PONCELA Pierrette et LENOËL Pierre, *Au nom de l'ordre, une histoire politique du Code pénal*, Paris, Hachette, 1989.
- LE BOURG Johann et QUÉZEL-AMBRUNAZ Christophe, *Sens et non-sens de la responsabilité civile*, Chambéry, CDPPOC, 2018.
- LE BRETON-BLON Victor, *La lettre de change : la théorie face à la pratique bordelaise de la seconde modernité (1673-1789)*, thèse dactyl., droit, Bordeaux, 2021.
- LE ROUX Clarisse, *L'infraction politique*, Paris, L'Harmattan, 2018.
- LECLERC Henri, *Le for intérieur*, Paris, PUF, 1995.
- LECLERCQ Bruno, *Introduction à la philosophie analytique*, Louvain, De Boeck, 2008.
- LUNG Fanny et VENDASSI Pierre (dir.), *Diagnostic et évaluation : la boîte à outils du sociologue*, Paris, L'Harmattan, 2012.
- MALABAT Valérie, *Appréciation in concreto et in abstracto en droit pénal*, thèse dactyl., droit, Bordeaux, 1999.
- MALABAT Valérie, *Droit pénal spécial*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2020.
- MARIE HENRY Gérard, *Histoire de la pensée économique*, Paris, Armand Colin, 2009.
- MARTINAGE Renée et ROYER Jean-Pierre, *Les destinées du Jury criminel*, Lille, L'espace juridique, 1990.
- MENEGALDO Silvère et RIBÉMONT Bernard (dir.), *Le roi fontaine de justice et pouvoir royal au Moyen Âge et à la Renaissance*, Paris, Klincksieck, 2012.
- MOUSNIER Roland et LABROUSSE Ernest, *Le XVIII^e siècle, l'époque des « Lumières » (1715-1815)*, 6^e éd., Paris, PUF, 1986.
- NAGLE Jean, *Un orgueil français. La vénalité des offices sous l'Ancien Régime*, Paris, Odile Jacob, 2008.
- NICOLAS Emeric, GUITTARD Jacqueline et SINTEZ Cyril (dir.), *Barthes face à la norme*, Paris, Mare & Martin, 2019.

- NICOLAS Emeric, GUITTARD Jacqueline et SINTEZ Cyril (dir.), *Foucault face à la norme*, Paris, Mare & Martin, 2020.
- NIORT Jean-François, *Homo civilis, contribution à l'histoire du Code civil français*, tomes 1 et 2, Marseille, PUAM, 2004.
- OST François, *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- PAASILINNA Arto, *Le potager des malfaiteurs ayant échappé à la pendaison*, Paris, Denoël, 2010.
- PACTET Pierre et MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Droit constitutionnel*, 30^e éd., Paris, Sirey, 2011.
- PAKSY Maté, *Penser rationnellement pour lire le monde juridiquement : leçons de philosophie du droit*, Paris, Mare & Martin, 2021.
- PARENT Hugues, *Responsabilité pénale et troubles mentaux. Histoire de la folie en droit pénal français, anglais et canadien*, Montréal, Bibliothèque nationale du Canada, 1998.
- PARENT Hugues, *Traité de droit criminel*, tome 2, Montréal, Éditions Thémis, 2019.
- PETIT Jacques-Guy, *Histoire des galères, bagnes et prisons, XIII^e-XX^e siècles : introduction à l'histoire pénale de la France*, Toulouse, Privat, 1991.
- PIN Xavier, *Droit pénal général*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2010.
- PIN Xavier, *Droit pénal général*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 2022.
- PORRET Michel et SALVI Élisabeth (dir.), *Cesare Beccaria. La controverse pénale (XVIII^e-XXI^e siècle)*, Rennes, PUR, 2015.
- PRADEL Jean, *Histoire des doctrines pénales*, Paris, PUF, 1989.
- PRADEL Jean, *Droit pénal général*, 19^e éd., Paris, Cujas, 2012.
- PRADEL Jean, *Droit pénal comparé*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2016.
- PRÉVOST Xavier et SANCHI Luigi-Alberto (dir.), *L'humanisme juridique*, Paris, Garnier, 2022.
- PROST Antoine, *Douze leçons sur l'histoire*, Paris, Seuil, 1996.
- PROULX Jean, CUSSON Maurice, BEAUREGARD Éric et NICOLE Alexandre (dir.), *Les meurtriers sexuels*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2018.
- RANOUIL Véronique, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1990.
- RASSAT Michèle-Laure, *Droit pénal spécial*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2018.
- REVAZ Françoise, *Introduction à la narratologie*, Bruxelles, De Boeck, 2009.
- REUHLIN Maurice, *Histoire de la psychologie*, Paris, PUF, 2010.
- RICHARD Julie, *L'intime conviction du juge en matière criminelle*, thèse dactyl., droit, Montpellier, 2017.
- ROBERT Marc, *On les appelle les juges rouges*, Paris, Téma, 1976.
- ROUSILLON Henry (dir.), *Demain, La sixième République ?*, Paris, LGDJ, 2007.
- ROYER Jean-Pierre, MARTINAGE Renée et LECOCQ Pierre, *Juges et notables au XIX^e siècle*, Paris, PUF, 1982.

- SAPHORE Céline, *La jurisprudence criminelle de la Cour de cassation sous la Révolution et l'Empire (1790-1810)*, thèse dactyl., droit, Bordeaux, 2002.
- SCHMOECKEL Mathias, *Le droit de la Réforme*, Paris, Société de législation comparée, 2022.
- SCHNAPPER Bernard, *La justice, la famille, la répression pénale (XVI^e-XX^e siècles)*, Paris, PUF, 1991.
- SCHNAPPER Bernard, *Voies nouvelles en Histoire du droit*, Paris, PUF, 1991.
- SEYMOUR Michel, *Profession philosophe*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006.
- SINGLY (DE) François et THÉLOT Claude, *Gens du privé, gens du public : la grande différence*, Paris, Dunod, 1988.
- SOLEIL Sylvain, *Le modèle juridique français dans le monde. Une ambition, une expansion (XVI^e-XIX^e siècle)*, Paris, IRJS, 2014.
- SOULEZ Antonia, *Manifeste du Cercle de Vienne et autres écrits*, Paris, Vrin, 2010.
- STEFANI Gaston, LEVASSEUR Georges et BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, 17^e éd., Paris, Dalloz, 2000.
- SUMMERSKALE Kate, *Un singulier garçon. Le mystère d'un enfant matricide à l'époque victorienne*, Paris, Bourgois, 2016.
- TESTAS Guy et TESTAS Jean, *L'Inquisition*, Paris, PUF, 2001.
- THOMAS Yan, *Les opérations du droit*, Paris, Gallimard/Seuil, 2011.
- TILLET Édouard, *La Constitution Anglaise, un modèle politique et institutionnel dans la France des Lumières*, Marseille, PUAM, 2001.
- TIMSIT Gérard, *Les noms de la loi*, Paris, PUF, 1991.
- TRIGEAUD Jean-Marc, *L'Homme coupable. Critique d'une philosophie sur la responsabilité*, Bordeaux, Bière, 1999.
- VACHET Claire, *Le droit saisi par l'anarchisme. Étude du discours des militants libertaires (1870-1926)*, thèse dactyl., droit, Bordeaux, 2020.
- VAN RUYMBEKE Renaud, *Le juge d'instruction*, Paris, PUF, 2020.
- VARENNE Franck, *Modéliser le social*, Paris, Dunod, 2011.
- VÉRON Michel, *Droit pénal spécial*, 17^e éd., Paris, Sirey, 2019.
- VETTER Marine, *Le droit pénal constitué en discipline sous la III^e République. Entre recherche d'une véritable identité au sein du champ juridique et revendication d'autonomie scientifique face aux sciences sociales*, thèse dactyl., droit, Bordeaux, à paraître.
- VEYNE Paul, *Comment on écrit l'histoire*, Paris, Seuil, 1971.
- VIELFAURE Pascal, *L'évolution du droit pénal sous la monarchie de Juillet. Entre exigences politiques et interrogations de société*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001.
- WASZEK Norbert, *L'Écosse des Lumières. Hume, Smith, Ferguson*, Paris, PUF, 2003.
- YAFFE Gideon, *Attempts*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- ZEMON DAVIS Nathalie, *Fiction in the Archives: Pardon Tales and their Tellers in Sixteenth Century France*, Stanford, Stanford University Press, 1987.

Articles

AINSWORTH Janet, « Legal Discourse and Legal Narratives. Adversarial versus Inquisitorial Models », *Language and Law/Linguagem e Direito*, 2 (2015), p. 1-11.

ALVAZZI DEL FRATE Paolo, « Aux origines du référé législatif : interprétation et jurisprudence dans les cahiers de doléances de 1789 », *Revue historique de droit français et étranger*, 2 (2008), p. 253-262.

AMBROISE-CASTEROT Coralie, « Préface », dans Jean-Raphaël Demarchi, *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, Paris, LGDJ, 2012, p. 1-12.

ANGEVIN Henri, « Mort d'un dogme. À propos de l'instauration, par la loi du 15 juin 2000, d'un second degré de juridiction en matière criminelle », *Semaine juridique*, 40 (2000), chronique n° 260 [pagination absente].

AUDEGEAN Philippe, « L'ombre de Morellet. Les premières traductions françaises de Beccaria (1765-1822) », dans Michel Porret et Élisabeth Salvi (dir.), *Cesare Beccaria. La controverse pénale (XVIII^e-XXI^e siècle)*, Rennes, PUR, 2015, p. 119-132.

ASHWORTH Andrew et STEINER Eva, « Criminal Omissions and Public Duties: The French Experience », *Legal Studies*, 10 (1990), p. 153-164.

ATIAS Christian, « L'influence des doctrines dans l'élaboration du Code civil », *Histoire de la justice*, 1 (2009), p. 107-120.

AUDREN Frédéric et HALPÉRIN Jean-Louis, « La science juridique entre politique et sciences humaines (XIX^e-XX^e siècles) », *Revue d'Histoire des Sciences humaines*, 1 (2001), p. 3-7.

AUROUX Sylvain, « Condillac, inventeur d'un nouveau matérialisme », *Dix-Huitième Siècle*, 24 (1992), p. 153-163.

AYADA Souâd, LINDENBERG Daniel, SCHLEGEL Jean-Louis, FÆSSEL Michaël et MAUBREY Timothée, « Les religions avec, après ou contre les Lumières ? Table ronde avec Souâd Ayada, Daniel Lindenberg et Jean-Louis Schlegel », *Esprit*, 8 (2009), p. 189-212.

AZIMI Vida, « Le fou dans l'administration », dans Geneviève Koubi, Patricia Hennion-Jacquet et Vida Azimi (dir.), *L'institution psychiatrique au prisme du droit. La folie entre administration et justice*, Paris, Éditions Panthéon Assas, 2015, p. 21-35.

BALDOVINI Maud, « La classification du droit pénal et la configuration concurrentielle de la faculté de droit à la fin du XIX^e siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 32 (2012), p. 151-175.

BALIBAR Étienne, « Le structuralisme : une destitution du sujet ? », *Revue de métaphysique et de morale*, 1 (2005), p. 5-22.

BANCE Frédéric, « Réhabilitons l'idéalisme », *La chaîne d'union*, 1 (2007), p. 68-73.

BARANGER Denis, « Beccaria et le siècle de la législation », dans Philippe Audegean, Christian Del Vento, Pierre Musitelli et Xavier Tabet (dir.), *Le Bonheur du plus grand nombre. Beccaria et les Lumières*, Lyon, ENS Éditions, 2017, p. 111-126.

BAUTIER Roger et CAZENAVE Élisabeth, « La presse pousse-au-crime selon Tarde et ses contemporains » [[en ligne](#)], *Champ pénal/ Penal field*, publié le 14 septembre 2005 [consulté le 24 septembre 2018],

URL : <https://journals.openedition.org/champpenal/253>.

BEAUD Olivier et LIBCHABER Rémy, « Où va l'Université ? Les chemins de la liberté », *La semaine juridique*, 4 (2014), p. 2224-2232.

BÉNÉZECH Michel, « L'expertise mentale pénale », *L'agresseur dangereux*, colloque droit, Bordeaux, 2015, à paraître.

BENILLOUCHE Mickaël, « La subjectivisation de l'élément moral de l'infraction : plaider pour une nouvelle théorie de la culpabilité », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 3 (2005), p. 529-547.

BENOIST Jocelyn, « Reinach et la visée (das meinen) : décliner l'intentionnalité », *Les Études philosophiques*, 1 (2005), p. 19-37.

BERNSTEIN Serge, « Chapitre IV. Naissance du libéralisme politique : le modèle français (XVIII^e-XIX^e siècle) », dans Serge Bernstein (dir.), *La démocratie libérale*, Paris, PUF, 1998, p. 139-211.

BESSIÈRE Céline, GOLLAC Sibylle et MILLE Muriel, « Féminisation de la magistrature : quel est le problème ? », *Travail, genre et sociétés*, 2 (2016), p. 175-180.

BETTY Rojzman, « La métaphore du talion », *Cités*, 2 (2007), p. 155-171.

BLOCH Olivier et PORSET Charles (dir.), « Le matérialisme des Lumières », *Dix-Huitième Siècle*, 24 (1992).

BOIGEOL Anne, « L'histoire d'une revendication, l'École de la magistrature (1945-1958) », *Cahiers du Centre de recherche interdisciplinaire de Vaucresson*, 7 (1989), p. 9-80.

BOIGEOL Anne, « La magistrature française au féminin : entre spécificité et banalisation », *Droit et Société*, 25 (1993), p. 489-523.

BORRICAND Jacques, « L'influence de Marc Ancel sur le droit positif français contemporain », *Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL*, 2 (2015), p. 81-89.

BOUX Caroline, « Les notions indéterminées, entre adaptation et sécurité », dans Marc Nicod (dir.), *Les rythmes de production du droit*, Toulouse, LGDJ, 2016 p. 206-221.

BOULANGER Marc, « Justice et absolutisme : la Grande Ordonnance d'août 1670 », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 1 (2000), p. 9-36.

BOURGEOIS Bernard, « Kant en France », *Philosophie politique*, 2 (1992), p. 17-38.

BOUTILLIER Sophie et MATAGNE Patrick, « Une histoire asynchrone de l'économie et de l'écologie, et de leurs "passeurs" » [en ligne], *Vertigo*, 1 (2016),

URL : <https://journals.openedition.org/vertigo/17035?lang=pt#quotation>.

BRANDEIS Louis, « The Living Law » [en ligne], *University of Louisville*, publié en 2011 [consulté le 21 août 2022],

URL :

<https://archive.wikiwix.com/cache/index2.php?url=http%3A%2F%2Fwww.law.louisville.edu%2Flibrary%2Fcollections%2Fbrandeis%2Fnode%2F223#&>.

BRUNET Pierre, « Le travail du juge. Analyse réaliste du jugement juridique », *Cahiers philosophiques*, 4 (2016), p. 9-25.

BRYKMAN Geneviève, « John Locke (1632-1704) » [en ligne], *Encyclopædia Universalis*, s. d. [consulté le 19 octobre 2020],

URL : <https://www.universalis.fr/encyclopedie/john-locke/>.

BUJON Anne-Lorraine et MENDRAS Marie, « En Ukraine et en Russie, le temps de la guerre », *Esprit*, 4 (2022), p. 35-38.

CALAFAT Guillaume, FOSSIER Arnaud et THÉVENIN Pierre, « Droit et sciences sociales : les espaces d'un rapprochement », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 27 (2014), p. 7-19.

CARBASSE Jean-Marie, « État autoritaire et justice répressive. L'évolution de la législation pénale de 1789 à 1810 », dans Ministero per i Beni culturali e ambientali (dir.), *All'ombra dell'aquila imperiale. Trasformazioni e continuità istituzionali nei territori sabaudi in età napoleonica (1802-1814)*, tome 1, Rome, Ufficio centrale per i Beni archivistici, 1994, p. 313-334.

CARBASSE Jean-Marie, « Le juge entre la loi et la justice : approches médiévales », dans Jean-Marie Carbasse et Laurence Depambour-Tarride (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999, p. 67-94.

CARBASSE Jean-Marie, « Rapport introductif », *Bicentenaire du Code pénal, 1810-2010*, Paris, Les Colloques du Sénat, 2010, p. 21-28.

CARRÉ Florence, « La loi de 1824 ou la restauration de la suprématie du juge », *Revue du Nord*, 76 (1994), p. 142-143.

CARTUYVELS Yves, CHAMPETIER Brice et WYVEKENS Anne, « La défense sociale en Belgique, entre soin et sécurité. Une approche empirique », *Déviance et Société*, 4 (2010), p. 615-645.

CASINI Paolo, « Newton, Diderot et la vulgate de l'atomisme », *Dix-Huitième Siècle*, 24 (1992), p. 29-37.

CASTAN Nicole, « La justice en question en France à la fin de l'Ancien Régime », *Déviance et société*, 1 (1983), p. 23-34.

CAZALS Géraldine et HAKIM Nader, « L'histoire de la pensée juridique : historiographie, actualité et enjeux » [[en ligne](#)], *Clio@Themis*, 14 (2018), URL : <https://journals.openedition.org/cliiothemis/676?lang=en>.

CHAINAIS Cécile, « La motivation des sanctions, entre dits et non-dits », *Les cahiers de la justice*, 2 (2014), p. 214-258.

CHÂLES-COURTINE Sylvie, « Le corps criminel dans les *Archives d'anthropologie criminelle* » [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 1^{er} janvier 2005 [consulté le 21 septembre 2018], URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/124>.

CHARLES Thierry, « Vers l'absence de cause » [[en ligne](#)], *Le droit en débat – Dalloz*, publié le 14 janvier 2016 [consulté le 14 mars 2020], URL : <https://www.dalloz-actualite.fr/chronique/vers-l-absence-de-cause>.

CHATRIOT Alain, « Réformer le social sous la Troisième République », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 5 (2009), p. 40-53.

CHAUVAUD Frédéric, « Le sacre de la preuve indiciale, de la preuve orale à la preuve scientifique (XIX^e-milieu du XX^e siècle) », dans Bruno Lemesle (dir.), *La preuve en justice de l'Antiquité à nos jours*, Rennes, PUR, 2003, p. 221-239.

CHAUVAUD Frédéric, « Pleurs, effroi et rires dans les prétoires. Le triomphe de l'émotion en cour d'assises (1880-1940) » [[en ligne](#)], *Clio@Themis*, 8 (2015),
URL : <https://journals.openedition.org/cliothemis/1479?lang=en>.

CHÉNÉDÉ François, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, du mythe à la réalité », *Annuaire Michel Villey*, 4 (2012), p. 155-181.

CHÉNÉDÉ François, « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *La semaine juridique*, 27 (2016), p. 1334-1338.

CLAVERIE Elisabeth, « De la difficulté de faire un citoyen : Les "acquittements scandaleux" du jury dans la France provinciale du début du XIX^e siècle », *Études rurales*, 95 (1984), p. 142-166.

COFFIN Jean-Christophe, « La place de la psychiatrie dans les *Archives d'anthropologie criminelle* » [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 1^{er} janvier 2006 [consulté le 20 septembre 2018], URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/122>.

COFFIN Jean-Christophe, « L'anthropologie criminelle en Italie » [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 1^{er} janvier 2006 [consulté le 27 septembre 2018],
URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/136>.

CORVEZ Maurice, « Le structuralisme de Jacques Lacan », *Revue philosophique de Louvain*, 90 (1968), p. 282-308.

DANET Jean, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante » [[en ligne](#)], *Champ pénal/ Penal field*, publié le 7 octobre 2008 [consulté le 23 août 2020],
URL : <https://journals.openedition.org/champpenal/6013>.

DANET Jean, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIX^e au XXI^e siècle », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1 (2010), p. 49-67.

DAUCHY Serge et DEMARS-SION Véronique, « La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit : principe ou usage ? », *Revue historique de droit français et étranger*, 2 (2004), p. 171-188.

DAURY-FAUVEAU Morgane, « Des listes définitives de 1810 au code pénal éducatif de 1992 », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1 (2015), p. 67-82.

DAVIDOFF Jules, « Colour as Cultural Constructs » [[en ligne](#)], *Journal of Neuroaesthetics*, publié en juillet 2005 [consulté le 3 mars 2019],
URL : <https://www.artbrain.org/journal-of-neuroaesthetics/journal-neuroaesthetics-5/colour-categories-as-cultural-constructs/>.

DEBRÉ Jean-Louis, « Michel Debré, une certaine idée de la justice », *Les Cahiers de la Justice*, 1 (2010), p. 47-57.

DELACROIX Christian, « Linguistic Turn », dans Christian Delacroix, François Dosse, Patrick Garcia et Nicolas Offenstadt (dir.), *Historiographies : concepts et débats*, Paris, Gallimard, 2010, p. 476-490.

DELORME Franck, « L'École nationale de la magistrature : une architecture nouvelle pour une justice rénovée (1960-1972) » [[en ligne](#)], *In Situ*, publié le 10 janvier 2022 [consulté le 17 août 2022],
URL : <https://journals.openedition.org/insitu/33330#quotation>.

DELUERMOZ Quentin et LIGNEREUX Aurélien, « L'Empire, c'est la sécurité. Offre et demande de sécurité en régime bonapartiste », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, 1 (2015), p. 57-78.

- DELUERMOZ Quentin et SINGARAVÉLOU Pierre, « Explorer le champ des possibles. Approches contrefactuelles et futurs non advenus en histoire », *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, 3 (2012), p. 70-95.
- DEMOLI Yoann et WILLEMEZ Laurent, « La démocratisation du corps selon l'origine sociale et l'homogamie », dans Mission de recherche Droit et Justice (dir.), *Magistrats : un corps saisi par les sciences sociales*, colloque droit, Paris, 2020, p. 19-24.
- DEROUSSIN David, « Le contrat à travers le Code civil des Français », *Histoire de la justice*, 1 (2009), 247-289.
- DEROUSSIN David, « Homo/personna. Archéologie antique de la personne », dans Bernard Gallinato-Contino et Nader Hakim (dir.), *De la terre à l'usine : des hommes et du droit. Mélanges offerts à Gérard Aubin*, Bordeaux, PUB, 2014, p. 661-692.
- DESCOMBES Vincent, « Philosophie de l'action », *Annuaire de l'EHESS*, 2007, p. 439-441.
- DESCOMBES Vincent, « Comment savoir ce que je fais ? », *Philosophie*, 1 (2003), p. 15-32.
- DEUZE Éric, « Le Code pénal face aux progrès techniques et scientifiques », *Bicentenaire du Code pénal, 1810-2010*, Paris, Les Colloques du Sénat, 2010, p. 158-189.
- DONDERO Bruno, « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *Recueil Dalloz*, 10 (2017), p. 532-538.
- DORTIER Jean-François, « Le cercle de Vienne et le nouvel esprit scientifique », dans Jean-François Dortier (dir.), *Une histoire des sciences humaines*, Paris, Éditions Sciences Humaines, 2012 p. 170-172.
- DROUET Isabelle, DUPOUY Stéphanie, JEANPIERRE Laurent et NICODÈME Florian, « Contrefactuels en histoire : du mot au mode d'emploi. Le moment de la *new economic history* », *Labyrinthe*, 39 (2012), p. 81-112.
- DUBET François, « Classes sociales et description de la société », *Revue française de socio-économie*, 2 (2012), p. 259-264.
- DUFFULER-VIALLE Hélène, « L'approche de la prostitution en histoire du droit sous le prisme des rapports sociaux de sexe », dans Audrey Darsonville et Julie Leonhard (dir.), *La loi pénale et le sexe*, Nancy, PUN, 2015.
- DUFFULER-VIALLE Hélène, « Les sexualités des mineurs sous le contrôle du juge pénal aux XIX^e et XX^e siècles » [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 30 mars 2020 [consulté le 12 décembre 2021],
URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/6974#quotation>.
- DUFLO Colas, « Matérialisme », dans Michel Blay (dir.), *Grand dictionnaire de la philosophie*, Paris, CNRS Éditions, 2003, p. 666-668.
- DUPRET Baudouin, « Droit et sciences sociales. Pour une resépécification praxéologique », *Droit et société*, 2 (2010), p. 315-335.
- DUVAL-ARNOULD Domitille, « Le magistrat face au rapport d'expertise », *Journal du Droit de la Santé et de l'Assurance-Maladie*, 1 (2019), p. 10-16.
- FAGGION Lucien, « L'aveu en justice à l'époque moderne », dans Lucien Faggion et Laure Verdon (dir.), *Quête de soi, quête de vérité : Du Moyen Âge à l'époque moderne*, Aix-en-Provence, PUP, 2007, p. 87-93.

FARCY Jean-Claude, « Du “bon juge” aux “juges rouges” », dans Jacques Krynen et Jean-Christophe Gaven (dir.), *Les désunions de la magistrature*, Toulouse, PUT, 2012, p. 113-146.

FAYOL-NOIRETERRE Jean-Marie, « L’intime conviction, fondement de l’acte de juger », *Informations sociales*, 7 (2005), p. 46-47.

FERRAND Jérôme, « Quand la forme emporte le fond : de l’incidence des formes processuelles sur la genèse de la théorie générale de l’infraction », *Revue de science criminelle et de droit comparé*, 3 (2013), p. 505-516.

FERRAND Jérôme, « La science du droit à l’épreuve du spiritualisme éclectique dans le premier XIX^e siècle. Enquête sur les soubassements de la culture juridique contemporaine » [[en ligne](#)], *Clio@Themis*, 9 (2015),
URL : <https://journals.openedition.org/cliiothemis/1513>.

FENOGLIO Irène, « Sur la notion de “sujet” chez Benveniste », *Linx*, 74 (2017), p. 175-188.

FERRON Laurent, « Prouver le crime de viol au XIX^e siècle », dans Bruno Lemesle (dir.), *La preuve en justice de l’Antiquité à nos jours*, Rennes, PUR, 2003, p. 211-219.

FEYERABEND Paul, « Les recherches philosophiques de Wittgenstein », *Philosophie*, 3 (2005), p. 3-39.

FIECHTER-BOULVARD Frédérique, « Des liens entre la criminologie et le droit pénal : propos autour de la notion de “dangerosité” », *Archives de politique criminelle*, 1 (2009), p. 263-290.

FILLON Catherine, « Coup d’œil rétrospectif sur le recrutement de la magistrature française », dans Mission de recherche Droit et Justice (dir.), *Magistrats : un corps saisi par les sciences sociales*, Colloque droit, Paris, 2020, p. 25-28.

FILLOUX Jean-Claude, « Guy Palmade : à propos du structuralisme de Lévi-Strauss », *Nouvelle revue de psychosociologie*, 1 (2008), p. 31-29.

FOURNIEL Béatrice, « Associations et syndicats de magistrats de l’ordre judiciaire dans la France du XX^e siècle », dans Jacques Krynen et Jean-Christophe Gaven, *Les désunions de la magistrature (XIX^e-XX^e siècle)*, Toulouse, PUT, 2012, p. 147-170.

FRAMBÉRY-IACOBONE Alexandre, « Supprimée, provisoire, consacrée : la difficile renaissance de la faculté de droit à Bordeaux » [[en ligne](#)], dans Anne-Sophie Chambost, Florent Garnier et Alexandra Gottely (dir.), *Des facultés sur le front du droit*, Exposition virtuelle, Bibliothèque Cujas, publié le 1^{er} juin 2018 [consulté le 3 décembre 2020],
URL : <http://expo-grande-guerre-biu-cujas.univ-paris1.fr/supprimee-provisoire-consacree-la-difficile-renaissance-de-la-faculte-de-droit-a-bordeaux/>.

FRAMBÉRY-IACOBONE Alexandre, « C’est l’histoire d’une boîte aux lettres ; Étude de récits normés et normatifs », dans Jacqueline Guittard, Émeric Nicolas et Cyril Sintez (dir.), *Narrations de la norme*, Paris, Mare & Martin, 2022, p. 245-263.

FRANCIONI Gianni, « Beccaria, philosophe utilitariste », dans Philippe Audegean, Christian Del Vento, Pierre Musitelli et Xavier Tabet (dir.), *Le Bonheur du plus grand nombre. Beccaria et les Lumières*, Lyon, ENS Éditions, 2017, p. 23-44.

FRAPPA Amos, « Les techniques d’identification inédites mobilisée par Edmond Locard : le graphoscope, le hastoscope et le synchriscope » [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 9 novembre 2017 [consulté le 19 novembre 2019],
URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/3602?lang=fr>.

- FRÈRE Bruno, « Chapitre 1. La sociologie critique de Pierre Bourdieu, le dernier structuraliste », dans Marc Jacquemain et Bruno Frère (dir.), *Épistémologie de la sociologie*, Louvain, De Boeck, 2008, p. 29-52.
- FROMONT Michel, « La diversité de la justice constitutionnelle en Europe », dans Georges Vedel (dir.), *Mélanges en l'honneur de Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p. 47-59.
- GABORIAU Simone, « La harangue de Baudot, plaidoyer pour une impartialité réelle », *Délibérée*, 3 (2018), p. 31-37.
- GABRIEL Peter, « *Critical Legal Studies* et la pratique juridique : la conception de la culture juridique et de la pratique du droit comme interventions culturelles », *Droit et Société*, 37 (1997), p. 379-400.
- GARNOT Benoît, « Voltaire et la justice d'Ancien Régime : la médiatisation d'une imposture intellectuelle », *Le Temps des médias*, 2 (2010), p. 26-37.
- GAUTRON Virginie, « Les mesures de sûreté et la question de la dangerosité : la place des soins pénalement ordonnés » [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 10 mars 2016 [consulté le 25 août 2020],
URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/3195>.
- GISSINGER-BOSSE Célia, « Chapitre 4. L'instruction des émotions. Le jury Populaire dans l'institution judiciaire », dans Loïc Blondiaux et Christophe Traïni (dir.), *La démocratie des émotions*, Paris, Presses de Sciences Po, 2018, p. 119-144.
- GIUDICCELI André, « Le principe de la légalité en droit pénal français ? Aspects légistiques et jurisprudentiels », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 3 (2007), p. 509-526.
- GIULIANI Alessandro, « Imputation et justification », *Archives de philosophie du droit*, 22 (1977), p. 85-96.
- GOBLOT-CAHEN Catherine, « Qu'est-ce que punir ? », *Hypothèses*, 1 (2003), p. 87-97.
- GOLDSZLAGIER Julien, « L'effet d'ancrage ou l'apport de la psychologie cognitive à l'étude de la décision judiciaire », *Les Cahiers de la Justice*, 4 (2015), p. 507-531.
- GOLTZBERG Stefan, « Greffes de sources talmudiques dans les théories du droit naturel du XVII^e siècle », *Dix-Septième Siècle*, 2 (2018), p. 231-244.
- GOLTZBERG Stefan, « La définition aristotélicienne : greffe de raisonnement juridique en droit romain », dans Anne-Blandine Caire et Cyrille Dounot (dir.), *Les définitions. Les artifices du droit*, Paris, LGDJ, 2018, p. 101-112.
- GOYARD-FABRE Simone, « Responsabilité morale et responsabilité juridique selon Kant », *Archives de philosophie du droit*, 22 (1977), p. 113-129.
- GRANGE Juliette, « De la philosophie française des sciences à la "philosophie analytique" à la française », *Cités*, 2 (2014), p. 11-37.
- GRIMALDI Michel, « L'exportation du Code civil », *Pouvoirs*, 4 (2003), p. 80-96.
- GRUNBERG Gérard, « Les "gilets jaunes" et la crise de la démocratie représentative », *Le Débat*, 2 (2019), p. 95-103.
- GUASTINI Riccardo, « Le réalisme juridique redéfini », *Revus*, 19 (2013), p. 113-129.

- GUIGNARD Laurence, « L'irresponsabilité pénale dans la première moitié du XIX^e siècle, entre classicisme et défense sociale » [[en ligne](#)], *Champ pénal/ Penal Field*, publié le 17 juillet 2005 [consulté le 13 novembre 2020], URL : <https://journals.openedition.org/champpenal/368?lang=en#citedby>.
- GUIGNARD Laurence, « La genèse de l'article 64 du code pénal » [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 22 avril 2016 [consulté le 27 avril 2020], URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/3215#quotation>.
- GUILHAUMOU Jacques, « Modérer la langue politique à l'extrême : les journalistes remarqueurs au début de la Révolution française », *Annales historiques de la Révolution française*, 357 (2009), p. 21-45.
- GUSDORF Georges, « Matérialisme » [[en ligne](#)], *Encyclopædia Universalis*, s. d. [consulté le 25 octobre 2019], URL : <https://www.universalis.fr/encyclopedie/materialisme/>.
- HAFFNER Sebastian, « La Commune de Paris », *Commentaire*, 2 (2018), p. 371-380.
- HAKIM Nader, « Droit naturel et histoire chez François Géný » [[en ligne](#)], *Clio@Themis*, 9 (2015), URL : <https://journals.openedition.org/cliothemis/1534>.
- HALPÉRIN Jean-Louis, « Le Tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799) », *Annales historiques de la Révolution française*, 1 (1986), p. 99-102.
- HALPÉRIN Jean-Louis, « Continuité et rupture dans l'évolution de la procédure pénale en France de 1795 à 1810 », dans Xavier Rousseau, Marie-Sylvie Dupont-Bouchat et Claude Vael (dir.), *Révolutions et justice pénale en Europe. Modèles français et traditions nationales, 1780-1830*, Paris, L'Harmattan, 1999, p. 109-130.
- HALPÉRIN Jean-Louis, « René Garraud (1849-1930) » [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 1^{er} janvier 2006 [consulté le 25 août 2020], URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/117>.
- HALPÉRIN Jean-Louis, « L'originalité de l'œuvre de René Garraud », dans David Deroussin (dir.), *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^e République*, Paris, La Mémoire du droit, 2007, p. 51-61.
- HALPÉRIN Jean-Louis, « Le droit et ses histoires », *Droit et société*, 75 (2010), p. 295-313.
- HALPÉRIN Jean-Louis, « Est-il temps de déconstruire les mythes de l'histoire du droit français ? » [[en ligne](#)], *Clio@Themis*, 5 (2012), URL : <https://journals.openedition.org/cliothemis/1723>.
- HALPÉRIN Jean-Louis, « Pourquoi parler d'une histoire contextuelle du droit ? », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 30 (2017), p. 31-48.
- HEDHILI-AZEMA Hinda, « La mutation doctrinale de la prévention comme politique publique criminelle dans l'œuvre de Marc Ancel », *Cahiers de la sécurité et de la justice*, hors-série (2021), p. 5-16.
- HENRIOT Jacques, « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot responsabilité », *Archives de philosophie du droit*, 22 (1977), p. 59-62.
- HOBSBAWM Éric, « Faire une "révolution bourgeoise" », *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, 5 (2006), p. 51-68.
- IKEDA Yoshifusa, « La notion d' "imitation" dans la criminologie tardienne » [[en ligne](#)], *Champ pénal/ Penal Field*, publié le 14 septembre 2005 [consulté le 25 septembre 2018], URL : <https://journals.openedition.org/champpenal/265>.

- IMBERT Geneviève, « L'entretien semi-directif : à la frontière de la santé publique et de l'anthropologie », *Recherche en soins infirmiers*, 3 (2010), p. 23-34.
- INOUE Tatsuo, « Le libéralisme comme recherche de la justice », *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 3 (2011), p. 323-346.
- ISRAËL Liora, « Le rôle du droit dans la formation des élites : retour sur une thématique centrale des analyses critiques du droit » [[en ligne](#)], *Clio@Themis*, 5 (2012),
URL : <https://journals.openedition.org/cliiothemis/1753?lang=en>.
- ISRAËL Liora et VANNEUVILLE Rachel, « Enquêter sur la formation au droit en France. L'exemple des formations extra-universitaires », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1 (2014), p. 141-162.
- JAMIN Christophe, « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique. Un exercice de lecture comparée », *Droits*, 1 (2010), p. 137-160.
- JAMIN Christophe et XIFARAS Mikhaïl, « Retour sur la "critique intellectuelle" des facultés de droit », *La semaine juridique*, 4 (2015), p. 155-161.
- JEANCLOS Yves, « De 1810 à 2010 : Le Code de 1810 en mouvement », *Bicentenaire du Code pénal, 1810-2010*, Paris, Les Colloques du Sénat, 2010, p. 83-111.
- JANDEAUX Jeanne-Marie, « La révolution face aux "victimes du pouvoir arbitraire" : l'abolition des lettres de cachet et ses conséquences », *Annales historiques de la Révolution française*, 2 (2012), p. 33-60.
- JOLIVET Anne, « Les jurés face aux émotions du procès criminel : regards croisés France-Italie », *Les Cahiers de la Justice*, 1 (2014), p. 63-72.
- JOUANET Emmanuelle, « La motivation ou le mystère de la boîte noire », dans Hélène Ruiz Fabri et Jean-Marc Sorel (dir.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2008, p. 251-285.
- JOURNET Nicolas, « L'école de Prague ou la naissance de la linguistique structurale », dans Jean-François Dortier (dir.), *Une histoire des sciences humaines*, Paris, Éditions Sciences Humaines, 2012, p. 177-180.
- JUIGNET Patrick, « La méthode structurale de Claude Lévi-Strauss » [[en ligne](#)], *Philosophie, science et société*, publié le 26 avril 2015 [consulté le 27 octobre 2020],
URL : <https://philosciences.com/philosophie-et-societe/93-la-methode-structurale-de-claude-levi-strauss>.
- KADLEC Lauriane, « Le "Code Michau" : la réformation selon le garde des Sceaux Michel de Marillac » [[en ligne](#)], *La vie de Michel de Marillac*, publié le 13 juin 2012 [consulté le 4 octobre 2019],
URL : <http://journals.openedition.org/dossiersgrihl/5317>.
- KALUSZYNSKI Martine, « Quand est née la criminologie ? Ou la criminologie avant les Archives... » [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 1^{er} janvier 2005 [consulté le 17 septembre 2018],
URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/126>.
- KALUSZYNSKI Martine, « La récidive, une mise à l'épreuve de la République », dans Jean-Pierre Alline et Mathieu Soula (dir.), *Les récidivistes. Représentations et traitement de la récidive, XIX^e-XXI^e siècle*, Rennes, PUR, 2010, p. 141-154.

- KALUSZYNSKI Martine, « Alphonse Bertillon et l'anthropométrie judiciaire. L'identification au cœur de l'ordre républicain » [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 12 mai 2014 [consulté le 9 octobre 2018],
URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/2716>.
- KÖNIG-PRALONG Catherine, « L'histoire médiévale de la raison philosophique moderne (XVIII^e-XIX^e siècles), *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 3 (2015), p. 667-712.
- KOZUL Mladen, « D'Holbach et les déistes anglais : la construction des "lumières radicales" à la fin des années 1760 », dans Stefanie Stockhorst (dir.), *Cultural Transfer through Translation: The Circulation of Enlightened Thought in Europe by Means of Translation*, New York, Rodopi, 2010, p. 279-295.
- LAGANA Marc, « Un peuple révolutionnaire : la Commune de Paris 1871 », *Cahiers Bruxellois/Brusselse Cahiers*, 1 (2018), p. 175-198.
- LAGORGETTE Dominique, « Chapitre 1. Étude diachronique de "responsable" et des termes associés (XII^e-XVIII^e siècles) », dans Johann Le Bourg et Christophe Quézel-Ambrunaz (dir.), *Sens et non-sens de la responsabilité*, Chambéry, Pôle Éditions Université Savoie Mont Blanc, 2018, p. 27-84.
- LÄHTEENMÄKI Vili, « L'attention dans la philosophie de l'esprit de John Locke », *Les Études philosophiques*, 1 (2017), p. 73-86.
- LAMASSÉ Stéphane, « Textométrie et temporalité », *Histoire & mesure*, 2 (2021), p. 3-20.
- LASCOUMES Pierre, « Révolution ou réforme juridique ? Les codes pénaux français de 1791 à 1810 », dans Xavier Rousseau, Marie-Sylvie Dupont-Bouchat et Claude Vael (dir.), *Révolutions et justice pénale en Europe. Modèles français et traditions nationales, 1780-1830*, Paris, L'Harmattan, 1999, p. 59-69.
- LAURENT-BONNE Nicolas et PRÉVOST Xavier, « Observations sur l'anachronisme des concepts », dans Nicolas Laurent-Bonne et Xavier Prévost (dir.), *Penser l'ordre juridique médiéval et moderne. Regards croisés sur les méthodes des juristes*, Paris, LGDJ, 2016, p. 5-10.
- LAURENT-BONNE Nicolas, « Observations sur le fonctionnement de l'histoire dans la doctrine contemporaine », dans Denis Mazeaud et Thierry Bonneau (dir.), *Sur quelques aspects du renouvellement des sources du droit*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2016, p. 11-28.
- LE MAGUERESSE Catherine et MADURAUD Anne-Laure, « Ces viols qu'on occulte : critique de la "correctionnalisation" », *Délibérée*, 2 (2018), p. 32-35.
- LEBEL Louis, « La consolidation des fondements de la responsabilité pénale en droit criminel canadien depuis l'entrée en vigueur de la Charte canadienne des droits et libertés », *Les cahiers du droit*, 3 (2009), p. 735-748.
- LEBLANC Jean-Marc et PÉRÈS Marie, « Propositions de visualisations pour la navigation lexicométrique », *Document numérique*, 1 (2011), p. 105-134.
- LECOMTE Jacques, « Foucault et l'histoire », dans Catherine Halpern, François Cusset et Nicolas Journet (dir.), *Pensées rebelles. Foucault, Derrida, Deleuze*, Paris, Éditions Sciences Humaines, 2013, p. 90-92.
- LEJEUNE Charles, « La loi de Hammourabi », *Bulletins et Mémoires de la Société d'Anthropologie de Paris*, 1 (1910), p. 500-511.

- LEPAPE Pierre, « “Le livre des exemples” d’Ibn Khaldûn. L’inventeur de la sociologie » [[en ligne](#)], *Le Monde diplomatique*, publié en janvier 2003 [consulté en décembre 2020], URL : <https://www.monde-diplomatique.fr/2003/01/LEPAPE/9892>.
- LEVASSEUR Georges, « Napoléon et l’élaboration des codes répressifs », dans Jean-Louis Harouel (dir.), *Histoire et droit social. Mélanges Jean Imbert*, Paris, PUF, 1989, p. 371-384.
- LEVENEUR Laurent, « Le fait », *Archives de philosophie du droit*, 35 (1990), p. 143-164.
- LIKHOVSKI Assaf et HARRIS Ron (dir.), « Histories of Legal Transplantations », *Theoretical Inquiries in Law*, 2 (2009).
- LINGIBÉ Patrick, « Les actes des enfants mineurs : quelle responsabilité pour les parents ? » [[en ligne](#)], *Village de la Justice*, publié le 13 mars 2019 [consulté le 21 août 2022], URL : <https://www.village-justice.com/articles/les-actes-des-enfants-mineurs-quelle-responsabilite-pour-les-parents,30920.html>.
- LÓPEZ Laurent, « Le lieutenant Camille Pierre, un passeur des innovations criminalistiques policières dans les pratiques judiciaires des gendarmes à la Belle Époque », [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 10 novembre 2017 [consulté le 19 novembre 2019], URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/3632>.
- MALABAT Valérie, « Responsabilité et irresponsabilité pénale » [[en ligne](#)], *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 26 (2009), URL : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/responsabilite-et-irresponsabilite-penale>.
- MANGÈS-LE PAPE Christine, « De quelques regards posés sur la magistrature ancienne au début du XIX^e siècle », dans Jacques Krynen et Jean-Christophe Gaven (dir.), *Les désunions de la magistrature (XIX^e-XX^e siècle)*, Toulouse, PUT, 2012, p. 21-29.
- MANIKIS Marie, « Recognizing Victims’ Role and Right During Plea Bargaining: A Fair Deal for Victims of Crime », *Criminal Law Quarterly*, 4 (2012), p. 411-441.
- MARTIN Xavier, « À propos d’un livre. Target, Bentham et le Code civil », *Revue d’histoire des facultés de droit*, 21 (2000), p. 121-148.
- MARTIN Xavier, « Sur l’archétype humain du Code civil naissant », *Histoire de la justice*, 1 (2009), p. 203-224.
- MARTIN Xavier, « Du temps des Lumières à 1810 : anthropologie et droit criminel », *Bicentenaire du Code pénal, 1810-2010*, Paris, Les Colloques du Sénat, 2010, p. 79-82.
- MARTINAGE Renée, « L’épuration des Magistrats du Nord en 1883 », *Revue du Nord*, 270 (1986), p. 663-676.
- MARTINAGE Renée, « Quelques éléments d’une culture commune des magistrats au XIX^e siècle », dans Hervé Leuwers (dir.), *Juges, avocats et notaires dans l’espace Franco-blege*, Bruxelles, Archives générales du royaume, 2010, p. 161-179.
- MARTYN Georges et SONTAG Ricardo, « Can Criminal Procedure Ever be “Moderne”? A Historical Comparative Perspective (Editorial of the Dossier “History of Criminal Procedure in Modernity”) », *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2 (2021), p. 697-746.

- MARX Christophe, « Soins psychologiques obligés des agresseurs sexuels : impasse ou défi réaliste ? », *Actualités en analyse transactionnelle*, 4 (2010), p. 50-63.
- MASSEAU Didier, « Qu'est-ce que les anti-Lumières ? », *Dix-Huitième Siècle*, 1 (2014), p. 107-123.
- MASTOR Wanda, « Énième retour sur la critique du "Gouvernement des juges" », *Pouvoirs*, 3 (2021), p. 37-50.
- MATONTI Frédérique, « La politisation du structuralisme. Une crise dans la théorie », *Raisons politiques*, 2 (2005), p. 49-71.
- MATONTI Frédérique, « Marx entre communisme et structuralisme », *Actuel Marx*, 1 (2009), p. 120-127.
- MAUHOURAT François, « La marque judiciaire jusqu'en 1832 : entre rupture et continuité », dans Jean-Pierre Alline et Mathieu Soula (dir.), *Les récidivistes : Représentations et traitements de la récidive, XIX^e-XX^e siècle*, Rennes, PUR, 2011, p. 131-140.
- MAZABRAUD Bertrand, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, 2 (2010), p. 127-189.
- MAZEAUD Pierre, « Le Code civil et la conscience collective française », *Pouvoirs*, 3 (2004), p. 152-159.
- MEISSEL Franz-Stefan, « Le Code de 1810 et le droit pénal en Europe centrale », *Bicentenaire du Code pénal, 1810-2010*, Paris, Les Colloques du Sénat, 2010, p. 125-138.
- MICHAUD Françoise, « Le rôle créateur du juge selon l'école de la "sociological jurisprudence" et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », *Revue internationale de droit comparé*, 2 (1987), p. 343-371.
- MICHON Georges, « La justice militaire sous la Révolution : Constituante et Législative », *Annales révolutionnaires*, 1 (1922), p. 1-26.
- MILANO Laure, « La motivation des arrêts de cours d'assises » [[en ligne](#)], *Revue des droits et libertés fondamentaux*, publié en 2013 [consulté le 24 octobre 2018], URL : <http://www.revuedlf.com/cedh/motivation-des-arrets-de-cours-dassises/>.
- MILLARD Éric, « Réalisme scandinave, réalisme américain », *Revus*, 24 (2014), p. 81-97.
- MOREAU Pierre-François, « Victor Cousin, la philosophie et son histoire », *Le Télémaque*, 2 (2018), p. 57-66.
- MOROZ Xavier, « Les initiatives procédurales des parquets au XIX^e siècle », *Archives de politique criminelle*, 1 (2003), p. 85-100.
- NEIL Davie, « The Role of Medico-Legal Expertise in the Emergence of Criminology in Britain (1870-1918) » [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 10 octobre 2010 [consulté le 26 septembre 2019], URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/316>.
- NEYRAUT Michel, « L'invention du for intérieur », *Revue française de psychanalyse*, 4 (2011), p. 969-977.
- NICOLAS Serge, « Théodule Ribot. Le philosophe, la mémoire et l'imagination », dans Jean-François Marmion (dir.), *Histoire de la psychologie*, Paris, Éditions Sciences Humaines, 2012, p. 35-37.
- NORDMANN Claude, « Anglomanie et anglophobie en France au XVIII^e siècle », *Revue du Nord*, 66 (1984), p. 787-803.

OBERTI Marco et PAVIE Alice, « Les paradoxes d'un programme d'ouverture sociale : les Conventions Éducation prioritaire à Sciences Po », *L'Année sociologique*, 2 (2020), p. 395-422.

ORTOLANI Marc, « Le rejet de l'utopie pénale de la Constituante dans les discours préalables au code pénal de 1810 » [[en ligne](#)], dans Ugo Bellagamba, Jérôme Ferrand et Marc Ortolani (dir.), *Peine & Utopie. Représentations de la sanction dans les œuvres utopiques*, Nice, Epi-Revel, 2019, p. 1-15,

URL : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01992327/file/Marc%20Ortolani%20-%20Le%20rejet%20de%20l%27utopie%20pénale%20de%20la%20Constituante.pdf>.

OST François, « L'école de la sociological jurisprudence et le mouvement réaliste américain. Le rôle du juge et la théorie du droit. Françoise MICHAUT, Lille, Atelier national de reproduction des thèses, 1985, 406 p. », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1 (1986), 203-208.

PAGÈS Georges, « La vénalité des offices dans l'ancienne France », *Revue Historique*, 3 (1932), p. 477-495.

PAPA Michele, « “À celui qui lit” : l'incipit visionnaire des délits et des peines », *Archives de politique criminelle*, 1 (2015), p. 249-266.

PHILIPPE Arnaud, « Vous jurez de n'écouter ni la haine ou la méchanceté... Les biais affectant les décisions de justice », *Les Cahiers de la Justice*, 4 (2015), p. 563-577.

PIAZZA Pierre, « Système d'enregistrement d'identité, numéro d'identification et “carte d'identité de Français” durant le régime de Vichy (France, 1940-1944) » [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 14 novembre 2017 [consulté le 19 novembre 2019],

URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/3649>.

PICHOT Philippe, « L'article premier du Code pénal de 1810 », *Revue historique de droit français et étranger*, 4 (2011), p. 559-570.

PICKERING Mary, « Le positivisme philosophique : Auguste Comte », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2 (2011), p. 49-67.

PIERRÉ-CAPS Stéphane, « Le peuple à l'interface du droit constitutionnel et du droit international », *Civitas Europa*, 1 (2014), p. 5-20.

PONCELA Pierrette, « Autour de l'ouvrage de Paul Fauconnet : une dimension sociologique de la responsabilité pénale », *Archives de philosophie du droit*, 22 (1977), p. 131-142.

PONCELET François, « Regards actuels sur la muséographie d'entre-deux-guerres » [[en ligne](#)], *CeROArt*, 2 (2008), URL : <https://journals.openedition.org/ceroart/565>.

PORRET Michel, « Mise en images de la procédure inquisitoire », *Sociétés & Représentations*, 2 (2004), p. 37-62.

PORRET Michel, « La cicatrice pénale », *Sens-Dessous*, 1 (2012), p. 47-63.

PORRET Michel, « Voltaire et le droit de punir. Un activiste du moment Beccaria », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 3 (2016), p. 88-109.

POUMARÈDE Jacques, « Montesquieu, Voltaire, Beccaria », dans Jean-Pierre Allinne (dir.), *Itinéraire(s) d'un historien du Droit. Jacques Poumarède, regards croisés sur la naissance de nos institutions*, Toulouse, Presses Universitaires du Midi, 2011, p. 310-330.

- POUMARÈDE Jacques, « Jules Dufaure et les premiers concours de la magistrature (1875-1878) », dans Jean-Pierre Allinne (dir.), *Itinéraire(s) d'un historien du Droit. Jacques Poumarède, regards croisés sur la naissance de nos institutions*, Toulouse, Presses Universitaires du Midi, 2011, p. 425-447.
- PRADEL Jean, « Un regard français sur le projet canadien de Code pénal – Les nouvelles dispositions sur la responsabilité », *Revue juridique Thémis*, 183 (1988), p. 183-205.
- PRADEL Jean, « Les méandres de la Cour d'assises française de 1791 à nos jours », *Revue juridique Thémis*, 1 (1998), p. 135-153.
- PRADEL Jean, « Le jury en France. Une histoire jamais terminée », *Revue internationale de droit pénal*, 1 (2001), p. 175-179.
- PUDAL Romain, « La difficile réception de la philosophie analytique en France », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, 2 (2004), p. 69-100.
- PUNZI Antonio, « Pour une philosophie réaliste du droit. Villey et les équivoques sur le droit naturel », *Droit et société*, 1 (2009), p. 69-92.
- QUIVIGER Pierre-Yves, « Derrida : de la philosophie au droit », *Cités*, 2 (2007), p. 41-52.
- RANOUIL Pierre-Charles, « L'intime conviction », dans Renée Martinage et Jean-Pierre Royer (dir.), *Les destinées du jury criminel*, Lille, L'Espace juridique, 1990, p. 85-101.
- RAOULT Patrick-Ange, « Psychologie clinique et criminologie », *Bulletin de psychologie*, 1 (2006), p. 3-5.
- RÉMY Philippe, « La part faite au juge », *Pouvoirs*, 4 (2003), p. 22-36.
- RENNEVILLE Marc, « La criminologie perdue d'Alexandre Lacassagne (1843-1924) » [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 1^{er} janvier 2005 [consulté le 12 décembre 2018], URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/112>.
- RENNEVILLE Marc, « Le criminel-né : imposture ou réalité ? » [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 1^{er} janvier 2005 [consulté le 20 septembre 2018], URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/127>.
- RENNEVILLE Marc, « *Les archives d'anthropologie criminelle : une revue pour une science* » [[en ligne](#)], publié le 1^{er} janvier 2005 [consulté le 12 novembre 2020], URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/104>.
- RENNEVILLE Marc, « La psychiatrie légale dans le projet de réforme du Code pénal français (1930-1938) », dans Jacques Arveiller (dir.), *Psychiatries dans l'histoire. Actes du 6^e congrès de l'Association européenne pour l'histoire de la psychiatrie*, Caen, PUC, 2008, p. 385-405.
- RENNEVILLE Marc, « Quelle histoire pour la criminologie en France ? (1885-1939) » [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 27 juin 2014 [consulté le 12 septembre 2018], URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/2752>.
- ROBERT Jacques-Henry, « L'histoire des éléments de l'infraction », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2 (1977), p. 269-284.
- ROBERSON Debi, DAVIDOFF Jules, DAVIES Ian et SHAPIRO Laura, « Colour Categories and Category Acquisition in Himba and English », dans Nicola Pitchford et Carole Biggam (dir.), *Progress in Colour Studies: Volume II. Psychological aspects*, Amsterdam, John Benjamins Publishing, 2006, p. 159-172.

- ROHMER Jean, « L'intentionnalité des sensations de Locke à Berkeley », *Revue des sciences religieuses*, 3 (1953), p. 250-269.
- ROLLAND Patrice, « Un "cardinal vert" Raymond Saleilles », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2 (2008), p. 273-305.
- ROTHER DE BARRUEL Nicolas, « Themis pour tous : l'engagement des notables pour une faculté de droit à Bordeaux au XIX^e siècle », dans Nader Hakim et Marc Malherbe (dir.), *Themis dans la cité. Contribution à l'histoire contemporaine des facultés de droit et des juristes*, Bordeaux, PUB, 2009, p. 227-281.
- ROUJOU DE BOUBÉE Gabriel, « La légitimité des jurys de Cour d'assises », dans Jacques Krynen et Jacques Raibaut (dir.), *La légitimité des juges*, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 37-40.
- ROUVIÈRE Frédéric, « La justice prédictive : peut-on réduire le droit en algorithmes ? », *Pouvoirs*, 3 (2021), p. 97-107.
- ROUSSEAU Xavier, « La justice militaire et les civils sous le Directoire : l'exemple des 24^e et 25^e divisions militaires », *Annales historiques de la Révolution française*, 350 (2007), p. 153-178.
- ROUSSEAU Xavier, « Bases de données prosopographiques, humanités numériques et histoire de la justice : les magistrats belges et coloniaux entre crises et modernisations judiciaires, 1795-1962 » [en ligne], *C@hiers du CRHIDI*, 40 (2017), URL : <https://popups.uliege.be/1370-2262/index.php?id=510>.
- ROUSSELLIER Nicolas, « Chapitre V. Libéralisme politique et libéralisme économique : complémentarité ou antagonisme ? (XVIII^e-XIX^e siècle) », dans Serge Bernstein (dir.), *La démocratie libérale*, Paris, PUF, 1998, p. 213-259.
- ROYER Jean-Pierre, « Généalogie de l'École Nationale de la Magistrature – À propos du mode de recrutement des magistrats depuis la Révolution », *Les Cahiers de la Justice*, 1 (2010), p. 65-72.
- RUTHERFORD Donald, « Les trois approches de Malthus pour résoudre le problème démographique », *Population*, 2 (2007), p. 253-280.
- SAINT-PAU Jean-Christophe, « Trouble mental, usage de stupéfiants et irresponsabilité pénale : la raison et l'émotion », *Lexbase pénal*, 38 (2021), p. 22-34.
- SANCHEZ Jean-Lucien, « La relégation (loi du 27 mai 1885) » [en ligne], *Criminocorpus*, publié le 1^{er} janvier 2005 [consulté le 18 mars 2018], URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/130>.
- SANCHEZ Jean-Lucien, « Les lois Bérenger (loi du 14 août 1885 et du 26 mars 1891) » [en ligne], *Criminocorpus*, publié le 1^{er} janvier 2005 [consulté le 26 septembre 2018], URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/132>.
- SCHNAPPER Bernard, « Le jury criminel », dans Robert Badinter (dir.), *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 149-170.
- SCHNAPPER Bernard, « De l'origine sociale des jurés entre 1840 et 1860 », dans Renée Martinage et Jean-Pierre Royer (dir.), *Les destinées du jury criminel*, Lille, L'Espace juridique, 1990, p. 115-138.
- SCHWEITZER Zoé, « Christian Biet, Droit et littérature sous l'Ancien Régime. Le jeu de la valeur et de la loi », *Labyrinthe*, 18 (2004), p. 29-31.

- SÉRIAUX Alain, « L'appréciation de la faute pénale d'imprudence en droit français contemporain », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2 (2017), p. 231-246.
- SERON Denis, « Intentionnalité, idéalité, idéalisme », *Philosophie*, 2 (2010), p. 28-51.
- SERRANO MAÍLLO Alfonso, « La défense sociale nouvelle et modernité réflexive. La vision espagnole », *Déviance et Société*, 4 (2010), p. 597-611.
- SHACKLETON Robert, « The Greatest Happiness of the Greatest Number: The History of Bentham's Phrase », *Studies on Voltaire and the Eighteenth Century*, 90 (1972), p. 1461-1482.
- SICARD Germain, « Doctrine pénale et débats parlementaires : la réformation du Code pénal en 1831-1832 », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 14 (1993), p. 137-165.
- SIZAIRE Vincent, « Que reste-t-il de la défense sociale nouvelle ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2 (2017), p. 261-272.
- SOLEIL Sylvain, « Le jury criminel en procès. Les opinions doctrinales des auteurs français (1750-1830) », *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2 (2021), p. 763-800.
- SOLÈRE Jean-Luc, « Tension et intention : esquisse de l'histoire d'une notion », dans Lambros Couloubaritsis et Antonino Mazzù (dir.), *Questions sur l'intentionnalité*, Bruxelles, Ouisia, 2007, p. 59-124.
- SOLIMANO Stefano, « L'établissement de l'ordre juridique napoléonien : le rôle de Guy Jean-Baptiste Target » [[en ligne](#)], *Forum historiae juris*, publié le 5 février 2004 [consulté le 28 mai 2020], URL : <https://forhistiur.net/en/2004-02-solimano/?l=fr>.
- SONTAG Ricardo, « Entangled History of Criminal Law Literature Between Brazil and France (1830-1890) », dans Alexandre Frambéry-Jacobone et Marine Vetter (dir.), *Approches épistémologiques et historiographiques du droit criminel. Jalons pour une histoire intellectuelle du droit pénal*, Bordeaux, 2022, à paraître.
- SOTTEAU SOUALLE Stéphanie, « Ernest Appert (1831-1890), un précurseur d'Alphonse Bertillon ? » [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 18 avril 2011 [consulté le 18 novembre 2019], URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/343>.
- SOULA Mathieu, « "Faire corps", une illusion d'institution ? », dans Jacques Krynen et Jean-Christophe Gaven (dir.), *Les désunions de la magistrature*, Toulouse, PUT, 2012, p. 124-136.
- SOULA Mathieu, « Au-delà de l'histoire du droit. Retour sur la trajectoire d'un entrepreneur scientifique, Henri Lévy-Bruhl (1884-1964) » [[en ligne](#)], *Clio@Themis*, 9 (2015), URL : <https://publications-prairial.fr/cliothemis/index.php?id=1570#quotation>.
- SOULA Mathieu, « Récidive et illusion rétrospective » [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 26 février 2016 [consulté le 5 mars 2018], URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/3178#quotation>.
- TERRAL Hervé, « Le dialogue Tarde-Buisson : "L'enfance criminelle et l'éducation" (1897) » [[en ligne](#)], *Champ pénal/ Penal Field*, publié le 14 septembre 2005 [consulté le 30 juin 2020], URL : <https://journals.openedition.org/champpenal/247#quotation>.
- TESNIÈRE Valérie, « Les sources orales en pratique à la contemporaine », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, 1 (2019), p. 4-7.

TETLEY William, « Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified) », *Louisiana Law Review*, 3 (2000), p. 678-738.

THOMAS Yan-Patrick, « Acte, Agent, Société. Sur l'Homme coupable dans la pensée juridique romaine », *Archives de philosophie du droit*, 22 (1977), p. 63-85.

THOMAS-FOGIEL Isabelle, « L'opposition entre réalisme et idéalisme ? Genèse et structure d'un contresens », *Revue de métaphysique et de morale*, 3 (2017), p. 393-426.

TILLET Édouard, « L'histoire du droit au risque de la sociologie » [[en ligne](#)], *Champ pénal/ Penal Field*, publié le 14 septembre 2005 [consulté le 24 septembre 2018], URL : <http://journals.openedition.org/champpenal/263>.

TORT Olivier, « La magistrature française face aux deux restaurations », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, 2 (2014), p. 93-107.

TRIAIRE Dominique, « D'Alembert et la pensée philosophique de son temps », *Bulletin de l'Académie des Sciences et Lettres de Montpellier*, 2 (2017), p. 7-12.

TRIGEAUD Jean-Marc, « La personne », *Archives de philosophie du droit*, 34 (1989), p. 103-121.

TRIGEAUD Jean-Marc, « Responsabilité », dans Sylvain Auroux (dir.), *Les notions philosophiques*, tome 2, Paris, PUF, 1990, p. 2254-2258.

TRIGEAUD Jean-Marc, « Sur les origines juridiques et mythiques gréco-romaines du concept occidental de personne. Une histoire de la liberté », dans Emmanuelle Burgaud, Yann Delbrel et Nader Hakim (dir.), *Histoire, théorie et pratique du droit. Études offertes à Michel Vidal*, Bordeaux, PUB, 2010, p. 1051-1082.

TROPPER Michel, « Le réalisme et le juge constitutionnel » [[en ligne](#)], *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 22 (2007),
URL : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-realisme-et-le-juge-constitutionnel>.

VALCKE Catherine, « La Greffe juridique en droit comparé », dans AHJUCAF (dir.), *Internationalisation du droit, internationalisation de la justice*, Ottawa, Cour suprême du Canada / Supreme Court of Canada, 2010, p. 86-95.

VALLAR Sandrine, « Folie et droit romain – Quelques observations » [[en ligne](#)], *Criminocorpus*, publié le 5 février 2016 [consulté le 29 août 2021],
URL : <https://journals.openedition.org/criminocorpus/3146#quotation>.

VARAUT Jean-Marc, « L'utilitarisme de Jeremy Bentham, prémisse et mesure de la justice pénale », *Revue de science criminelle et de droit comparé*, 2 (1982), 261-270.

VARINARD André, « La théorie de l'infraction impossible : vers la disparition d'un mythe doctrinal », dans Jacques Azéma (dir.), *Mélanges offerts à Albert Chavanne*, Paris, Litec, 1990, p. 165-178.

VAUCHEZ Antoine, « Entre droit et sciences sociales. Retour sur l'histoire du mouvement Law and Society », *Genèses*, 4 (2001), p. 134-149.

VENTRE-DENIS Madeleine, « La Faculté de droit de Paris et la vie politique sous la Restauration. L'affaire Bavoux », *Revue d'Histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 5 (1987), p. 33-64.

VEILLON Didier, « La rédaction du Code pénal de 1810 », *Slovenian Law Review*, 1 (2009), p. 143-157.

VIALA Alexandre, « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2 (2011), p. 95-117.

VILLEY Michel, « Esquisse historique sur le mot responsable », *Archives de la philosophie du droit*, 22 (1977), p. 45-58.

VILLEY Michel, « Des délits et des peines dans la philosophie du droit naturel classique », *Archives de philosophie du droit*, 28 (1983), p. 175-188.

VINCIGUERRA Sergio, « L'influence du Code de 1810 en Italie », *Bicentenaire du Code pénal, 1810-2010*, Paris, Les Colloques du Sénat, 2010, p. 113-124.

VINEY Geneviève, « La responsabilité », *Archives de philosophie du droit*, 35 (1990), p. 275-292.

WAGNER Anne-Catherine, « Habitus » [[en ligne](#)], *Sociologie*, publié le 1^{er} mars 2012 [consulté le 18 septembre 2022],

URL : <https://journals.openedition.org/sociologie/1200#citation>.

WEBER Albrecht, « Notes sur la justice constitutionnelle comparée : Convergences et divergences », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 19 (2003), p. 29-41.

WEINACHT Paul, « Les États de la Confédération du Rhin face au Code Napoléon », dans Jean-Clément Martin (dir.), *Napoléon et l'Europe*, Rennes, PUR, 2002, p. 91-101.

WYVEKENS Anne, « La rétention de sûreté en France : une défense sociale en trompe-l'œil (ou les habits neufs de l'Empereur) », *Déviance et société*, 4 (2010), p. 503-525.

XIFARAS Mikhaïl, « La *verita iuris* selon Raymond Saleilles. Remarques sur un projet de restauration du juridisme », *Droits*, 1 (2008), p. 77-148.

XIFARAS Mikhaïl, « Ce que l'École de droit de Sciences Po n'est pas », *Grief*, 1 (2014), p. 32-39.

ZHOU Han-Ru, « Le test de la personne raisonnable en responsabilité civile », *Revue du Barreau*, 61 (2001), p. 451-519.

ZUBERBUHLER Vincent, « Écrire l'histoire de la médecine légale. L'apport des manuels de Foderé à Lacassagne », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, 1 (2010), p. 61-77.

Dictionnaires

Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales [[en ligne](#)],

URL : <https://www.cnrtl.fr>.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., Paris, PUF, 2011.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., Paris, PUF, 2020.

Ressources audio-visuelles

BOUVERESSE Jacques, « Le langage, la logique et la philosophie » [[vidéographie en ligne](#)], dans Antoine Compagnon, Claudine Haroche, Serge Haroche, Henry Laurens, Alain Prochiantz et Claudine Tiercelin (dir.), *Autour de 1914, nouvelles figures de la pensée : sciences, arts, lettres*, colloque Collège de France, 16 octobre 2014 [consulté le 3 septembre 2020],

URL : <https://www.college-de-france.fr/site/colloque-2014/symposium-2014-10-16-16h30.htm>.

SCHROEDER Barbet, *L'avocat de la terreur* [film], France, Les films du losange, 2007.

VON BUELZINGSLOEWEN Isabelle, « Un effet Grande Guerre sur la psychiatrie française ? » [[vidéographie en ligne](#)], dans Antoine Compagnon, Claudine Haroche, Serge Haroche, Henry Laurens, Alain Prochiantz et Claudine Tiercelin (dir.), *Autour de 1914, nouvelles figures de la pensée : sciences, arts, lettres*, colloque Collège de France, 17 octobre 2014 [consulté le 20 octobre 2021], URL : <https://www.college-de-france.fr/site/colloque-2014/symposium-2014-10-17-12h15.htm>.

Ressources en ligne

Archives départementales de la Gironde, « État de la sous-série 2U » [[en ligne](#)], URL : https://archives.gironde.fr/archives/archives/fonds/FRAD033_IR_2U/view:fonds/n:3.

Cour de cassation [[en ligne](#)], *Data.Gouv*, s. d. [consulté le 23 avril 2022], URL : <https://www.data.gouv.fr/fr/organizations/cour-de-cassation/>.

Criminocorpus [[en ligne](#)], URL : <https://criminocorpus.org/fr/reperes/##filter=.chronologies>

IRaMuTeQ [[en ligne](#)], URL : <http://iramuteq.org>.

Nuage-de-Mots [[en ligne](#)], URL : <https://nuagedemots.co>.

Siprojuris [[en ligne](#)], URL : <http://siprojuris.symogih.org>.

VoyantTools [[en ligne](#)], URL : <https://voyant-tools.org>.

Annexes

Annexe I – Mise en pratique de la recherche de l'intention	LV
Annexe II – La recherche du libre arbitre chez Augustin	LVII
Annexe III – Analyse de l'assassinat dans les dossiers de procédure criminelle	LIX
Annexe IV – Synthèse de l'analyse des dossiers de procédure criminelle	LXI
Annexe V – La recherche de l'intention dans le <i>Code pénal</i> de 1791	LXIII
Tableau 1 : Répartition totale des termes de l'intention	LXIII
Tableau 2 : Traduction en pourcentage du premier tableau	LXIV
Tableau 3 : Détail des articles et répartition des termes afférents à l'intention dans le <i>Code pénal</i> de 1791	LXV
Annexe VI – La recherche de l'intention dans le <i>Code des délits et des peines</i> de 1795	LXIX
Tableau 1 : Répartition totale des termes de l'intention	LXIX
Tableau 2 : Traduction en pourcentage du premier tableau	LXXI
Tableau 3 : Détail des articles et répartition des termes afférents à l'intention dans le <i>Code des délits et des peines</i> de 1795	LXXXIII
Annexe VII – La recherche de l'intention dans le <i>Code d'instruction criminelle</i> de 1808	LXXVII
Tableau 1 : Répartition totale des termes de l'intention	LXXVII
Tableau 2 : Traduction en pourcentage du premier tableau	LXXX
Tableau 3 : Détail des articles et répartition des termes afférents à l'intention dans le <i>Code d'instruction criminelle</i> de 1808	LXXXIII
Annexe VIII – La recherche de l'intention dans le <i>Code pénal</i> de 1810	LXXXVII
Tableau 1 : Répartition totale des termes de l'intention	LXXXVII
Tableau 2 : Traduction en pourcentage du premier tableau	LXXXIX
Tableau 3 : Détail des articles et répartition des termes afférents à l'intention dans le <i>Code pénal</i> de 1810	XC
Annexe IX – La recherche de l'intention dans le <i>Code pénal</i> de 1994	XCV
Tableau 1 : Répartition totale des termes de l'intention	XCV
Tableau 2 : Traduction en pourcentage du premier tableau	CII
Tableau 3 : Détail des articles et répartition des termes afférents à l'intention dans le <i>Code pénal</i> de 1994	CIV

Annexe I – Mise en pratique de la recherche de l'intention

Rechercher l'intention en doctrine ou dans les textes peut parfois s'apparenter au fameux jeu *Où est Charlie*. Considérant que Charlie représenterait l'intention, où est notre « Charlie L'Intention »¹ ?



¹ Martin HANDFORD, *Où est Charlie ? 6. La Grande expo*, Paris, Gründ, 2006.

Annexe II – La recherche du libre arbitre chez Augustin²

Tome	Page(s)	Idée débattue
1	∅	∅
2	p. 20 et s.	Exposé sur son livre à propos du libre arbitre
	p. 211	Recherches sur l'origine du mal
3	p. 294-421	Livre consacré au libre arbitre
4	∅	∅
5	∅	∅
6	∅	∅
7	p. 214	Exposé sur le libre arbitre en relation avec l'âme
8	∅	∅
9	∅	∅
10	∅	∅
11	p. 292-293	Défense du libre arbitre face à une possible remise en cause de ce dernier dans des extraits de la Bible
12	∅	∅
13	∅	∅
14	∅	∅
15	∅	∅
16	∅	∅
17	p. 543-544	Relations entre le libre arbitre et Dieu
18	∅	∅
19	∅	∅
20	∅	∅
21	p. 1	L'humain est bon par volonté, non pas nécessité
	p. 8	De la dépendance du bien/ du mal avec la volonté libre
22	p. 350-351	Les actes émanent de la volonté libre
	p. 404-405	Du libre arbitre chez Adam et Ève
23	p. 596	Exposé préliminaire du Livre 5 ^e de la Cité de Dieu
	p. 606-611	Réfutations des propos de Cicéron sur le libre arbitre, qui fait des humains des impies
	p. 611-613	Des relations entre volonté libre et nécessité
24	∅	∅
25	∅	∅
26	∅	∅
27	∅	∅
28	∅	∅

² Vincent PÉRONNE et Écalle CHARPENTIER (dir.), *Œuvres complètes de Saint Augustin*, tomes 1-32, Paris, Vivès, 1869-1873.

Tome	Page(s)	Idée débattue
29	p. 571	Commentaire des traducteurs apportant des précisions sur le libre arbitre
	p. 591	Propos généraux sur le libre arbitre
30	p. 59-60	Il ne faut pas trop accorder au libre arbitre
	p. 226-229	Réfutation de l'affirmation « il n'y a pas de volonté là où il y a de la nécessité », avec une discussion sur le péché en lien avec la volonté
	p. 372-374	Discussions sur le libre arbitre autour des quatre livres de Pélagé sur cette notion
	p. 377	Des difficultés qui peuvent exister à lier la grâce et le libre arbitre
31	p. 9-10	Sur la destruction du libre arbitre par les Pélagiens
	p. 83-84	Les catholiques louent le libre arbitre
	p. 92-97	Nouvelles louanges sur le libre arbitre
	p. 465-468	Il faut louer le libre arbitre, mais sans nier la grâce de Dieu
	p. 469-470	L'ignorance de la loi n'exclue pas le châtement
	p. 490-491	Du libre arbitre et du cœur : « Si vous le voulez, vous observerez les commandements » (Bible)
p. 516-517	La foi catholique, en lien avec la loi, la grâce et le libre arbitre	
32	Ø	Ø

Annexe III – Analyse de l’assassinat dans les dossiers de procédure criminelle (AP)

Cotes	Dates	Assassinat seul	Assassinat avec d’autres infractions	Non précisé	Requalification
D 2U 8 36	25 février 1875		X (vol)		
D 2U 8 42	20 décembre 1875				Requalifié de tentative d’homicide
D 2U 8 96	22 mars 1880				X
D 2U 8 97	8 avril 1880				Rejet de la préméditation
D 2U 8 259	28 mai 1890		X (vol)		
D 2U 8 260	12 juin 1890			X	
D 2U 8 396	6 février 1935	X			
D 2U 8 407	7 octobre 1935	X			
122 W 40	24 juillet 1945		X (complicité + fourniture d’une arme)		
1019 W 5	20 février 1950				X
1019 W 5	22 février 1950	X (preuves matérielles puissantes)			
2809 W 148	11 février 1975	X			
2809 W 177	20 juin 1975	X (preuves matérielles puissantes)			
3673 W 30	10 juin 1980		X (vols + tentative d’assassinat)		
3673 W 53	3 décembre 1980	X (preuves matérielles puissantes)			
Total		6	4	1	4
Pourcentage		40 %	26,7 %	6,6 %	26,7 %

Annexe IV – Synthèse de l'analyse des dossiers de procédure criminelle (AP)

	Jurés suivent juges	Jurés moins sévères que les juges	Jurés plus sévères que les juges	Acquittement	Circonstances atténuantes	Différence de qualification PV initial/réquisitoire	Ø PV	Appréciation subjective juges	Expertise semble reprise par les juges	Homme	Femme	Français	Étranger	Nombre d'affaires
1875	1	5	0	1	3	2	2	5	5	6	0	5	1	6
1880	1	8	0	2	5	2	2	8	7	8	1	9	0	9
1885	2	6	0	1	6	6	1	7	8	7	0	6	1	8
1890	2	7	0	3	3	4	2	7	4	9	0	9	0	9
1935	7	3	0	3	5	7	0	1	10	8	2	5	5	10
1940	2	3	0	1	3	3	0	2	5	5	0	3	3	5
1945	1	4	0	2	4	2	1	2	5	5	2	7	1	5
1950	3	5	0	1	4	5	1	1	6	6	2	6	2	8
1975	7	2	0	1	8	4	0	1	9	7	2	6	3	9
1980	3	4	0	0	7	4	1	0	6	8	0	3	5	7
TOTAL	29	47	0	15	48	39	10	34	65	69	9	59	21	76
Pourcentage	38,2	61,8	0,0	19,7	63,2	51,3	13,2	44,7	85,5	90,8	11,8	77,6	27,6	

Annexe V – La recherche de l'intention dans le Code pénal de 1791

• *Tableau 1 : Répartition totale des termes de l'intention*

	Articles	Articles avec référence à l'intention et dérivés
Première partie. Des condamnations	70	0
Titre I. Des peines en général	35	0
Titre II. De la récidive	2	0
Titre III. De l'exécution des jugements contre un accusé contumax	2	0
Titre IV. Des effets des condamnations	8	0
Titre V. De l'influence de l'âge des condamnés sur la nature et la durée des peines	7	0
Titre VI. De la prescription en matière criminelle	3	0
Titre VII. De la réhabilitation des condamnés	13	0
Deuxième partie. Des crimes et de leur punition	155	34
Titre I. Crimes et attentats contre la chose publique	70	7
Section 1. Des crimes contre la sûreté extérieure de l'État	7	2
Section 2. Des crimes contre la sûreté intérieure de l'État	5	0
Section 3. Crimes et attentats contre la Constitution	25	2
Section 4. Délits des particuliers contre le respect de l'obéissance dûs à la loi et à l'autorité des pouvoirs constitués pour la faire exécuter	10	0
Section 5. Crimes des fonctionnaires publics dans l'exercice des pouvoirs qui leurs sont confiés	15	1
Section 6. Crimes contre la propriété publique	8	2
Titre II. Crimes contre les particuliers	81	26
Section 1. Crimes et attentats contre les personnes	33	4
Section 2. Crimes et délits contre les propriétés	48	22
Titre III. Des complices des crimes	4	1
Total	225	34

• *Tableau 2 : Traduction en pourcentage du premier tableau*

	Nombre d'articles	Articles avec références à l'intention et dérivés	Traduction en pourcentage
Première partie. Des condamnations	70	0	0
Titre I. Des peines en général	35	0	0
Titre II. De la récidive	2	0	0
Titre III. De l'exécution des jugements contre un accusé contumax	2	0	0
Titre IV. Des effets des condamnations	8	0	0
Titre V. De l'influence de l'âge des condamnés sur la nature et la durée des peines	7	0	0
Titre VI. De la prescription en matière criminelle	3	0	0
Titre VII. De la réhabilitation des condamnés	13	0	0
Deuxième partie. Des crimes et de leur punition	155	34	21,9
Titre I. Crimes et attentats contre la chose publique	70	7	10
Section 1. Des crimes contre la sûreté extérieure de l'État	7	2	28,6
Section 2. Des crimes contre la sûreté intérieure de l'État	5	0	0
Section 3. Crimes et attentats contre la Constitution	25	2	8
Section 4. Délits des particuliers contre le respect et l'obéissance dus à la loi et à l'autorité des pouvoirs constitués pour la faire exécuter	10	0	0
Section 5. Crimes des fonctionnaires publics dans l'exercice des pouvoirs qui leurs sont confiés	15	1	6,7
Section 6. Crimes contre la propriété publique	8	2	25
Titre II. Crimes contre les particuliers	81	26	32,1
Section 1. Crimes et attentats contre les personnes	33	4	12,1
Section 2. Crimes et délits contre les propriétés	48	22	45,8
Titre III. Des complices des crimes	4	1	25
Total	225	34	15,1

N. B. : Il s'agit d'une analyse fondée sur les articles ; aussi, certains articles peuvent répéter plusieurs fois le même mot, ce qui n'est pas comptabilisé. En revanche, si le même article convoque deux termes différents, il sera cette fois compté deux fois.

• **Tableau 3 : Détail des articles et répartition des termes afférents à l'intention dans le Code pénal de 1791**

Note :

- Les déclinaisons de bleu et de vert signalent des articles en double ;
- Les déclinaisons d'orange signalent des articles en triple.

Occurrence	Localisation	Disposition
Dessein (12)	Art. 13, Section 1, Titre II, Deuxième Partie	L'assassinat quoique non consommé, sera puni de la peine portée en l'article 11, lorsque l'attaque à dessein de tuer aura été effectuée.
	Art. 2 [tel que modifié par la loi du 26 floréal an V et la loi du 29 nivôse an VI], Section 2, Titre II, Deuxième Partie	<p>Si le vol à force ouverte et par violence envers les personnes est commis, soit dans un grand chemin, rue ou place publique, soit dans l'intérieur d'une maison, la peine sera de quatorze années de fers.</p> <p>La loi du 26 floréal, an 5, porte que les crimes mentionnés en cet article et en l'article suivant, seront punis de mort dans l'un des cas ci-après : 1°. si les coupables se sont introduits dans la maison par la force des armes ; 2°. s'ils ont fait usage de leurs armes dans l'intérieur de la maison contre ceux qui s'y trouvaient ; 3°. si les violences exercées sur ceux qui se trouvaient dans la maison, ont laissé des traces telles que blessures, brûlures ou contusions. Elle porte en outre que la peine de mort aura lieu contre tous les coupables, quand même tous n'auraient pas été trouvés munis d'armes.</p> <p>La loi du 29 nivôse, an 6, porte que les vols commis à force ouverte ou par violence, sur les routes et voies publiques, ceux commis dans les maisons habitées, avec effraction extérieure ou escalade, seront punis de mort: Elle porte la même peine contre ceux qui seront convaincus d'avoir attaqué les voitures publiques, les courriers des malles, les porteurs de dépêches des autorités constitutionnelles et les voyageurs, lorsqu'il apparaîtra que les attaques ont été faites dans l'intention d'assassiner, ou de voler, ou d'enlever les lettres ou dépêches, et contre ceux qui seront convaincus de s'être introduits dans des maisons habitées à l'aide d'effraction extérieure ou d'escalade, lorsqu'il apparaîtra qu'ils avaient le dessein d'assassiner ou de voler.</p> <p>Les prévenus des délits sus énoncés, seront justiciables d'un conseil de guerre, lorsque le délit aura été commis par un rassemblement de plus de deux personnes.</p>
	Art. 29, Section 2, Titre II, Deuxième Partie	Quiconque sera convaincu d'avoir détourné à son profit, ou dissipé, ou méchamment et à dessein de nuire à autrui, brûlé ou détruit d'une manière quelconque des effets, marchandises, deniers, titres de propriété ou autres emportant obligation ou décharge, et toutes autres propriétés mobilières qui lui avaient été confiées gratuitement, à la charge de les rendre ou de les représenter, sera puni de la peine de la dégradation civique.
	Art. 30, Section 2, Titre II, Deuxième Partie	Toute banqueroute faite frauduleusement et à dessein de tromper les créanciers légitimes, sera punie de la peine de six années de fers.
	Art. 32, Section 2, Titre II, Deuxième Partie	Quiconque sera convaincu d'avoir par malice ou vengeance, et à dessein de nuire à autrui, mis le feu à des maisons, bâtiments, édifices, navires, bateaux, magasins, chantiers, forêts, bois-taillis, récoltes en meule ou sur pied, ou à des matières combustibles disposées pour communiquer le feu aux dites maisons, bâtiments, édifices, navires, bateaux, magasins, chantiers, forêts, bois-taillis, récoltes en meules ou sur pied, sera puni de mort.
	Art. 35, Section 2, Titre II, Deuxième Partie	Quiconque sera convaincu d'avoir volontairement, par malice ou vengeance et à dessein de nuire à autrui, détruit ou renversé par quelque moyen violent que ce soit, des bâtiments, maisons, édifices quelconques, digues et chaussées qui retiennent les eaux, sera puni de la peine de six années de fers ; et si lesdites violences sont exercées par une ou plusieurs personnes réunies, la peine sera de neuf années de fers,

Occurrence	Localisation	Disposition
		sans préjudice de la peine prononcée contre l'assassinat, si quelque personne perd la vie par l'effet dudit crime.
	Art. 36, Section 2, Titre II, Deuxième Partie	Quiconque sera convaincu d'avoir par malice ou vengeance, et à dessein de nuire à autrui, empoisonné des chevaux et autres bêtes de charge, moutons, porcs, bestiaux et poissons dans des étangs, viviers ou réservoirs, sera puni de six années de fers.
	Art. 37, Section 2, Titre II, Deuxième Partie	Quiconque volontairement, par malice ou par vengeance, et à dessein de nuire à autrui, aura brûlé ou détruit d'une manière quelconque des titres de propriété, billets, lettres de change, quittances, écrits ou actes opérant obligation ou décharge, qui auraient été enlevés par adresse ou violence, sera puni de la peine de quatre années de fers.
	Art. 41, Section 2, Titre II, Deuxième Partie	Quiconque sera convaincu d'avoir méchamment et à dessein de nuire à autrui, commis le crime de faux, sera puni ainsi qu'il suit.
	Art. 46, Section 2, Titre II, Deuxième Partie	Quiconque sera convaincu d'avoir sciemment et à dessein , vendu à faux poids ou à fausse mesure, après avoir été précédemment puni deux fois par voie de police, à raison d'un délit semblable, subira la peine de quatre années de fers.
	Art. 1, Titre III, Deuxième partie	Lorsqu'un crime aura été commis, quiconque sera convaincu d'avoir par dons, promesses, ordres ou menaces, provoqué le coupable ou les coupables à le commettre ; Ou d'avoir sciemment et dans le dessein du crime, procuré au coupable ou aux coupables les moyens, armes ou instruments qui ont servi à son exécution ; Ou d'avoir sciemment et dans le dessein du crime, aidé et assisté le coupable ou les coupables, soit dans les faits qui ont préparé ou facilité son exécution, soit dans l'acte même qui l'a consommé, sera puni de la même peine prononcée par la loi contre les auteurs dudit crime.
Dol	Ø	Ø
Fraude (1)	Art. 31, Section 2, Titre II, Deuxième Partie	Ceux qui auront aidé ou favorisé lesdites banqueroutes frauduleuses, soit en divertissant les effets, soit en acceptant des transports, ventes ou donations simulées, soit en souscrivant tous autres actes qu'ils savent être faits en fraude des créanciers légitimes, seront punis de la peine portée en l'article précédent.
Frauduleusement (1)	Art. 30, Section 2, Titre II, Deuxième Partie	Toute banqueroute faite frauduleusement et à dessein de tromper les créanciers légitimes, sera punie de la peine de six années de fers.
Frauduleuse(s) (1)	Art. 31, Section 2, Titre II, Deuxième Partie	Ceux qui auront aidé ou favorisé lesdites banqueroutes frauduleuses , soit en divertissant les effets, soit en acceptant des transports, ventes ou donations simulées, soit en souscrivant tous autres actes qu'ils savent être faits en fraude des créanciers légitimes, seront punis de la peine portée en l'article précédent.
Intention (1)	Art. 2 [tel que modifié par la loi du 26 floréal an V et la loi du 29 nivôse an VI], Section 2, Titre II, Deuxième Partie	[...] Elle porte la même peine contre ceux qui seront convaincus d'avoir attaqué les voitures publiques, les courriers des malles, les porteurs de dépêches des autorités constitutionnelles et les voyageurs, lorsqu'il apparaîtra que les attaques ont été faites dans l' intention d'assassiner, ou de voler, ou d'enlever les lettres ou dépêches, et contre ceux qui seront convaincus de s'être introduits dans des maisons habitées à l'aide d'effraction extérieure ou d'escalade, lorsqu'il apparaîtra qu'ils avaient le dessein d'assassiner ou de voler. [...]
Intentionnel(le)	Ø	Ø
Intentionnellement	Ø	Ø
Malice (4)	Art. 32, Section 2, Titre II, Deuxième Partie	Quiconque sera convaincu d'avoir par malice ou vengeance, et à dessein de nuire à autrui, mis le feu à des maisons, bâtiments, édifices, navires, bateaux, magasins, chantiers, forêts, bois-taillis, récoltes en meule ou sur pied, ou à des matières combustibles disposées pour communiquer le feu aux dites maisons, bâtiments, édifices, navires, bateaux, magasins, chantiers, forêts, bois-taillis, récoltes en meules ou sur pied, sera puni de mort.
	Art. 35, Section 2, Titre II, Deuxième Partie	Quiconque sera convaincu d'avoir volontairement, par malice ou vengeance et à dessein de nuire à autrui, détruit ou renversé par quelque moyen violent que ce soit, des bâtiments, maisons, édifices quelconques, digues et chaussées qui retiennent les eaux, sera puni de la peine de six années de fers ; et si lesdites violences sont exercées par une ou plusieurs personnes réunies, la peine sera de neuf années de fers, sans préjudice de la peine prononcée contre l'assassinat, si quelque personne perd la vie par l'effet dudit crime.

Occurrence	Localisation	Disposition
	Art. 36, Section 2, Titre II, Deuxième Partie	Quiconque sera convaincu d'avoir par malice ou vengeance, et à dessein de nuire à autrui, empoisonné des chevaux et autres bêtes de charge, moutons, porcs, bestiaux et poissons dans des étangs, viviers ou réservoirs, sera puni de six années de fers.
	Art. 37, Section 2, Titre II, Deuxième Partie	Quiconque volontairement, par malice ou par vengeance, et à dessein de nuire à autrui, aura brûlé ou détruit d'une manière quelconque des titres de propriété, billets, lettres de change, quittances, écrits ou actes opérant obligation ou décharge, qui auraient été enlevés par adresse ou violence, sera puni de la peine de quatre années de fers.
Méchamment (4)	Art. 6, Section 1, Titre I, Deuxième Partie	Tout fonctionnaire public chargé du secret d'une négociation, d'une expédition ou d'une opération militaire, qui sera convaincu de l'avoir livré méchamment et traîtreusement aux agents d'une puissance étrangère, ou en cas de guerre, à l'ennemi, sera puni de mort.
	Art. 7, Section 1, Titre I, Deuxième Partie	Tout fonctionnaire public chargé, à raison des fonctions qui lui sont confiées, du dépôt des plans, soit de fortifications ou d'arsenaux, soit de ports ou de rades, qui sera convaincu d'avoir méchamment et traîtreusement livré lesdits plans aux agents d'une puissance étrangère, ou en cas de guerre, à l'ennemi, sera puni de la peine de vingt années de gêne.
	Art. 29, Section 2, Titre II, Deuxième Partie	Quiconque sera convaincu d'avoir détourné à son profit, ou dissipé, ou méchamment et à dessein de nuire à autrui, brûlé ou détruit d'une manière quelconque des effets, marchandises, deniers, titres de propriété ou autres emportant obligation ou décharge, et toutes autres propriétés mobilières qui lui avaient été confiées gratuitement, à la charge de les rendre ou de les représenter, sera puni de la peine de la dégradation civique.
	Art. 41, Section 2, Titre II, Deuxième Partie	Quiconque sera convaincu d'avoir méchamment et à dessein de nuire à autrui, commis le crime de faux, sera puni ainsi qu'il suit.
Sciemment (6)	Art. 23, Section 3, Titre I, Deuxième Partie	Quiconque sera convaincu d'avoir volontairement et sciemment supprimé une lettre confiée à la poste, ou d'en avoir brisé le cachet et violé le secret, sera puni de la peine de la dégradation civique. Si le crime est commis, soit en vertu d'un ordre émané du pouvoir exécutif, soit par un agent du service des postes, le ministre qui en aura donné ou contresigné l'ordre, quiconque l'aura exécuté, ou l'agent du service des postes qui, sans ordre, aura commis ledit crime, sera puni de la peine de deux ans de gêne.
	Art. 1, Section 6, Titre I, Deuxième Partie	Quiconque sera convaincu d'avoir contrefait ou altéré les espèces ou monnaies nationales ayant cours, ou d'avoir contribué sciemment à l'exposition desdites espèces ou monnaies contrefaites ou altérées, ou à leur introduction dans l'enceinte du territoire français, sera puni de la peine de quinze années de fers.
	Art. 2, Section 6, Titre I, Deuxième partie	Quiconque sera convaincu d'avoir contrefait des papiers nationaux, ayant cours de monnaie, ou d'avoir contribué sciemment à l'exposition desdits papiers contrefaits, ou à leur introduction dans l'enceinte du territoire français, sera puni de mort.
	Art. 46, Section 2, Titre II, Deuxième Partie	Quiconque sera convaincu d'avoir sciemment et à dessein, vendu à faux poids ou à fausse mesure, après avoir été précédemment puni deux fois par voie de police, à raison d'un délit semblable, subira la peine de quatre années de fers.
	Art. 1, Titre III, Deuxième Partie	Lorsqu'un crime aura été commis, quiconque sera convaincu d'avoir par dons, promesses, ordres ou menaces, provoqué le coupable ou les coupables à le commettre ; Ou d'avoir sciemment et dans le dessein du crime, procuré au coupable ou aux coupables les moyens, armes ou instruments qui ont servi à son exécution ; Ou d'avoir sciemment et dans le dessein du crime, aidé et assisté le coupable ou les coupables, soit dans les faits qui ont préparé ou facilité son exécution, soit dans l'acte même qui l'a consommé, sera puni de la même peine prononcée par la loi contre les auteurs dudit crime.
Volontairement (7)	Art. 23, Section 3, Titre I, Deuxième partie	Quiconque sera convaincu d'avoir volontairement et sciemment supprimé une lettre confiée à la poste, ou d'en avoir brisé le cachet et violé le secret, sera puni de la peine de la dégradation civique. Si le crime est commis, soit en vertu d'un ordre émané du pouvoir exécutif, soit par un agent du service des postes, le ministre qui en aura donné ou contresigné l'ordre, quiconque l'aura exécuté, ou l'agent du service des postes qui, sans ordre, aura commis ledit crime, sera puni de la peine de deux ans de gêne.
	Art. 13, Section 5, Titre I, Deuxième partie	Tout geôlier ou gardien qui aura volontairement fait évader ou favorisé l'évasion des personnes légalement détenues, et dont la garde lui était confié, sera puni de la peine de douze années de fers.
	Art. 7, Section 1, Titre II, Deuxième Partie	Hors les cas déterminés par les précédents articles, tout homicide commis volontairement envers quelques personnes, avec quelques armes, instruments et par quelque moyen que ce soit, sera qualifié et puni ainsi qu'il suit, selon le caractère et les circonstances du crime.

Occurrence	Localisation	Disposition
	Art. 12, Section 1, Titre II, Deuxième Partie	L'homicide commis volontairement par poison, sera qualifié de crime d'empoisonnement, et puni de mort.
	Art. 32, Section 1, Titre II, Deuxième Partie	Quiconque sera convaincu d'avoir volontairement détruit la preuve de l'état civil d'une personne, sera puni de la peine de douze années de fers.
	Art. 35, Section 2, Titre II, Deuxième Partie	Quiconque sera convaincu d'avoir volontairement , par malice ou vengeance et à dessein de nuire à autrui, détruit ou renversé par quelque moyen violent que ce soit, des bâtiments, maisons, édifices quelconques, digues et chaussées qui retiennent les eaux, sera puni de la peine de six années de fers ; et si lesdites violences sont exercées par une ou plusieurs personnes réunies, la peine sera de neuf années de fers, sans préjudice de la peine prononcée contre l'assassinat, si quelque personne perd la vie par l'effet dudit crime.
	Art. 37, Section 2, Titre II, Deuxième Partie	Quiconque volontairement , par malice ou par vengeance, et à dessein de nuire à autrui, aura brûlé ou détruit d'une manière quelconque des titres de propriété, billets, lettres de change, quittances, écrits ou actes opérant obligation ou décharge, qui auraient été enlevés par adresse ou violence, sera puni de la peine de quatre années de fers.
Volonté	Ø	Ø

Annexe VI – La recherche de l'intention dans le *Code des délits et des peines* de 1795

• *Tableau 1 : Répartition totale des termes de l'intention*

		Nombre d'articles	Articles avec références à l'intention et ses dérivés
Dispositions préliminaires		15	1
Livre I. De la police		134	8
	<i>Sans chapitre dédié</i>	5	0
	Titre I. De la police judiciaire	4	0
	Titre II. Des commissaires de police	13	0
	Titre III. Des gardes champêtres et des gardes forestiers	10	0
	Titre IV. Des juges de paix	8	0
	Titre V. Mode de procéder par les juges de paix dans l'exercice des fonctions de la police judiciaire	77	7
	Titre VI. De l'exécution du mandat d'arrêt	7	0
	Titre VII. Des directeurs du jury d'accusation, capitaines et lieutenants de la gendarmerie nationale, considérés comme officiers de police judiciaire	10	1
Livre II. De la justice		449	25
	<i>Sans chapitre dédié</i>	1	0
	Titre I. Des tribunaux de police	16	1
	Titre II. Des tribunaux correctionnels	39	2
	Titre III. Des jurys d'accusation et de leurs directeurs	59	1
	Titre IV. Des tribunaux criminels	36	0
	Titre V. Procédure devant le tribunal criminel	40	0
	Titre VI. De l'examen	83	12
	Titre VII. Du jugement et de l'exécution	23	1
	Titre VIII. De la cassation des jugements	15	0
	Titre IX. Des contumaces	21	1
	Titre X. Des listes des jurés d'accusation et de jugement	8	0
	Titre XI. De la manière de former et convoquer le jury d'accusation	11	0
	Titre XII. De la manière de former le jury de jugement	14	0
	Titre XIII. Des jurés spéciaux	10	1
	Titre XIV. Procédure particulière sur le faux	22	1

	Titre xv. Manière de procéder, en cas de destruction ou enlèvement des pièces ou du jugement d'une affaire criminelle	7	0
	Titre xvi. Dispositions particulières sur les délits contraires au respect dû aux autorités constituées	5	0
	Titre xvii. Dispositions particulières sur la forfaiture et la prise à partie des juges	10	2
	Titre xviii. Des prisons et maisons d'arrêt	11	1
	Titre xix. Des moyens d'assurer la liberté des citoyens contre les détentions illégales ou autres actes arbitraires	13	2
	Appendice	5	0
Livre III. Des peines		48	3
	Dispositions générales	6	0
	Titre I. Des peines de simple police	4	1
	Titre II. Des peines correctionnelles	1	0
	Titre III. Des peines infamantes et afflictives	31	2
	Appendice à la Section V. du Titre I de la Deuxième partie du Code pénal intitulée « Crimes des fonctionnaires publics dans l'exercice des pouvoirs qui leurs sont confiés »	6	0
Total		646	37

• *Tableau 2 : Traduction en pourcentage du premier tableau*

	Nombre d'articles	Articles avec références à l'intention et ses dérivés	Traduction en pourcentage
Dispositions préliminaires	15	1	6,7
Livre I. De la police	134	8	6
<i>Sans chapitre dédié</i>	5	0	0
Titre I. De la police judiciaire	4	0	0
Titre II. Des commissaires de police	13	0	0
Titre III. Des gardes champêtres et des gardes forestiers	10	0	0
Titre IV. Des juges de paix	8	0	0
Titre V. Mode de procéder par les juges de paix dans l'exercice des fonctions de la police judiciaire	77	7	9,1
Titre VI. De l'exécution du mandat d'arrêt	7	0	0
Titre VII. Des directeurs du jury d'accusation, capitaines et lieutenants de la gendarmerie nationale, considérés comme officiers de police judiciaire	10	1	10
Livre II. De la justice	449	25	5,6
<i>Sans chapitre dédié</i>	1	0	0
Titre I. Des tribunaux de police	16	1	6,3
Titre II. Des tribunaux correctionnels	39	2	5,1
Titre III. Des jurys d'accusation et de leurs directeurs	59	1	1,7
Titre IV. Des tribunaux criminels	36	0	0
Titre V. Procédure devant le tribunal criminel	40	0	0
Titre VI. De l'examen	83	12	14,5
Titre VII. Du jugement et de l'exécution	23	1	4,3
Titre VIII. De la cassation des jugements	15	0	0
Titre IX. Des contumaces	21	1	4,8
Titre X. Des listes des jurés d'accusation et de jugement	8	0	0
Titre XI. De la manière de former et convoquer le jury d'accusation	11	0	0
Titre XII. De la manière de former le jury de jugement	14	0	0
Titre XIII. Des jurés spéciaux	10	1	10
Titre XIV. Procédure particulière sur le faux	22	1	4,5
Titre XV. Manière de procéder, en cas de destruction ou enlèvement des pièces ou du jugement d'une affaire criminelle	7	0	0
Titre XVI. Dispositions particulières sur les délits contraires au respect dû aux autorités constituées	5	0	0
Titre XVII. Dispositions particulières sur la forfaiture et la prise à partie des juges	10	2	20

		Nombre d'articles	Articles avec références à l'intention et ses dérivés	Traduction en pourcentage
	Titre XVIII. Des prisons et maisons d'arrêt	11	1	9,1
	Titre XIX. Des moyens d'assurer la liberté des citoyens contre les détentions illégales ou autres actes arbitraires	13	2	15,4
	Appendice	5	0	0
Livre III. Des peines		48	3	6,3
	Dispositions générales	6	0	0
	Titre I. Des peines de simple police	4	1	25
	Titre II. Des peines correctionnelles	1	0	0
	Titre III. Des peines infamantes et afflictives	31	2	6,5
	Appendice à la Section V. du Titre I de la Deuxième partie du Code pénal intitulée « Crimes des fonctionnaires publics dans l'exercice des pouvoirs qui leurs sont confiés »	6	0	0
Total		646	37	5,7

N. B. : Il s'agit d'une analyse fondée sur les articles ; aussi, certains articles peuvent répéter plusieurs fois le même mot, ce qui n'est pas comptabilisé. En revanche, si le même article convoque deux termes différents, il sera cette fois compté deux fois.

• **Tableau 3 : Détail des articles et répartition des termes afférents à l'intention dans le Code des délits et des peines de 1795**

Note : Les déclinaison de rouge signalent les articles en double

Occurrence	Localisation	Disposition
Arbitraire (4)	Article 71	Le mandat d'arrêt est signé et scellé par le juge de paix. Il énonce le nom du prévenu, sa profession et son domicile, s'ils sont connus, le sujet de son arrestation, et la loi qui autorise le juge de paix à l'ordonner. A défaut de quelqu'une de ces formalités, il est nul, et aucun gardien de maison d'arrêt ne peut recevoir le prévenu, sous peine d'être poursuivi comme fauteur et complice de détention arbitraire .
	Article 575	Nul gardien ou géolier ne peut, à peine d'être poursuivi et puni comme coupable de détention arbitraire , recevoir ni retenir aucune personne qu'en vertu, soit d'un mandat d'arrêt décerné selon les formes prescrites par les articles 222 et 223 de la constitution, soit d'une ordonnance de prise de corps, d'un décret d'accusation, ou d'un jugement de condamnation à prison, ou à détention correctionnelle, et sans que la transcription en ait été faite sur son registre.
	Titre XIX	DES MOYENS D'ASSURER LA LIBERTÉ DES CITOYENS CONTRE LES DÉTENTIONS ILLÉGALES OU AUTRES ACTES ARBITRAIRES
	Article 581	Tout homme, quelle que soit sa place ou son emploi, autres que ceux à qui la loi donne le droit d'arrestation, qui donne, signe, exécute ou fait exécuter l'ordre d'arrêter un individu, ou qui l'arrête effectivement, si ce n'est pour le remettre sur-le-champ à la police dans les cas déterminés par la loi, est poursuivi criminellement, et puni comme coupable de détention arbitraire .
Conviction (17)	Article 82	Dans chacun de ces cas, le juge de paix dresse des procès-verbaux, entend des témoins, recueille les preuves par écrit, et rassemble les pièces de conviction .
	Article 102	Lorsqu'il a été commis un délit dont l'existence peut être constatée par un procès-verbal, le juge de paix est tenu, aussitôt qu'il en est informé, de se transporter sur les lieux, pour y décrire en détail le corps du délit avec toutes ses circonstances, et tout ce qui peut servir à conviction et à décharge.
	Entre les articles 124 et 125	Des preuves par écrit et des pièces de conviction
	Article 127	Si, parmi les papiers trouvés sous les scellés, il en est qui puissent servir à conviction , ou à décharge, le juge de paix les joint à son procès-verbal, après les avoir paraphés et fait parapher par le prévenu, à chaque feuillet. Si le prévenu ne veut ou ne peut les parapher, le juge de paix en fait mention dans son procès-verbal.
	Article 131	S'il existe des pièces de conviction , il les paraphe, les représente au prévenu, l'interpelle de les reconnaître, les lui fait parapher, ou fait mention de son refus, et en dresse procès-verbal.
	Article 132	Si les pièces de conviction ne sont pas susceptibles de recevoir des caractères d'écriture, le juge de paix y attache un bande de papier qu'il scelle de son sceau, et qu'il paraphe et fait parapher ainsi qu'il vient d'être dit.
	Article 206	Les jurés sont des citoyens appelés à l'occasion d'un délit pour examiner le fait allégué contre le prévenu ou l'accusé, et déclarer, d'après les preuves qui leur sont fournies et leur conviction personnelle, si le délit existe, et quel est le coupable.
	Article 343	Après avoir reçu cette promesse, le président du tribunal adresse aux jurés et à leurs adjoints le discours suivant : « Citoyens, Vous promettez d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse, les charges portées contre un tel ; de n'en communiquer avec personne jusqu'après votre déclaration ; de n'écouter ni la haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l'affection ; de vous décider d'après les charges et moyens de défense, suivant votre conscience et votre intime et profonde conviction , avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme libre ». Chacun des jurés et de leurs adjoints, appelé nominativement par le président, répond : « Je le promets ».
	Article 364	Dans le cours ou à la suite des dépositions, le président fait représenter à l'accusé tous les effets trouvés lors du délit ou depuis, pouvant servir à conviction , et il l'interpelle de répondre personnellement s'il les reconnaît.
	Article 372	Le président résume l'affaire, et la réduit à ses points les plus simples. Il fait remarquer aux jurés les principales preuves pour et contre l'accusé.

Occurrence	Localisation	Disposition
		<p>Il leur rappelle les fonctions qu'ils ont à remplir, et, pour cet effet, il leur donne lecture de l'instruction suivante, qui est, en outre, affichée en gros caractères dans la chambre destinée à leurs délibérations :</p> <p>« Les jurés doivent examiner l'acte d'accusation, les procès-verbaux, et toutes les autres pièces du procès, à l'exception des déclarations écrites des témoins, des notes écrites des interrogatoires subis par l'accusé devant l'officier de police, le directeur du jury et le président du tribunal criminel.</p> <p>C'est sur ces bases, et particulièrement sur les dépositions et les débats qui ont eu lieu en leur présence, qu'ils doivent asseoir leur conviction personnelle : car c'est de leur conviction personnelle qu'il s'agit ici ; c'est cette conviction que la loi leur charge d'énoncer ; c'est à cette conviction que la société, que l'accusé, s'en rapportent.</p> <p>La loi ne leur demande pas compte des moyens par lesquels ils se sont convaincus ; elle ne leur prescrit point de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve : elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement, et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur dit point : Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins. Elle ne leur dit pas non plus : Vous ne regarderez pas comme suffisamment établie toute preuve qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de telles pièces, de tant de témoins ou de tant d'indices. Elle ne leur fait que cette seule question qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : Avez-vous une intime conviction ?</p> <p>Ce qu'il est bien essentiel de ne pas perdre de vue, c'est que toute la délibération du jury de jugement porte sur l'acte d'accusation : c'est à cet acte qu'ils doivent uniquement s'attacher ; et ils manquent à leur premier devoir, lorsque, pensant aux dispositions des lois pénales, ils considèrent les suites que pourra avoir, par rapport à l'accusé, la déclaration qu'ils ont à faire. Leur mission n'a pas pour objet la poursuite ni la punition des délits : ils ne sont appelés que pour décider si le fait est constant, et si l'accusé est, ou non, coupable du crime qu'on lui impute. »</p>
	Article 411	Les boules blanches fournies sur chacune des circonstances indépendantes d'un même délit, ne s'additionnent pas entre elles, mais seulement avec les boules blanches fournies sur les questions relatives à l'existence du corps du délit, et à la conviction de l'auteur de ce délit.
	Article 474	En aucun cas, la contumace d'un accusé ne peut suspendre ni retarder l'instruction à l'égard de ses coaccusés présents. Elle ne peut pas non plus, après le jugement de ceux-ci, empêcher la remise des effets déposés au greffe, comme pièces de conviction , lorsqu'ils sont réclamés par les propriétaires intéressés à cette remise. Cette remise est précédée d'un procès-verbal de description, dressé par le président, ou par un juge qu'il a commis à cette fin.
	Article 542	Les directeurs de jury, les juges de paix, les commissaires de police, les agents municipaux et leurs adjoints, sont autorisés à faire, en présence de deux citoyens domiciliés dans le canton, ou après les avoir requis de les assister, les ouvertures de portes, et perquisitions nécessaires chez les personnes suspectes de fabrication ou distribution de la fausse monnaie métallique ou autre, sur les dénonciations revêtues des caractères exigés par la loi, ou d'après les renseignements que ces officiers ont pris d'office. Ils sont également autorisés à saisir toutes pièces de conviction , et à faire mettre les prévenus en état d'arrestation. L'agent du trésor public à Paris, et dans les départements les commissaires du pouvoir exécutif, tant près les administrations départementales et municipales, que près les tribunaux, sont spécialement chargés de requérir ces recherches et perquisitions.
Dessein (2)	Article 379	Mais les jurés peuvent être interrogés sur une ou plusieurs circonstances non mentionnées dans l'acte d'accusation, quand même elles changeraient le caractère du délit résultant du fait qui y est porté. Ainsi, sur l'accusation d'un acte de violence exercé envers une personne, le président peut, d'après les débats, poser la question de savoir si cet acte de violence a été commis à dessein de tuer.
	Article 397	Chaque juré prononce les diverses déclarations ci-dessus dans la forme suivante : Il met la main sur son cœur, et dit : Sur mon honneur et ma conscience, le fait est constant, ou le fait ne me paraît pas constant ; l'accusé est convaincu, ou l'accusé ne me paraît pas convaincu ; il a commis tel fait méchamment et à dessein , ou il ne me paraît pas avoir commis, etc.
Dol (1)	Article 565	Il y a lieu à la prise à partie contre un juge dans les cas suivants seulement : 1°. Lorsqu'elle est ouverte à son égard par la disposition expresse et textuelle d'une loi ; 2°. Lorsqu'il est exprimé dans une loi que les juges sont responsables, à peine de dommages-intérêts ; 3°. Lorsqu'il y a eu de la part d'un juge, dol , fraude, ou prévarication commise par inimitié personnelle ; 4°. Lorsqu'il est dans le cas de la forfaiture.
Élément moral (0)	Ø	Ø
Élément intellectuel (0)	Ø	Ø

Occurrence	Localisation	Disposition
Fraude (1)	Article 565	Il y a lieu à la prise à partie contre un juge dans les cas suivants seulement : 1°. Lorsqu'elle est ouverte à son égard par la disposition expresse et textuelle d'une loi ; 2°. Lorsqu'il est exprimé dans une loi que les juges sont responsables, à peine de dommages-intérêts ; 3°. Lorsqu'il y a eu de la part d'un juge, dol, fraude , ou prévarication commise par inimitié personnelle ; 4°. Lorsqu'il est dans le cas de la forfaiture.
Frauduleusement (0)	Ø	Ø
Frauduleu(ses) (2)	Article 142	Dans les communes dont la population n'excède pas quarante mille habitants, le directeur du jury d'accusation a pareillement, comme officier de police judiciaire, la poursuite immédiate des délits de faux, de banqueroute frauduleuse , concussion, péculat, vol de commis ou d'associés en matière de finance, commerce ou banque. Les plaintes et dénonciations relatives à ces délits sont portées devant le directeur du jury du lieu où ces délits ont été commis, ou devant celui de la résidence de l'accusé.
	Article 517	Il en est de même de toute affaire qui a pour objet un faux en écriture ou fabrication, une banqueroute frauduleuse , une concussion, un péculat, un vol de commis ou d'associés en matière de finance, commerce ou banque, une forfaiture, ou un écrit imprimé.
Frauduleux (0)	Ø	Ø
Intention (2)	Article 425	Il en est de même, si les jurés ont déclaré que le fait a été commis involontairement, sans aucune intention de nuire, ou pour la légitime défense de soi ou d'autrui.
	Article 605	Sont punis des peines de simple police, [...] 8°. Les auteurs de rixes, attroupements injurieux ou nocturnes, voies de fait et violences légères, pourvu qu'ils n'aient blessé ni frappé personne, et qu'ils ne soient pas notés, d'après les dispositions de la loi du 19 juillet 1791, comme gens sans aveu, suspects ou mal-intentionnés , auxquels cas ils ne peuvent être jugés que par le tribunal correctionnel ;
Intentionnel(les) (4)	Article 393	Le juré qui a déclaré le fait constant et l'accusé convaincu, donne ensuite sa déclaration sur la moralité du fait, d'après les questions intentionnelles posées par le président.
	Article 394	Le juré qui a déclaré le fait constant et l'accusé convaincu, donne ensuite sa déclaration sur la moralité du fait, d'après les questions intentionnelles posées par le président.
	Article 410	Lorsqu'il a été posé plusieurs questions intentionnelles , si les trois premiers recensements réunis n'ont pas encore fourni trois boules blanches, on ouvre les boîtes sur la seconde question intentionnelle , et ainsi de suite, jusqu'à ce que le recensement des suffrages soit terminé, soit par l'ouverture de toutes les boîtes, soit par une somme de trois boules blanches, qui arrête et fixe la décision des jurés sur l'une des questions qui leur sont présentées successivement.
Intentionnellement (0)	Ø	Ø
Intime (2)	Article 343	Après avoir reçu cette promesse, le président du tribunal adresse aux jurés et à leurs adjoints le discours suivant : « Citoyens, Vous promettez d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse, les charges portées contre un tel ; ... de n'en communiquer avec personne jusqu'après votre déclaration ; de n'écouter ni la haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l'affection ; de vous décider d'après les charges et moyens de défense, suivant votre conscience et votre intime et profonde conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme libre ». Chacun des jurés et de leurs adjoints, appelé nominativement par le président, répond : « Je le promets ».
	Article 372	[...] La loi ne leur dit point : Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins. Elle ne leur dit pas non plus : Vous ne regarderez pas comme suffisamment établie toute preuve qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de telles pièces, de tant de témoins ou de tant d'indices. Elle ne leur fait que cette seule question qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : Avez-vous une intime conviction ? [...]
Malice (0)	Ø	Ø
Méchamment (1)	Article 397	Chaque juré prononce les diverses déclarations ci-dessus dans la forme suivante : Il met la main sur son cœur, et dit : Sur mon honneur et ma conscience, le fait est constant, ou le fait ne me paraît pas constant ; l'accusé est convaincu, ou l'accusé ne me paraît pas convaincu ; il a commis tel fait méchamment et à dessein, ou il ne me paraît pas avoir commis, etc.
Sciemment (2)	Article 12	Sont, dans les mêmes cas, jugés et punis en France, les étrangers qui ont contrefait, altéré ou falsifié, hors du territoire de la République, soit la monnaie nationale, soit des papiers nationaux ayant cours de monnaie, ou qui ont exposé sciemment , hors du territoire de la République, soit des monnaies nationales contrefaites ou altérées, soit des papiers nationaux ayant cours de monnaie, contrefaits ou falsifiés.

Occurrence	Localisation	Disposition
	Article 638	<p>Quiconque sera convaincu d'avoir volontairement et sciemment supprimé une lettre confiée à la poste, ou d'en avoir brisé le cachet et violé le secret, sera puni de la peine de la dégradation civique.</p> <p>Si le crime est commis, soit en vertu d'un ordre émané du pouvoir exécutif, soit par un agent du service des postes, les membres du directoire exécutif ou les ministres qui en auront donné l'ordre, quiconque l'aura exécuté, ou l'agent du service des postes qui sans ordre aura commis ledit crime, seront punis de la peine de deux ans de gêne.</p> <p>Il n'est porté par le présent article aucune atteinte à la surveillance que le gouvernement peut exercer sur les lettres venant des pays étrangers, ou destinées pour ces mêmes pays.</p>
Volontairement (2)	Article 156	Néanmoins les parties peuvent comparaître volontairement , ou sur un simple avertissement, sans qu'il soit besoin de citation.
	Article 638	<p>Quiconque sera convaincu d'avoir volontairement et sciemment supprimé une lettre confiée à la poste, ou d'en avoir brisé le cachet et violé le secret, sera puni de la peine de la dégradation civique.</p> <p>Si le crime est commis, soit en vertu d'un ordre émané du pouvoir exécutif, soit par un agent du service des postes, les membres du directoire exécutif ou les ministres qui en auront donné l'ordre, quiconque l'aura exécuté, ou l'agent du service des postes qui sans ordre aura commis ledit crime, seront punis de la peine de deux ans de gêne.</p> <p>Il n'est porté par le présent article aucune atteinte à la surveillance que le gouvernement peut exercer sur les lettres venant des pays étrangers, ou destinées pour ces mêmes pays.</p>
Volonté (2)	Article 170	Le greffier est nommé par le président, et les deux juges de paix ou assesseurs de juge de paix en activité de service au tribunal, qui les destituent à volonté .
	Article 179	Les président, vice-président et juges de paix de service nomment directement les huissiers, et les destituent à volonté .

Annexe VII – La recherche de l'intention dans le *Code d'instruction criminelle* de 1808

• *Tableau 1 : Répartition totale des termes de l'intention*

		Nombre d'articles	Articles avec références à l'intention et ses dérivés
Dispositions préliminaires		7	0
Livre I. De la police judiciaire et des officiers qui l'exercent		129	3
Chapitre 1. De la police judiciaire		3	0
Chapitre 2. Des maires, des adjoints de maire, et des commissaires de police		5	0
Chapitre 3. Des gardes champêtres		6	0
Chapitre 4. Des procureurs impériaux et de leurs substituts		26	0
	Section I. De la compétence des procureurs impériaux, relativement à la police judiciaire	7	0
	Section II. Mode de procéder des procureurs impériaux dans l'exercice de leurs fonctions	19	1
Chapitre 5. Des officiers de police auxiliaires du procureur général		7	0
Chapitre 6. Des juges d'instruction		36	0
	Section I. Des juges d'instruction	4	0
	Section II. Fonctions du juge d'instruction	32	1
Chapitre 7. Des mandats de comparution, de dépôt, d'amener et d'arrêt		22	0
Chapitre 8. De la liberté provisoire et du cautionnement		14	0
Chapitre 9. Du rapport des juges d'instruction, quand la procédure est complète		10	1
Livre II. De la justice		507	17
Titre I. Des tribunaux de police		80	4
Chapitre 1. Des tribunaux de simple police		42	3
Chapitre 2. Des tribunaux en matière correctionnelle		38	1
Titre II. Des affaires qui doivent être soumises au jury		190	8
Chapitre 1. Des mises en accusation		34	1
Chapitre 2. De la formation des cours d'assises		40	0
Chapitre 3. De la procédure devant la Cour d'assises		19	1
Chapitre 4. De l'examen, du jugement et de l'exécution		71	0
	Section I. De l'examen	47	5
	Section II. Du jugement et de l'exécution	24	1

		Nombre d'articles	Articles avec références à l'intention et ses dérivés
Chapitre 5. Du jury et de la manière de le former		26	0
	Section I. Du jury	12	0
	Section II. De la manière de former et de convoquer le jury	14	0
Titre III. Des manières de se pourvoir contre les arrêts ou jugements		41	0
Chapitre 1. Des nullités de l'instruction et du jugement		9	0
Chapitre 2. Des demandes en cassation		27	0
Chapitre 3. Des demandes en révision		5	0
Titre IV. De quelques procédures particulières		77	1
Chapitre 1. Du faux		17	0
Chapitre 2. Des contumaces		14	1
Chapitre 3. Des crimes commis par des juges, hors de leurs fonctions et dans l'exercice de leurs fonctions		25	0
	Section I. De la poursuite et instruction contre des juges pour crimes et délits par eux commis hors de leurs fonctions	4	0
	Section II. De la poursuite et instruction contre des juges et tribunaux autres que ceux désignés par l'article 101 du sénatus-consulte du 28 floréal an XII, pour forfaitures et autres crimes ou délits relatifs à leurs fonctions	21	0
Chapitre 4. Des délits contraires au respect dû aux autorités constituées		6	0
Chapitre 5. De la manière dont seront reçues, en matière criminelle, correctionnelle et de police, les dépositions des princes et de certains fonctionnaires de l'État		8	0
Chapitre 6. De la reconnaissance de l'identité des individus condamnés, évadés et repris		3	0
Chapitre 7. Manière de procédure en cas de destruction ou d'enlèvement des pièces ou du jugement d'une affaire		4	0
Titre V. Des règlements de juges et des renvois d'un tribunal à un autre		28	0
Chapitre 1. Des règlements de juges		17	0
Chapitre 2. Des renvois d'un tribunal à un autre		11	0
Titre VI. Des cours spéciales		47	0
Chapitre unique. De la compétence, de la composition des cours spéciales, et de la procédure		47	0
	Section I. Compétence de la Cour spéciale	13	0
	Section II. Instruction et procédure antérieure à l'ouverture des débats	7	0
	Section III. De l'examen	7	0
	Section IV. Du jugement	18	0
	Section V. De l'exécution de l'arrêt	2	0
Titre VII. De quelques objets d'intérêt public et de sûreté générale		44	4
Chapitre 1. Du dépôt général de la notice des jugements		3	0
Chapitre 2. Des prisons, maisons d'arrêt et de justice		12	1

	Nombre d'articles	Articles avec références à l'intention et ses dérivés
Chapitre 3. Des moyens d'assurer la liberté individuelle contre les détentions illégales, ou d'autres actes arbitraires	4	3
Chapitre 4. De la réhabilitation des condamnés	16	0
Chapitre 5. De la prescription	9	0
Total	643	20

• *Tableau 2 : Traduction en pourcentage du premier tableau*

	Nombre d'articles	Articles avec références à l'intention et ses dérivés	Traduction en pourcentage
Dispositions préliminaires	7	0	0
Livre I. De la police judiciaire et des officiers qui l'exercent	129	3	2,3
Chapitre 1. De la police judiciaire	3	0	0
Chapitre 2. Des maires, des adjoints de maire, et des commissaires de police	5	0	0
Chapitre 3. Des gardes champêtres	6	0	0
Chapitre 4. Des procureurs impériaux et de leurs substituts	26	1	3,8
Section I. De la compétence des procureurs impériaux, relativement à la police judiciaire	7	0	0
Section II. Mode de procéder des procureurs impériaux dans l'exercice de leurs fonctions	19	1	5,3
Chapitre 5. Des officiers de police auxiliaires du procureur général	7	0	0
Chapitre 6. Des juges d'instruction	36	1	2,8
Section I. Des juges d'instruction	4	0	0
Section II. Fonctions du juge d'instruction	32	1	3,1
Chapitre 7. Des mandats de comparution, de dépôt, d'amener et d'arrêt	22	0	0
Chapitre 8. De la liberté provisoire et du cautionnement	14	0	0
Chapitre 9. Du rapport des juges d'instruction, quand la procédure est complète	10	1	10
Livre II. De la justice	507	0	0
Titre I. Des tribunaux de police	80	4	5
Chapitre 1. Des tribunaux de simple police	42	3	7,1
Chapitre 2. Des tribunaux en matière correctionnelle	38	1	2,6
Titre II. Des affaires qui doivent être soumises au jury	190	8	4,2
Chapitre 1. Des mises en accusation	34	1	2,9
Chapitre 2. De la formation des cours d'assises	40	0	0
Chapitre 3. De la procédure devant la Cour d'assises	19	1	5,3
Chapitre 4. De l'examen, du jugement et de l'exécution	71	6	8,5
Section I. De l'examen	47	5	10,6
Section II. Du jugement et de l'exécution	24	1	4,2
Chapitre 5. Du jury et de la manière de le former	26	0	0
Section I. Du jury	12	0	0
Section II. De la manière de former et de convoquer le jury	14	0	0

	Nombre d'articles	Articles avec références à l'intention et ses dérivés	Traduction en pourcentage
Titre III. Des manières de se pourvoir contre les arrêts ou jugements	41	0	0
Chapitre 1. Des nullités de l'instruction et du jugement	9	0	0
Chapitre 2. Des demandes en cassation	27	0	0
Chapitre 3. Des demandes en révision	5	0	0
Titre IV. De quelques procédures particulières	77	1	1,3
Chapitre 1. Du faux	17	0	0
Chapitre 2. Des contumaces	14	1	7,1
Chapitre 3. Des crimes commis par des juges, hors de leurs fonctions et dans l'exercice de leurs fonctions	25	0	0
Section I. De la poursuite et instruction contre des juges pour crimes et délits par eux commis hors de leurs fonctions	4	0	0
Section II. De la poursuite et instruction contre des juges et tribunaux autres que ceux désignés par l'article 101 du sénatus-consulte du 28 floréal an XII, pour forfaitures et autres crimes ou délits relatifs à leurs fonctions	21	0	0
Chapitre 4. Des délits contraires au respect dû aux autorités constituées	6	0	0
Chapitre 5. De la manière dont seront reçues, en matière criminelle, correctionnelle et de police, les dépositions des princes et de certains fonctionnaires de l'État	8	0	0
Chapitre 6. De la reconnaissance de l'identité des individus condamnés, évadés et repris	3	0	0
Chapitre 7. Manière de procédure en cas de destruction ou d'enlèvement des pièces ou du jugement d'une affaire	4	0	0
Titre V. Des règlements de juges et des renvois d'un tribunal à un autre	28	0	0
Chapitre 1. Des règlements de juges	17	0	0
Chapitre 2. Des renvois d'un tribunal à un autre	11	0	0
Titre VI. Des cours spéciales	47	0	0
Chapitre unique. De la compétence, de la composition des cours spéciales, et de la procédure	47	0	0
Section I. Compétence de la Cour spéciale	13	0	0
Section II. Instruction et procédure antérieure à l'ouverture des débats	7	0	0
Section III. De l'examen	7	0	0
Section IV. Du jugement	18	0	0
Section v. De l'exécution de l'arrêt	2	0	0
Titre VII. De quelques objets d'intérêt public et de sûreté générale	44	4	9,1
Chapitre 1. Du dépôt général de la notice des jugements	3	0	0
Chapitre 2. Des prisons, maisons d'arrêt et de justice	12	1	8,3
Chapitre 3. Des moyens d'assurer la liberté individuelle contre les détentions illégales, ou d'autres actes arbitraires	4	3	75
Chapitre 4. De la réhabilitation des condamnés	16	0	0
Chapitre 5. De la prescription	9	0	0

	Nombre d'articles	Articles avec références à l'intention et ses dérivés	Traduction en pourcentage
Total	643	20	3,1

N. B. : Il s'agit d'une analyse fondée sur les articles ; aussi, certains articles peuvent répéter plusieurs fois le même mot, ce qui n'est pas comptabilisé. En revanche, si le même article convoque deux termes différents, il sera cette fois compté deux fois.

• *Tableau 3 : Détail des articles et répartition des termes afférents à l'intention dans le Code d'instruction criminelle de 1808*

Note : les déclinaisons de rouge signalent les articles en double

Occurrence	Localisation	Disposition
Arbitraire (4)	Article 609	Nul gardien ne pourra, à peine d'être poursuivi et puni comme coupable de détention arbitraire , recevoir ni retenir aucune personne qu'en vertu, soit d'un mandat de dépôt, soit d'un mandat d'arrêt décerné selon les formes prescrites par la loi, soit d'un arrêt de renvoi devant une cour d'assises ou une cour spéciale, d'un décret d'accusation ou d'un arrêt ou jugement de condamnation à peine afflictive ou à un emprisonnement, et sans que la transcription en ait été faite sur son registre.
	Entre les articles 614 et 615	CHAPITRE III – DES MOYENS D'ASSURER LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE CONTRE LES DÉTENTIONS ILLÉGALES, OU D'AUTRES ACTES ARBITRAIRES
	Article 616	Tout juge de paix, tout officier chargé du ministère public, tout juge d'instruction est tenu d'office, ou sur l'avis qu'il en aura reçu, sous peine d'être poursuivi comme complice de détention arbitraire , de s'y transporter aussitôt, et de faire mettre en liberté la personne détenue, ou, s'il est allégué quelque cause légale de détention, de la faire conduire sur-le-champ devant le magistrat compétent. Il dressera du tout son procès-verbal.
	Article 618	Tout gardien qui aura refusé, ou de montrer au porteur de l'ordre de l'officier civil ayant la police de la maison d'arrêt, de justice ou de prison, la personne du détenu, sur la réquisition qui en sera faite, ou de montrer l'ordre qui le lui défend, ou de faire au juge de paix l'exhibition de ses registres, ou de lui laisser prendre telle copie que celui-ci croira nécessaire de partie de ses registres, sera poursuivi comme coupable ou complice de détention arbitraire .
Conviction (12)	Article 37	S'il existe, dans le domicile du prévenu des papiers ou effets qui puissent servir à conviction ou à décharge, le procureur impérial en dressera procès-verbal, et se saisira desdits effets ou papiers.
	Entre les articles 86 et 87	§ IV - Des preuves par écrit, et des pièces de conviction
	Article 133	Si, sur le rapport fait à la chambre du conseil par le juge d'instruction, les juges ou l'un d'eux estiment que le fait est de nature à être puni de peines afflictives ou infamantes, et que la prévention contre l'inculpé est suffisamment établie, les pièces d'instruction, le procès-verbal constatant le corps du délit, et un état des pièces servant à conviction , seront transmises sans délai, par le procureur impérial, au procureur général de la cour impériale, pour être procédé ainsi qu'il sera dit au titre des Mises en accusation. Les pièces de conviction resteront au tribunal d'instruction, sauf ce qui sera dit aux articles 248 et 291.
	Article 190	L'instruction sera publique, à peine de nullité. Le procureur impérial, la partie civile, ou son défenseur, et à l'égard des délits forestiers, le conservateur, inspecteur ou sous-inspecteur forestier, ou, à leur défaut, le garde général, exposeront l'affaire ; les procès-verbaux ou rapports, s'il en a été dressé, seront lus par le greffier ; les témoins pour et contre seront entendus, s'il y a lieu et les reproches proposés et jugés ; les pièces pouvant servir à conviction ou à décharge seront représentées aux témoins et aux parties ; le prévenu sera interrogé ; le prévenu et les personnes civilement responsables proposeront leur défense ; le procureur impérial résumera l'affaire et donnera ses conclusions ; le prévenu et les personnes civilement responsables du délit pourront répliquer. Le jugement sera prononcé de suite, ou au plus tard à l'audience qui suivra celle où l'instruction aura été terminée.
	Article 228	Les juges pourront ordonner, s'il y échet, des informations nouvelles. Ils pourront également ordonner, s'il y a lieu, l'apport des pièces servant à conviction , qui seront restées déposées au greffe du tribunal de première instance ; Le tout dans le plus court délai.
	Article 291	Quand l'accusation aura été prononcée, si l'affaire ne doit pas être jugée dans le lieu où siège la cour impériale, le procès sera, par les ordres du procureur général, envoyé, dans les vingt-quatre heures, au greffe du

Occurrence	Localisation	Disposition
		tribunal de première instance du chef-lieu du département, ou au greffe du tribunal qui pourrait avoir été désigné. Dans tous les cas, les pièces servant à conviction , qui seront restées déposées au greffe du tribunal d'instruction, ou qui auraient été apportées à celui de la cour impériale, seront réunies dans le même délai au greffe où doivent être remises les pièces du procès.
	Article 312	Le président adressera aux jurés debout et découverts le discours suivant : « Vous jurez et promettez, devant Dieu et devant les hommes, d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse les charges qui seront portées contre N. ; de ne trahir ni les intérêts de l'accusé, ni ceux de la société qui l'accuse, de ne communiquer avec personne jusqu'après votre déclaration ; de n'écouter ni la haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l'affection ; de vous décider d'après les charges et les moyens de défense, suivant votre conscience et votre intime conviction , avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme probe et libre. » Chacun des jurés, appelé individuellement par le président, répondra, en levant la main : « Je le jure » ; à peine de nullité.
	Article 329	Dans le cours ou à la suite des dépositions le président fera représenter à l'accusé toutes les pièces relatives au délit, et pouvant servir à conviction , il l'interpellera de répondre personnellement s'il les reconnaît ; le président les fera aussi représenter aux témoins, s'il y a lieu.
	Article 342	Les questions étant posées et remises aux jurés, ils se rendront dans leur chambre pour y délibérer. Leur chef sera le premier juré sorti par le sort, ou celui qui sera désigné par eux et du consentement de ce dernier. Avant de commencer la délibération, le chef des jurés leur fera lecture de l'instruction suivante, qui sera, en outre, affichée en gros caractères dans le lieu le plus apparent de leur chambre : « La loi ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels ils se sont convaincus : elle ne leur prescrit point de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve : elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement, et de chercher dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur dit point : Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins ; elle ne leur dit pas non plus : Vous ne regarderez pas connue suffisamment établie, toute preuve qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de telles pièces, de tant de témoins ou de tant d'indices ; elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leur devoir : Avez-vous une intime conviction ? Ce qu'il est bien essentiel de ne pas perdre de vue, c'est que toute la délibération du jury porte sur l'acte d'accusation ; c'est aux faits qui le constituent et qui en dépendent, qu'ils doivent uniquement s'attacher ; et ils manquent à leur premier devoir, lorsque, pensant aux dispositions des lois pénales, ils considèrent les suites que pourra avoir, par rapport à l'accusé, la déclaration qu'ils ont à faire. Leur mission n'a pas pour objet la poursuite ni la punition des délits ; ils ne sont appelés que pour décider si l'accusé est ou non coupable du crime qu'on lui impute. »
	Article 365	Si ce fait est défendu, la cour prononcera la peine établie par la loi, même dans le cas où, d'après les débats, il se trouverait n'être plus de la compétence de la cour d'assises. En cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte sera seule prononcée.
	Article 474	En aucun cas, la contumace d'un accusé ne suspendra ni ne retardera de plein droit l'instruction, à l'égard de ses coaccusés présents. La cour pourra ordonner, après le jugement de ceux-ci, la remise des effets déposés au greffe comme pièce de conviction , lorsqu'ils seront réclamés par des propriétaires ou ayants droit. Elle pourra aussi ne l'ordonner qu'à charge de représenter, s'il y a lieu. Cette remise sera précédée d'un procès-verbal de description, dressé par le greffier, à peine de 100 fr. d'amende.
Dessein (0)	Ø	Ø
Dol (0)	Ø	Ø
Élément moral (0)	Ø	Ø
Élément intellectuel (0)	Ø	Ø
Fraude (0)	Ø	Ø

Occurrence	Localisation	Disposition
Frauduleusement (0)	∅	∅
Frauduleu(ses) (0)	∅	∅
Frauduleux (0)	∅	∅
Intention (0)	∅	∅
Intentionnel(les) (0)	∅	∅
Intentionnellement (0)	∅	∅
Intime (2)	Article 312	[...] de n'écouter ni la haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l'affection : de vous décider d'après les charges et les moyens de défense, suivant votre conscience et votre intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme probe et libre. »
	Article 342	[...] La loi ne leur dit point : Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins ; elle ne leur dit pas non plus : Vous ne regarderez pas connue suffisamment établie, toute preuve qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de telles pièces, de tant de témoins ou de tant d'indices ; elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leur devoir : Avez-vous une intime conviction ?
Malice (0)	∅	∅
Méchamment (0)	∅	∅
Sciemment (0)	∅	∅
Volontairement (3)	Article 147	Les parties pourront comparaître volontairement et sur un simple avertissement, sans qu'il soit besoin de citation.
	Article 158	Le témoin ainsi condamné à l'amende sur le premier défaut, et qui, sur la seconde citation, produira, devant le tribunal, des excuses légitimes, pourra, sur les conclusions du ministère public, être déchargé de l'amende. Si le témoin n'est pas cité de nouveau, il pourra volontairement comparaître par lui, ou par un fondé de procuration spéciale, à l'audience suivante, pour présenter ses excuses, et obtenir, s'il y a lieu, décharge de l'amende.
	Article 153	La partie intéressée qui aura procédé volontairement devant une cour, un tribunal ou un juge d'instruction, ne sera reçue à demander le renvoi qu'à raison des circonstances survenues depuis, lorsqu'elles seront de nature à faire naître une suspicion légitime.
Volonté (0)	∅	∅

Annexe VIII – La recherche de l'intention dans le *Code pénal* de 1810

• *Tableau 1 : Répartition totale des termes de l'intention*

	Nombre d'articles	Articles avec référence à l'intention et ses dérivés
Dispositions préliminaires	5	1
Livre I. Des peines en matière criminelle et correctionnelle, et de leurs effets	53	0
<i>Sans chapitre dédié</i>	6	0
Chapitre 1. Des peines en matière criminelle	28	0
Chapitre 2. Des peines en matière correctionnelle	4	0
Chapitre 3. Des peines et des autres condamnations qui peuvent être prononcées pour crimes ou délits	12	0
Chapitre 4. Des peines de la récidive pour crimes et délits	3	0
Livre II. Des personnes punissables, excusables ou responsables, pour crimes ou pour délits	16	1
Livre III. Des crimes, des délits et de leur punition	348	24
Titre I. Crimes et délits contre la chose publique	211	8
Chapitre 1. Crimes et délits contre la sûreté de l'État	34	2
Section I. Des crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'État	11	1
Section II. Des crimes contre la sûreté intérieure de l'État	17	1
Section III. De la révélation et de la non-révélation des crimes qui compromettent la sûreté intérieure ou extérieure de l'État	6	0
Chapitre 2. Des crimes et délits contre les constitutions de l'Empire	14	1
Section I. Des crimes et délits relatifs à l'exercice des droits civiques	5	0
Section II. Des attentats à la liberté	9	1
Section III. Coalitions des fonctionnaires	4	0
Section IV. Empiètements des autorités administratives et judiciaires	5	0
Chapitre 3. Crimes et délits contre la paix publique	163	5
Section I. Du faux	34	2
Section II. De la forfaiture et des crimes et délits des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions	33	0
Section III. Des troubles apportés à l'ordre public par les Ministres des cultes dans l'exercice de leur ministère	10	0
Section IV. Résistance, désobéissance et autres manquements envers l'autorité publique	56	1
Section V. Association de malfaiteurs, vagabondage et mendicité	18	1
Section VI. Délits commis par la voie d'écrits, images ou gravures, distribués sans noms d'auteur, imprimeur ou graveur	8	1

		Nombre d'articles	Articles avec référence à l'intention et ses dérivés
	Section VII. Des associations ou réunions illicites	4	0
Titre II. Crimes et délits contre les particuliers		137	16
Chapitre 1. Crimes et délits contre les personnes		84	4
	Section I. Meurtres et autres crimes capitaux, menaces d'attentats contre les personnes	14	2
	Section II. Blessures et coups volontaires non qualifiés de meurtre, et autres crimes et délits volontaires	10	1
	Section III. Homicide, blessures, et coups involontaires. Crimes et délits excusables, et cas où ils ne peuvent être excusés. Homicide, blessures, et coups qui ne sont ni crimes ni délits	11	0
	Section IV. Attentats aux mœurs	11	0
	Section V. Arrestations illégales et séquestrations de personnes	4	0
	Section VI. Crimes et délits tendant à empêcher ou détruire la preuve de l'état civil d'un enfant, ou à compromettre son existence. Enlèvement de mineurs. Infraction aux lois sur les inhumations	16	1
	Section VII. Faux témoignage, calomnie, injures, révélation de secrets	18	0
Chapitre 2. Crimes et délits contre les propriétés		52	12
	Section I. Vols	23	1
	Section II. Banqueroutes, escroqueries, et autres espèces de fraudes	32	7
	Section III. Destructures, dégradations, dommages	29	4
Disposition générale		1	0
Livre IV. Contraventions de police et peines		20	2
Chapitre 1. Des peines		7	0
Chapitre 2. Contraventions et peines		13	2
	Section I. Première classe	4	0
	Section II. Deuxième classe	4	1
	Section III. Troisième classe	4	1
	Dispositions communes aux trois sections ci-dessus	1	0
Disposition générale		1	0
TOTAL		443	28

• *Tableau 2 : Traduction en pourcentage du premier tableau*

		Nombre d'articles	Articles avec référence à l'intention et ses dérivés	Traduction en pourcentage
Dispositions préliminaires		5	1	20
Livre I. Des peines en matière criminelle et correctionnelle, et de leurs effets		53	0	0
	Sans chapitre dédié	6	0	0
	Chapitre 1. Des peines en matière criminelle	28	0	0
	Chapitre 2. Des peines en matière correctionnelle	4	0	0
	Chapitre 3. Des peines et des autres condamnations qui peuvent être prononcées pour crimes ou délits	12	0	0
	Chapitre 4. Des peines de la récidive pour crimes et délits	3	0	0
Livre II. Des personnes punissables, excusables ou responsables, pour crimes ou pour délits		16	1	6,3
Livre III. Des crimes, des délits et de leur punition		389	24	6,2
Titre I. Crimes et délits contre la chose publique		220	8	3,6
	Chapitre 1. Crimes et délits contre la sûreté de l'État	34	2	5,9
	Chapitre 2. Des crimes et délits contre les constitutions de l'Empire	23	1	4,3
	Chapitre 3. Crimes et délits contre la paix publique	163	5	3,1
Titre II. Crimes et délits contre les particuliers		169	16	9,5
	Chapitre 1. Crimes et délits contre les personnes	84	4	4,8
	Chapitre 2. Crimes et délits contre les propriétés	84	12	14,3
	Disposition générale	1	0	0
Livre IV. Contraventions de police et peines		20	2	10
	Chapitre 1. Des peines	7	0	0
	Chapitre 2. Contraventions et peines	13	2	15,4
Disposition générale		1	0	0
Total		484	28	5,8

N. B. : Il s'agit d'une analyse fondée sur les articles ; aussi, certains articles peuvent répéter plusieurs fois le même mot, ce qui n'est pas comptabilisé. En revanche, si le même article convoque deux termes différents, il sera cette fois compté deux fois.

• **Tableau 3 : Détail des articles et répartition des termes afférents à l'intention dans le Code pénal de 1810**

Note : les déclinaisons en rouge signalent les articles en double.

Occurrence	Localisation	Disposition
Dessein (4)	Article 251	Quiconque aura, à dessein , brisé des scellés apposés sur des papiers ou effets de la qualité énoncée en l'article précédent, ou participé au bris des scellés, sera puni de la réclusion, et si c'est le gardien lui-même, il sera puni des travaux forcés à temps.
	Article 297	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.
	Article 419	Tous ceux qui, par des faits faux ou calomnieux semés à dessein dans le public, par des suroffres faites aux prix que demandaient les vendeurs eux-mêmes, par réunions ou coalitions entre les principaux détenteurs d'une même marchandise ou denrée, tendant à ne la pas vendre, ou à ne la vendre qu'à un certain prix, ou qui par des voies ou moyens frauduleux quelconques auront opéré la hausse ou la baisse du prix des denrées ou marchandises ou des papiers et effets publics au-dessus ou au-dessous des prix qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce, seront punis d'un emprisonnement d'un mois au moins, d'un an au plus, et d'une amende de cinq cents francs à dix mille francs. Les coupables pourront de plus être mis, par l'arrêt ou le jugement, sous la surveillance de la haute police pendant deux ans au moins et cinq ans au plus.
Dol	Ø	Ø
Élément moral	Ø	Ø
Élément intellectuel	Ø	Ø
Fraude (6)	Article 82	Toute autre personne qui, étant parvenue, par corruption, fraude ou violence, à soustraire lesdits plans, les aura livrés ou à l'ennemi ou aux agents d'une puissance étrangère, sera punie comme le fonctionnaire ou agent mentionné dans l'article précédent, et selon les distinctions qui y sont établies. Si lesdits plans se trouvaient, sans le préalable emploi de mauvaises voies, entre les mains de la personne qui les a livrés, la peine sera, au premier cas mentionné dans l'article 81, la déportation ; Et au second cas du même article, un emprisonnement de deux à cinq ans.
	Article 354	Quiconque aura, par fraude ou violence, enlevé ou fait enlever des mineurs, ou les aura entraînés, détournés ou déplacés, ou les aura fait entraîner, détourner ou déplacer des lieux où ils étaient mis par ceux à l'autorité ou à la direction desquels ils étaient soumis ou confiés, subira la peine de la réclusion.
	Livre III, Des crimes, des délits et de leur punition ; Titre II. Crimes et délits contre les particuliers ; Chapitre II. Crimes et délits contre les propriétés ; Section II. Banqueroutes, escroqueries, et autres espèces de fraudes	Section II. Banqueroutes, escroqueries, et autres espèces de fraude
	Article 424	Si le vendeur et l'acheteur se sont servis, dans leurs marchés, d'autres poids ou d'autres mesures que ceux qui ont été établis par les lois de l'état, l'acheteur sera privé de toute action contre le vendeur qui l'aura trompé par l'usage de poids ou de mesures prohibés ; sans préjudice de l'action publique pour la punition tant de cette fraude que de l'emploi même des poids et des mesures prohibés. La peine, en cas de fraude , sera celle portée par l'article précédent. La peine, pour l'emploi des mesures et poids prohibés, sera déterminée par le livre IV du présent Code, contenant les peines de simple police.
	Article 433	Quoique le service n'ait pas manqué, si, par négligence, les livraisons et les travaux ont été retardés, ou s'il y a eu fraude sur la nature, la qualité ou la quantité des travaux ou main-d'œuvre ou des choses fournies, les coupables seront punis d'un emprisonnement de six mois au moins et de cinq ans au plus, et d'une amende qui ne pourra excéder le quart des dommages et intérêts, ni être moindre de cent francs. Dans les divers cas prévus par les articles composant le présent paragraphe, la poursuite ne pourra être faite que sur la dénonciation du gouvernement.
Frauduleusement (3)	Article 146	Sera aussi puni des travaux forcés à perpétuité, tout fonctionnaire ou officier public qui, en rédigeant des actes de son ministère, en aura frauduleusement dénaturé la substance

Occurrence	Localisation	Disposition
		ou les circonstances, soit en écrivant des conventions autres que celles qui auraient été tracées ou dictées par les parties, soit en constatant comme vrais des faits faux, ou comme avoués des faits qui ne l'étaient pas.
	Article 379	Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas, est coupable de vol.
	Article 407	Quiconque, abusant d'un blanc-seing qui lui aura été confié, aura frauduleusement écrit au-dessus une obligation ou décharge, ou tout autre acte pouvant compromettre la personne ou la fortune du signataire, sera puni des peines portées en l'article 405. Dans le cas où le blanc-seing ne lui aurait pas été confié, il sera poursuivi comme faussaire et puni comme tel.
Frauduleuse(s) (3)	Article 403	Ceux qui, conformément au Code de commerce, seront déclarés complices de banqueroute frauduleuse, seront punis de la même peine que les banqueroutiers frauduleux.
	Article 404	Les agents de change et courtiers qui auront fait faillite, seront punis de la peine des travaux forcés à temps : s'ils sont convaincus de banqueroute frauduleuse , la peine sera celle des travaux forcés à perpétuité.
	Article 405	Quiconque, soit en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en employant des manœuvres frauduleuses pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique, se sera fait remettre ou délivrer des fonds, des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges, et aura, par un de ces moyens, escroqué ou tenté d'escroquer la totalité ou partie de la fortune d'autrui, sera puni d'un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus, et d'une amende de cinquante francs au moins et de trois mille francs au plus. Le coupable pourra être, en outre, à compter du jour où il aura subi sa peine, interdit, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, des droits mentionnés en l'article 42 du présent Code : le tout sauf les peines plus graves, s'il y a crime de faux.
Frauduleux (3)	Article 419	Tous ceux qui, par des faits faux ou calomnieux semés à dessein dans le public, par des suroffres faites aux prix que demandaient les vendeurs eux-mêmes, par réunions ou coalitions entre les principaux détenteurs d'une même marchandise ou denrée, tendant à ne la pas vendre, ou à ne la vendre qu'à un certain prix, ou qui par des voies ou moyens frauduleux quelconques auront opéré la hausse ou la baisse du prix des denrées ou marchandises ou des papiers et effets publics au-dessus ou au-dessous des prix qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce, seront punis d'un emprisonnement d'un mois au moins, d'un an au plus, et d'une amende de cinq cents francs à dix mille francs. Les coupables pourront de plus être mis, par l'arrêt ou le jugement, sous la surveillance de la haute police pendant deux ans au moins et cinq ans au plus.
	Article 402	Ceux qui, dans les cas prévus par le Code de commerce, seront déclarés coupables de banqueroute, seront punis ainsi qu'il suit : Les banqueroutiers frauduleux seront punis de la peine des travaux forcés à temps ; Les banqueroutiers simples seront punis d'un emprisonnement d'un mois au moins et de deux ans au plus.
	Article 403	Ceux qui, conformément au Code de commerce, seront déclarés complices de banqueroute frauduleuse, seront punis de la même peine que les banqueroutiers frauduleux.
Intention	∅	∅
Intentionnel(le)	∅	∅
Intentionnellement	∅	∅
Malice	∅	∅
Méchamment	∅	∅
Sciemment (6)	Article 62	Ceux qui sciemment auront recélé, en tout ou en partie, des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit, seront aussi punis comme complices de ce crime ou délit.
	Article 96	Quiconque, soit pour envahir des domaines, propriétés ou deniers publics, places, villes, forteresses, postes, magasins, arsenaux, ports, vaisseaux ou bâtiments appartenant à l'état, soit pour piller ou partager des propriétés publiques ou nationales, ou celles d'une généralité de citoyens, soit enfin pour faire attaque ou résistance envers la force publique agissant contre les auteurs de ces crimes, se sera mis à la tête de bandes armées, ou y aura exercé une fonction ou commandement quelconque, sera puni de mort, et ses biens seront confisqués. Les mêmes peines seront appliquées à ceux qui auront dirigé l'association, levé ou fait lever, organisé ou fait organiser les bandes, ou leur auront, sciemment et volontairement, fourni ou procuré des armes, munitions et instruments de crime, ou envoyé des convois

Occurrence	Localisation	Disposition
		de substances, ou qui auront de toute autre manière pratiqué des intelligences avec les directeurs ou commandants des bandes.
	Article 118	Si l'acte contraire aux constitutions a été fait d'après une fausse signature du nom d'un ministre ou d'un fonctionnaire public, les auteurs du faux et ceux qui en auront sciemment fait usage, seront punis des travaux forcés à temps, dont le maximum sera toujours appliqué dans ce cas.
	Article 154	Quiconque prendra, dans un passeport, un nom supposé, ou aura concouru comme témoin à faire délivrer le passeport sous le nom supposé, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à un an. Les logeurs et aubergistes qui sciemment inscriront sur leurs registres, sous des noms faux ou supposés, les personnes logées chez eux, seront punis d'un emprisonnement de six jours au moins et d'un mois au plus.
	Article 268	Seront punis de la réclusion tous autres individus chargés d'un service quelconque dans ces bandes, et ceux qui auront sciemment et volontairement fourni aux bandes ou à leurs divisions, des armes, munitions, instruments de crime, logement, retraite ou lieu de réunion.
	Article 283	Toute publication ou distribution d'ouvrages, écrits, avis, bulletins, affiches, journaux, feuilles périodiques ou autres imprimés, dans lesquels ne se trouvera pas l'indication vraie des nom, profession et demeure de l'auteur ou de l'imprimeur, sera, pour ce seul fait, punie d'un emprisonnement de six jours à six mois, contre toute personne qui aura sciemment contribué à la publication ou distribution.
Volontairement (10)	Article 96	[...] Les mêmes peines seront appliquées à ceux qui auront dirigé l'association, levé ou fait lever, organisé ou fait organiser les bandes, ou leur auront, sciemment et volontairement , fourni ou procuré des armes, munitions et instruments de crime, ou envoyé des convois de substances, ou qui auront de toute autre manière pratiqué des intelligences avec les directeurs ou commandants des bandes.
	Article 268	Seront punis de la réclusion tous autres individus chargés d'un service quelconque dans ces bandes, et ceux qui auront sciemment et volontairement fourni aux bandes ou à leurs divisions, des armes, munitions, instruments de crime, logement, retraite ou lieu de réunion.
	Article 295	L'homicide commis volontairement est qualifié meurtre.
	Article 356	Quand la fille au-dessous de seize ans aurait consenti à son enlèvement ou suivi volontairement le ravisseur, si celui-ci était majeur de vingt et un ans ou au-dessus, il sera condamné aux travaux forcés à temps. Si le ravisseur n'avait pas encore vingt et un ans, il sera puni d'un emprisonnement de deux à cinq ans.
	Article 434	Quiconque aura volontairement mis le feu à des édifices, navires, bateaux, magasins, chantiers, forêts, bois taillis ou récoltes, soit sur pied, soit abattus, soit aussi que les bois soient en tas ou en cordes, et les récoltes en tas ou en meules, ou à des matières combustibles placées de manière à communiquer le feu à ces choses ou à l'une d'elles, sera puni de la peine de mort.
	Article 437	Quiconque aura volontairement détruit ou renversé, par quelque moyen que ce soit, en tout ou en partie, des édifices, des ponts, digues ou chaussées ou autres constructions qu'il savait appartenir à autrui, sera puni de la réclusion, et d'une amende qui ne pourra excéder le quart des restitutions et indemnités, ni être au-dessus de cent francs. S'il y a eu homicide ou blessures, le coupable sera, dans le premier cas, puni de mort, et dans le second, puni de la peine des travaux forcés à temps.
	Article 439	Quiconque aura volontairement brûlé ou détruit d'une manière quelconque, des registres, minutes ou actes originaux de l'autorité publique, des titres, billets, lettres de change, effets de commerce ou de banque, contenant ou opérant obligation, disposition ou décharge, sera puni ainsi qu'il suit : Si les pièces détruites sont des actes de l'autorité publique, ou des effets de commerce ou de banque, la peine sera la réclusion ; S'il s'agit de toute autre pièce, le coupable sera puni d'un emprisonnement de deux ans à cinq ans, et d'une amende de cent francs à trois cents francs.
	Article 443	Quiconque, à l'aide d'une liqueur corrosive ou par tout autre moyen, aura volontairement gâté des marchandises ou matières servant à fabrication, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à deux ans, et d'une amende qui ne pourra excéder le quart des dommages et intérêts, ni être moindre de seize francs. Si le délit a été commis par un ouvrier de la fabrique ou par un commis de la maison de commerce, l'emprisonnement sera de deux à cinq ans, sans préjudice de l'amende, ainsi qu'il vient d'être dit.
	Article 475	Seront punis d'amende, depuis six francs jusqu'à dix francs inclusivement, [...] 8° Ceux qui auraient jeté des pierres ou d'autres corps durs ou des immondices contre les maisons, édifices ou clôtures d'autrui, ou dans les jardins ou enclos, et ceux aussi qui auraient volontairement jeté des corps durs ou des immondices sur quelqu'un ; [...]

Occurrence	Localisation	Disposition
	Article 479	Seront punis d'une amende de onze à quinze francs inclusivement, 1° Ceux qui, hors les cas prévus depuis l'article 434 jusque et compris l'article 462, auront volontairement causé du dommage aux propriétés mobilières d'autrui ; [...]
Volonté (1)	Article 2	Toute tentative de crime qui aura été manifestée par des actes extérieurs, et suivie d'un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur, est considérée comme le crime même.

Annexe IX – La recherche de l'intention dans le *Code pénal* de 1994

• *Tableau 1 : Répartition totale des termes de l'intention*

	Nombre d'articles	Articles avec référence à l'intention et ses dérivés
Livre Premier – Dispositions générales	175	5
Titre Premier. De la loi pénale	19	0
Chapitre I. Des principes généraux	5	0
Chapitre II. De l'application de la loi pénale dans le temps	4	0
Chapitre III. De l'application de la loi pénale dans l'espace	10	0
Section I. Des infractions commises ou réputées commises sur le territoire de la République	5	0
Section II. Des infractions commises hors du territoire de la République	5	0
Titre Deuxième. De la responsabilité pénale	15	3
Chapitre I. Dispositions générales	7	3
Chapitre II. Des causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité	8	0
Titre Troisième. Des peines	141	2
Chapitre I. De la nature des peines	49	0
Section I. Des peines applicables aux personnes physiques	36	0
Sous-section 1. Des peines criminelles	2	0
Sous-section 2. Des peines correctionnelles	7	0
Sous-section 3. Des peines complémentaires ou encourues pour certains crimes ou délits	2	0
Sous-section 4. Des peines contraventionnelles	7	0
Sous-section 5. Du contenu et des modalités d'application de certaines peines	18	0
Section II. Des peines applicables aux personnes morales	13	0
Sous-section 1. Des peines criminelles et correctionnelles	3	0
Sous-section 2. Des peines contraventionnelles	5	0
Sous-section 3. Du contenu et des modalités d'application de certaines peines	5	0
Chapitre II. Du régime des peines	75	2
Section I. Dispositions générales	23	0
Sous-section 1. Des peines applicables en cas de concours d'infractions	7	0
Sous-section 2. Des peines applicables en cas de récidive	9	0

	Nombre d'articles	Articles avec référence à l'intention et ses dérivés
Sous-section 3. Du prononcé des peines	6	0
Sous-section 4. De la période de sûreté	1	0
Section II. Des modes de personnalisation des peines	47	0
Sous-section 1. De la semi-liberté	3	0
Sous-section 2. Du fractionnement des peines	2	0
Sous-section 3. Du sursis simple	11	0
Sous-section 4. Du sursis avec mise à l'épreuve	14	0
Sous-section 5. Du sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général	4	0
Sous-section 6. De la dispense de peine et de l'ajournement	13	0
Section III. De la définition de certaines circonstances entraînant l'aggravation des peines	5	2
Chapitre III. De l'extinction des peines et de l'effacement des condamnations	17	0
Disposition introductive	1	0
Section I. De la prescription	5	0
Section II. De la grâce	2	0
Section III. De l'amnistie	3	0
Section IV. De la réhabilitation	6	0
Livre Deuxième – Des crimes et délits contre les personnes	179	19
Titre Premier. Des crimes contre l'humanité	9	0
Chapitre I. Du génocide	1	0
Chapitre II. Des autres crimes contre l'humanité	3	0
Chapitre III. Dispositions communes	5	0
Titre Deuxième. Des atteintes à la personne humaine	170	19
Chapitre I. Des atteintes à la vie de la personne	11	1
Section I. Des atteintes volontaires à la vie	5	1
Section II. Des atteintes involontaires à la vie	2	0
Section III. Peines complémentaires applicables aux personnes physiques	4	0
Chapitre II. Des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne	51	5
Section I. Des atteintes volontaires à l'intégrité de la personne	18	2
Section II. Des atteintes involontaires à l'intégrité de la personne	3	0
Section III. Des agressions sexuelles	12	0

		Nombre d'articles	Articles avec référence à l'intention et ses dérivés
	Section IV. Du trafic de stupéfiants	10	2
	Section V. Peines complémentaires applicables aux personnes physiques	5	0
	Section VI. Dispositions communes aux personnes physiques et aux personnes morales	3	1
Chapitre III. De la mise en danger de la personne		20	3
	Section I. Des risques causés à autrui	2	0
	Section II. Du délaissement d'une personne hors d'état de se protéger	2	0
	Section III. De l'entrave aux mesures d'assistance et de l'omission de porter secours	3	3
	Section IV. De l'expérimentation sur la personne humaine	2	0
	Section V. De l'interruption illégale de la grossesse	3	0
	Section VI. De la provocation au suicide	3	0
	Section VII. Des peines complémentaires applicables aux personnes physiques	5	0
Chapitre IV. Des atteintes aux libertés de la personne		9	5
	Section I. De l'enlèvement et de la séquestration	5	4
	Section II. Du détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport	3	1
	Section III. Peines complémentaires applicables aux personnes physiques	1	0
Chapitre V. Des atteintes à la dignité de la personne		24	1
	Section I. Des discriminations	4	0
	Section II. Du proxénétisme et des infractions assimilées	8	1
	Section III. Des conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne	4	0
	Section IV. Des atteintes au respect dû aux morts	2	0
	Section V. Peines complémentaires applicables aux personnes physiques	3	0
	Section VI. Dispositions communes aux personnes physiques et aux personnes morales	3	0
Chapitre VI. Des atteintes à la personnalité		25	3
	Section I. Des atteintes à la vie privée	7	1
	Section II. De l'atteinte à la représentation de la personne	2	0
	Section III. De la dénonciation calomnieuse	3	0
	Section IV. De l'atteinte au secret	3	1
	Section V. Des atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou traitements informatiques	9	1
	Section VI. Peines complémentaires applicables aux personnes physiques	1	0
Chapitre VII. Des atteintes aux mineurs et à la famille		30	1

		Nombre d'articles	Articles avec référence à l'intention et ses dérivés
	Section I. Du délaissement de mineur	2	0
	Section II. De l'abandon de famille	2	0
	Section III. Des atteintes à l'exercice de l'autorité parentale	7	1
	Section IV. Des atteintes à la filiation	3	0
	Section V. De la mise en péril des mineurs	14	0
	Section VI. Peines complémentaires applicables aux personnes physiques	2	0
Livre Troisième – Des crimes et délits contre les biens		89	7
Titre Premier. Des appropriations frauduleuses		53	5
Chapitre I. Du vol		16	2
	Section I. Du vol simple et des vols aggravés	11	2
	Section II. Dispositions générales	2	0
	Section III. Peines complémentaires applicables aux personnes physiques et responsabilité des personnes morales	3	0
Chapitre II. De l'extorsion		15	0
	Section I. De l'extorsion	9	0
	Section II. Du chantage	3	0
	Section III. Peines complémentaires applicables aux personnes physiques et responsabilité des personnes morales	3	0
Chapitre III. De l'escroquerie et des infractions voisines		9	3
	Section I. De l'escroquerie	3	1
	Section II. Des infractions voisines de l'escroquerie	3	2
	Section III. Peines complémentaires applicables aux personnes physiques et responsabilité des personnes morales	3	0
Chapitre V. Des détournements		13	0
	Section I. De l'abus de confiance	4	0
	Section II. Du détournement de gage ou d'objet saisi	2	0
	Section III. De l'organisation frauduleuse de l'insolvabilité	3	0
	Section IV. Peines applicables aux personnes physiques et responsabilité des personnes morales	4	0
Titre Deuxième. Des autres atteintes aux biens		36	2
Chapitre I. Du recel et des infractions assimilées ou voisines		12	0
	Section I. Du recel	5	0
	Section II. Des infractions assimilées au recel ou voisines de celui-ci	3	0

		Nombre d'articles	Articles avec référence à l'intention et ses dérivés
	Section III. Peines complémentaires applicables aux personnes physiques et responsabilité des personnes morales	4	0
Chapitre II. Des destructions, dégradations et détériorations		17	0
	Section I. Des destructions, dégradations et détériorations ne présentant pas de danger pour les personnes	4	0
	Section II. Des destructions, dégradations et détériorations dangereuses pour les personnes	7	0
	Section III. Des menaces de destruction, de dégradation ou de détérioration et des fausses alertes	3	0
	Section IV. Peines complémentaires applicables aux personnes physiques et responsabilité des personnes morales	3	0
Chapitre III. Des atteintes aux système de traitement automatisé de données		7	2
Livre Quatrième – Des crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique		206	14
Titre Premier. Des atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation		41	2
	Disposition introductive	1	0
Chapitre I. De la trahison et de l'espionnage		11	1
	Disposition introductive	1	0
	Section I. De la livraison de tout ou partie du territoire national, de forces armées ou de matériel à une puissance étrangère	2	0
	Section II. Des intelligences avec une puissance étrangère	2	0
	Section III. De la livraison d'informations à une puissance étrangère	3	0
	Section IV. Du sabotage	1	0
	Section V. De la fourniture de fausses informations	1	0
	Section VI. De la provocation aux crimes prévus au présent chapitre	1	1
Chapitre II. Des autres atteintes aux institutions de la République ou à l'intégrité du territoire national		8	0
	Section I. De l'attentat et du complot	2	0
	Section II. Du mouvement insurrectionnel	4	0
	Section III. De l'usurpation de commandement, de la levée de forces armées et de la provocation à s'armer illégalement	2	0
Chapitre III. Des autres atteintes à la défense nationale		12	1
	Section I. Des atteintes à la sécurité des forces armées et aux zones protégées intéressant la défense nationale	8	1
	Section II. Des atteintes au secret de la défense nationale	4	0
Chapitre IV. Dispositions particulières		9	0
Titre Deuxième. Du terrorisme		9	0
Chapitre I. Des actes de terrorisme		4	0
Chapitre II. Dispositions particulières		5	0

		Nombre d'articles	Articles avec référence à l'intention et ses dérivés
Titre Troisième. Des atteintes à l'autorité de l'État		110	4
Chapitre I. Des atteintes à la paix publique		21	2
	Section I. Des entraves à l'exercice des libertés d'expression, du travail, d'association, de réunion ou de manifestation	2	0
	Section II. De la participation délictueuse à un attroupement	6	2
	Section III. Des manifestations illicites et de la participation délictueuse à une manifestation ou à une réunion publique	4	0
	Section IV. Des groupes de combat et des mouvements dissous	9	0
Chapitre II. Des atteintes à l'administration publique commise par des personnes exerçant une fonction publique		17	1
	Section I. Des abus d'autorité dirigés contre l'administration	3	0
	Section II. Des abus d'autorité commis contre les particuliers	6	1
	Section III. Des manquements au devoir de probité	7	0
	Section IV. Des peines complémentaires	1	0
Chapitre III. Des atteintes à l'administration publique commises par les particuliers		25	0
	Section I. De la corruption active et du trafic d'influence commis par les particuliers	2	0
	Section II. Des actes d'intimidation commis contre les personnes exerçant une fonction publique	1	0
	Section III. De la soustraction et du détournement de biens contenus dans un dépôt public	1	0
	Section IV. De l'outrage	1	0
	Section V. De la rébellion	5	0
	Section VI. De l'opposition à l'exécution de travaux publics	1	0
	Section VII. De l'usurpation de fonctions	2	0
	Section VIII. De l'usurpation de signes réservés à l'autorité publique	3	0
	Section IX. De l'usurpation de titre	1	0
	Section X. De l'usage irrégulier de qualité	1	0
	Section XI. Des atteintes à l'état civil des personnes	3	0
	Section XII. Peines complémentaires et responsabilité des personnes morales	4	0
Chapitre IV. Des atteintes à l'action de la justice		47	1
	Section I. Des entraves à la saisine de la justice	7	0
	Section II. Des entraves à l'exercice de la justice	16	1
	Section III. Des atteintes à l'autorité de la justice	20	0
	Section IV. Peines complémentaires et responsabilité des personnes morales	4	0
Titre Quatrième. Des atteintes à la confiance publique		43	8

	Nombre d'articles	Articles avec référence à l'intention et ses dérivés
Chapitre I. Des faux	12	4
Chapitre II. De la fausse monnaie	14	0
Chapitre III. De la falsification des titres ou autres valeurs fiduciaires émises par l'autorité publique	8	0
Chapitre IV. De la falsification des marques de l'autorité	9	4
Titre Cinquième. De la participation à une association de malfaiteurs	3	0
TOTAL	649	45

• *Tableau 2 : Traduction en pourcentage du premier tableau*

		Nombre d'articles	Articles avec référence à l'intention et ses dérivés	Traduction en pourcentage
Livre Premier – Dispositions générales		175	5	2,85
Titre Premier. De la loi pénale		19	0	0
	Chapitre I. Des principes généraux	5	0	0
	Chapitre II. De l'application de la loi pénale dans le temps	4	0	0
	Chapitre III. De l'application de la loi pénale dans l'espace	10	0	0
Titre Deuxième. De la responsabilité pénale		15	3	0
	Chapitre I. Dispositions générales	7	3	42,86
	Chapitre II. Des causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité	8	0	0
Titre Troisième. Des peines		141	2	1,41
	Chapitre I. De la nature des peines	49	0	0
	Chapitre II. Du régime des peines	75	2	2,67
	Chapitre III. De l'extinction des peines et de l'effacement des condamnations	17	0	0
Livre Deuxième – Des crimes et délits contre les personnes		179	19	10,61
Titre Premier. Des crimes contre l'humanité		9	0	0
	Chapitre I. Du génocide	1	0	0
	Chapitre II. Des autres crimes contre l'humanité	3	0	0
	Chapitre III. Dispositions communes	5	0	0
Titre Deuxième. Des atteintes à la personne humaine		170	19	11,17
	Chapitre I. Des atteintes à la vie de la personne	11	1	9,09
	Chapitre II. Des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne	51	5	9,80
	Chapitre III. De la mise en danger de la personne	20	3	15,00
	Chapitre IV. Des atteintes aux libertés de la personne	9	5	55,56
	Chapitre V. Des atteintes à la dignité de la personne	24	1	4,17
	Chapitre VI. Des atteintes à la personnalité	25	3	12,00
	Chapitre VII. Des atteintes aux mineurs et à la famille	30	1	3,33
Livre Troisième – Des crimes et délits contre les biens		89	7	7,86
Titre Premier. Des appropriations frauduleuses		53	5	9,43
	Chapitre I. Du vol	16	2	12,50
	Chapitre II. De l'extorsion	15	0	0

		Nombre d'articles	Articles avec référence à l'intention et ses dérivés	Traduction en pourcentage
	Chapitre III. De l'escroquerie et des infractions voisines	9	3	33,33
	Chapitre V. Des détournements	13	0	0
Titre Deuxième. Des autres atteintes aux biens		36	2	5,55
	Chapitre I. Du recel et des infractions assimilées ou voisines	12	0	0
	Chapitre II. Des destructions, dégradations et détériorations	17	0	0
	Chapitre III. Des atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données	7	2	28,57
Livre Quatrième – Des crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique		206	14	6,79
Titre Premier. Des atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation		41	2	4,87
	Disposition introductive	1	0	0
	Chapitre I. De la trahison et de l'espionnage	11	1	9,09
	Chapitre II. Des autres atteintes aux institutions de la République ou à l'intégrité du territoire national	8	0	0
	Chapitre III. Des autres atteintes à la défense nationale	12	1	8,33
	Chapitre IV. Dispositions particulières	9	0	0
Titre Deuxième. Du terrorisme		9	0	0
	Chapitre I. Des actes de terrorisme	4	0	0
	Chapitre II. Dispositions particulières	5	0	0
Titre Troisième. Des atteintes à l'autorité de l'État		110	4	3,63
	Chapitre I. Des atteintes à la paix publique	21	2	9,52
	Chapitre II. Des atteintes à l'administration publique commise par des personnes exerçant une fonction publique	17	1	5,88
	Chapitre III. Des atteintes à l'administration publique commises par les particuliers	25	0	0
	Chapitre IV. Des atteintes à l'action de la justice	47	1	2,13
Titre Quatrième. Des atteintes à la confiance publique		43	8	18,60
	Chapitre I. Des faux	12	4	33,33
	Chapitre II. De la fausse monnaie	14	0	0
	Chapitre III. De la falsification des titres ou autres valeurs fiduciaires émises par l'autorité publique	8	0	0
	Chapitre IV. De la falsification des marques de l'autorité	9	4	44,44
Titre Cinquième. De la participation à une association de malfaiteurs		3	0	0
TOTAL		649	45	6,93

N. B. : Il s'agit d'une analyse fondée sur les articles ; aussi, certains articles peuvent répéter plusieurs fois le même mot, ce qui n'est pas comptabilisé. En revanche, si le même article convoque deux termes différents, il sera cette fois compté deux fois.

• **Tableau 3 : Détail des articles et répartition des termes afférents à l'intention dans le Code pénal de 1994**

Note : Les déclinaisons de bleu signalent des articles en double

Occurrence	Localisation	Disposition
Dessein (3)	Article 132-72	La préméditation est le dessein formé avant l'action de commettre un crime ou un délit déterminé.
	Article 441-2	Le faux commis dans un document délivré par une administration publique aux fins de constater un droit, une identité ou une qualité ou d'accorder une autorisation est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500.000 F d'amende. L'usage du faux mentionné à l'alinéa précédent est puni des mêmes peines. Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 700.000 F d'amende lorsque le faux ou l'usage de faux est commis : 1° Soit par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public agissant dans l'exercice de ses fonctions ; 2° Soit de manière habituelle ; 3° Soit dans le dessein de faciliter la commission d'un crime ou de procurer l'impunité à son auteur.
	Article 441-5	Le fait de procurer frauduleusement à autrui un document délivré par une administration publique aux fins de constater un droit, une identité ou une qualité ou d'accorder une autorisation est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500.000 F d'amende. Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 700.000 F d'amende lorsque l'infraction est commise : 1° Soit par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public agissant dans l'exercice de ses fonctions ; 2° Soit de manière habituelle ; 3° Soit dans le dessein de faciliter la commission d'un crime ou de procurer l'impunité à son auteur.
Dol/dolosive (1)	Article 225-7	Le proxénétisme est puni de dix ans d'emprisonnement et de 10.000.000 F d'amende lorsqu'il est commis : [...] 8° Avec l'emploi de la contrainte, de violences ou de manœuvres dolosives .
Élément moral	∅	∅
Élément intellectuel	∅	∅
Fraude (1)	Article 227-8	Le fait, par une personne autre que celles mentionnées à l'article 227-7 de soustraire, sans fraude ni violence, un enfant mineur des mains de ceux qui exercent l'autorité parentale ou auxquels il a été confié ou chez qui il a sa résidence habituelle, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500.000 F d'amende.
Frauduleusement (7)	Article 132-73	L'effraction consiste dans le forçage, la dégradation ou la destruction de tout dispositif de fermeture ou de toute espèce de clôture. Est assimilé à l'effraction l'usage de fausses clefs, de clefs indûment obtenues ou de tout instrument pouvant être frauduleusement employé pour actionner un dispositif de fermeture sans le forcer ni le dégrader.
	Article 226-15	Le fait, commis de mauvaise foi, d'ouvrir, de supprimer, de retarder ou de détourner des correspondances arrivées ou non à destination et adressées à des tiers, ou d'en prendre frauduleusement connaissance, est puni d'un an d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende.
	Article 323-1	Le fait d'accéder ou de se maintenir, frauduleusement , dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende. Lorsqu'il en est résulté soit la suppression ou la modification de données contenues dans le système, soit une altération du fonctionnement de ce système, la peine est de deux ans d'emprisonnement et de 200.000 F d'amende.
	Article 323-3	Le fait d'introduire frauduleusement des données dans un système de traitement automatisé ou de supprimer ou de modifier frauduleusement les données qu'il contient est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300.000 F d'amende.
	Article 413-5	Le fait, sans autorisation des autorités compétentes, de s'introduire frauduleusement sur un terrain, dans une construction ou dans un engin ou appareil quelconque affecté à l'autorité militaire ou placé sous son contrôle est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.
	Article 441-5	Le fait de procurer frauduleusement à autrui un document délivré par une administration publique aux fins de constater un droit, une identité ou une qualité ou d'accorder une autorisation est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500.000 F d'amende.

Frauduleuse(s) (7)	Article 222-49	Dans les cas prévus par les articles 222-35 à 222-40, doit être prononcée la confiscation des installations, matériels et de tout bien ayant servi, directement ou indirectement, à la commission de l'infraction, ainsi que tout produit provenant de celle-ci, à quelque personne qu'ils appartiennent et en quelque lieu qu'ils se trouvent, dès lors que leur propriétaire ne pouvait en ignorer l'origine ou l'utilisation frauduleuse .
	Article 311-1	Le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui.
	Article 311-2	La soustraction frauduleuse d'énergie au préjudice d'autrui est assimilée au vol.
	Article 313-1	L'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses , de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge.
	Article 441-1	Constitue un faux toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques.
	Article 441-3	La détention frauduleuse de l'un des faux documents définis à l'article 441-2 est punie de deux ans d'emprisonnement et de 200.000 F d'amende. La peine est portée à cinq ans d'emprisonnement et à 500.000 F d'amende en cas de détention frauduleuse de plusieurs faux documents.
Frauduleux (7)	Article 222-38	Le fait, par tout moyen frauduleux , de faciliter la justification mensongère de l'origine des ressources ou des biens de l'auteur de l'une des infractions mentionnées aux articles 222-34 à 222-37 ou d'apporter sciemment son concours à toute opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit d'une telle infraction est puni de dix ans d'emprisonnement et de 1.000.000 F d'amende.
	Article 226-18	Le fait de collecter des données par un moyen frauduleux , déloyal ou illicite, ou de procéder à un traitement d'informations nominatives concernant une personne physique malgré l'opposition de cette personne, lorsque cette opposition est fondée sur des raisons légitimes, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 2.000.000 F d'amende.
	Article 313-4	L'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur, pour obliger ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 2.500.000 F d'amende.
	Article 313-6	Le fait, dans une adjudication publique, par dons, promesses, ententes ou tout autre moyen frauduleux , d'écarter un enchérisseur ou de limiter les enchères ou les soumissions, est puni de six mois d'emprisonnement et de 150.000 F d'amende. Est puni des mêmes peines le fait d'accepter de tels dons ou promesses.
	Article 441-6	Le fait de se faire délivrer indûment par une administration publique ou par un organisme chargé d'une mission de service public, par quelque moyen frauduleux que ce soit, un document destiné à constater un droit, une identité ou une qualité ou à accorder une autorisation est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200.000 F d'amende.
	Article 444-2	L'usage frauduleux du sceau de l'État, des timbres nationaux ou des poinçons servant à marquer des matières d'or, d'argent ou de platine est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700.000 F d'amende.
	Article 444-4	L'usage frauduleux des sceaux, marques, timbres, papiers ou imprimés visés à l'article 444-3 est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300.000 F d'amende.
Intention (3)	Article 121-3	Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.
	Article 222-6	L'infraction définie à l'article 222-1 est punie de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'elle a entraîné la mort de la victime sans intention de la donner.
	Article 222-7	Les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner sont punies de quinze ans de réclusion criminelle.
Intentionnel(le)	Ø	Ø
Intentionnellement	Ø	Ø
Malice	Ø	Ø
Méchamment	Ø	Ø
Sciemment (3)	Article 121-7	Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment , par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation.
	Article 222-38	Le fait, par tout moyen frauduleux , de faciliter la justification mensongère de l'origine des ressources ou des biens de l'auteur de l'une des infractions mentionnées aux articles 222-

		34 à 222-37 ou d'apporter sciemment son concours à toute opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit d'une telle infraction est puni de dix ans d'emprisonnement et de 1.000.000 F d'amende.
	Article 224-8	Le fait par quiconque, en communiquant une fausse information, de compromettre sciemment la sécurité d'un aéronef en vol ou d'un navire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500.000 F d'amende.
Volontairement (15)	Article 221-1	Le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre. Il est puni de trente ans de réclusion criminelle.
	Article 223-5	Le fait d'entraver volontairement l'arrivée de secours destinés à faire échapper une personne à un péril imminent ou à combattre un sinistre présentant un danger pour la sécurité des personnes est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700.000 F d'amende.
	Article 223-6	Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500.000 F d'amende. Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours.
	Article 223-7	Quiconque s'abstient volontairement de prendre ou de provoquer les mesures permettant, sans risque pour lui ou pour les tiers, de combattre un sinistre de nature à créer un danger pour la sécurité des personnes est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200.000 F d'amende.
	Article 224-1	Le fait, sans ordre des autorités constituées et hors les cas prévus par la loi, d'arrêter, d'enlever, de détenir ou de séquestrer une personne, est puni de vingt ans de réclusion criminelle. Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à cette infraction. Toutefois, si la personne détenue ou séquestrée est libérée volontairement avant le septième jour accompli depuis celui de son appréhension, la peine est de cinq ans d'emprisonnement et de 500.000 F d'amende, sauf dans les cas prévus par l'article 224-2.
	Article 224-2	L'infraction prévue à l'article 224-1 est punie de trente ans de réclusion criminelle lorsque la victime a subi une mutilation ou une infirmité permanente provoquée volontairement ou résultant soit des conditions de détention, soit d'une privation d'aliments ou de soins.
	Article 224-3	L'infraction prévue par l'article 224-1 est punie de trente ans de réclusion criminelle lorsqu'elle est commise soit en bande organisée, soit à l'égard de plusieurs personnes. Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à cette infraction. Toutefois, si la personne détenue ou séquestrée ou toutes les personnes détenues ou séquestrées sont libérées volontairement dans le délai prévu par le troisième alinéa de l'article 224-1, la peine est de dix ans d'emprisonnement, sauf si la victime ou l'une des victimes a subi l'une des atteintes à son intégrité physique mentionnées à l'article 224-2.
	Article 224-4	Si la personne arrêtée, enlevée, détenue ou séquestrée l'a été comme otage soit pour préparer ou faciliter la commission d'un crime ou d'un délit, soit pour favoriser la fuite ou assurer l'impunité de l'auteur ou du complice d'un crime ou d'un délit, soit pour obtenir l'exécution d'un ordre ou d'une condition, notamment le versement d'une rançon, l'infraction prévue par l'article 224-1 est punie de trente ans de réclusion criminelle. Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à cette infraction. Sauf dans les cas prévus à l'article 224-2, la peine est de dix ans d'emprisonnement si la personne prise en otage dans les conditions définies au premier alinéa est libérée volontairement avant le septième jour accompli depuis celui de son appréhension, sans que l'ordre ou la condition ait été exécuté.
	Article 226-1	Est puni d'un an d'emprisonnement et de 300.000 F d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui :
	Article 431-4	Le fait, pour celui qui n'est pas porteur d'une arme, de continuer volontairement à participer à un attroupement après les sommations est puni d'un an d'emprisonnement et de 100.000 F d'amende.
	Article 431-5	Le fait de participer à un attroupement en étant porteur d'une arme est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300.000 F d'amende. Si la personne armée a continué volontairement à participer à un attroupement après les sommations, la peine est portée à cinq ans d'emprisonnement et à 500.000 F d'amende.
Article 432-5	Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ayant eu connaissance, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, d'une privation de liberté illégale, de s'abstenir volontairement soit d'y mettre fin si elle en a le pouvoir, soit, dans le cas contraire, de provoquer l'intervention d'une autorité compétente, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300.000 F d'amende. Le fait, par une personne visée à l'alinéa précédent ayant eu connaissance, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, d'une privation de liberté dont l'illégalité est alléguée, de s'abstenir volontairement soit de procéder aux vérifications nécessaires si elle en a le pouvoir, soit, dans le cas contraire, de transmettre la	

		réclamation à une autorité compétente, est puni d'un an d'emprisonnement et de 100.000 F d'amende lorsque la privation de liberté, reconnue illégale, s'est poursuivie.
	Article 434-11	Le fait, pour quiconque connaissant la preuve de l'innocence d'une personne détenue provisoirement ou jugée pour crime ou délit, de s'abstenir volontairement d'en apporter aussitôt le témoignage aux autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300.000 F d'amende.
Volonté (2)	Article 121-5	La tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur.
	Article 411-11	Le fait, par promesses, offres, pressions, menaces ou voies de fait, de provoquer directement à commettre l'un des crimes prévus au présent chapitre, lorsque la provocation n'est pas suivie d'effet en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700.000 F d'amende.

Index

A

Allemagne, 266, 327, 422
Animaux (procès aux), 264
Anscombe (Elizabeth), 235, 278, 466, 501 et s.,
511 et s., 557
Anthropocentrisme, 107, 166, 178, 182, 184, 205
Anti-intentionnel, 321, 345
Arbitraire, 45, 53, 72, 74, 77, 80, 86, 89, 92, 108,
109, 111, 113, 114, 140, 157, 160, 174, 176,
229, 230, 234 et s., 250, 251, 255, 269, 279,
285, 443, 520, 576, 615, 617
Assassinat, 22, 97 et s., 100, 101, 111, 135, 150,
163, 210, 215, 287, 303, 425, 431, 472, 542
et s., 558
Autonomie de la volonté, 184, 185, 188, 267,
319, 321 et s., 330 et s., 340 et s., 357, 379,
388, 501

B

Bannissement, 155
Barthes (Roland), 17, 39, 40, 522, 524
Belgique, 362
Bentham, 15, 45, 64, 65, 68, 118, 123 et s., 261,
265, 273
Benveniste (Émile), 519, 521
Bérenger (lois), 358, 362 et s.
Bonne foi, 396, 593
Brentano (Franz Clemens), 509, 510

C

Canada, 8, 9, 34, 35, 65, 142, 342, 393, 459, 616
Cause contractuelle, 34, 166, 178, 189 et s.
Common law, 34, 35, 77, 459, 579, 580, 584, 588
Comte (Auguste), 353, 416
Condillac (Étienne), 44, 63, 66, 67
Contrat, 18, 54, 76, 89, 98, 103, 153, 166, 180,
181, 184, 188, 189, 192, 277, 325 et s., 330
et s., 342, 379, 388
Correctionnalisation, 95, 108, 111, 218, 219, 220
et s., 236, 253, 255, 283, 284, 287, 296, 488,
489
Criminalistique, 410, 440, 441, 447, 453, 597
Criminel-né, 206, 324, 342, 346, 352, 353, 360,
363, 380, 403, 424, 428
Croyance, 35, 48, 183, 321, 335, 385, 462, 468,
474
Culpabilité, 9, 10 et s., 20, 21, 35, 44, 45, 72, 77,
84, 136, 159, 199, 203, 208, 209, 219, 220, 236,
256, 263, 280 et s., 290 et s., 300 et s., 312,
318, 396, 397, 407, 432 et s., 450, 454, 467,
472, 474, 514, 549

D

Dangereux, 6, 19, 123, 347, 356, 357, 361, 363,
395, 398, 404, 451, 484, 535
Dangerosité, 166, 347, 353 et s., 395, 447, 451,
456, 484, 485, 595, 597, 601
Décret, 87, 115, 130 et s., 147, 183, 242, 374, 488,
562
Défense sociale, 15, 263, 268, 278, 286, 345, 357,
362, 406, 424, 447, 450, 463 et s., 470 et s.,
480 et s., 491 et s., 511, 524, 527, 528, 547
Descartes, 13, 57, 58, 60, 62, 169, 184, 264, 266,
268, 278, 494, 503
Déterminisme, 61, 64, 336, 343, 362, 394, 420,
432, 433, 461, 477, 517, 519
Discernement, 113, 124, 154 et s., 296, 396, 414,
438, 439, 454, 489, 490, 492, 511, 548, 552 et s.
Droit romain, 38, 43, 48, 65, 93, 240, 343, 385,
387, 392, 490
Durkheim (Émile), 319, 323, 333, 334, 353, 396

E

Échevinage, 108, 219
Éclectisme, 362, 383, 408
Économique, 180, 185, 188, 189, 244, 332, 371,
611
Éloignement (mesure d'), 183, 363, 364, 367
Empirisme, 57, 60, 64, 66, 158, 379, 415, 416, 520
ENM, 31, 564 et s., 588
Équité, 53, 191, 251, 332, 577
États-Unis, 21, 56, 105, 342, 372, 373, 579, 580,
582, 588, 589, 616
Expertise, 235, 292, 356, 384, 400 et s., 408, 414,
415, 419, 420 et s., 440 et s., 450 et s., 460,
462, 547, 559, 579, 595, 601, 615

F

Faculté de droit, 243 et s.
Faits justificatifs, 549
For extérieur, 3, 9, 96, 293, 494
For intérieur, 3, 9, 19, 20, 44, 62, 73, 95, 96, 104,
108, 223, 293, 437, 494
Freud (Sigmund), 414, 424

G

Gouvernement, 45, 54, 56, 122, 124, 146, 181,
207, 241, 264, 278, 289, 357, 368, 369, 373,
374, 380, 489
Guerre, 51, 76, 166, 182, 245, 249, 318, 319, 371,
427, 428, 463, 465, 468, 470, 472, 490, 491,
493, 527, 539, 568
Guet-apens, 98, 150, 303

H

Habitus, 238, 247, 250, 256, 372, 376, 561, 565, 570, 572, 578
Helvétius (Claude-Adrien), 15, 45, 56, 64, 65, 68, 125
Hobbes (Thomas), 54, 75, 180
Homicide, 22, 26, 47, 48, 84, 95 et s., 101, 111, 126, 150, 163, 199, 203, 210, 214 et s., 223, 224, 280, 293, 302, 341, 354, 419, 426, 431, 443, 450, 453, 457, 513, 541 et s., 557 et s.
Hume (David), 57, 59, 60, 64, 185, 186
Husserl (Edmond), 13, 510

I

Idéalisme, 13, 14 et s., 59, 62 et s., 184, 193, 265, 266, 268, 313, 335, 503
Imputation, 9, 16, 20, 43, 274, 326, 422, 553
Incorrigible, 360
Intentionnalité, 278, 503, 508 et s.
Intime conviction, 46, 47, 52, 56, 73, 74, 80, 84, 85, 99, 104, 108, 111 et s., 168 et s., 177, 200, 203, 216, 218, 229, 231 et s., 246, 251, 290 et s., 312, 316, 371, 447, 452, 529, 555, 576, 603, 615
Italie, 26, 80, 119, 327, 356, 456, 478

J

Jurispohobie, 56, 73 et s., 84, 85, 104, 129, 137, 179
Justice, 23, 46, 52, 59, 67, 71, 80, 85, 87, 94, 95, 103 et s., 221, 245, 374, 376, 428, 488 et s., 568, 573 et s., 583, 588, 603

K

Kant (Emmanuel), 15 et s., 184, 268, 299, 321, 511

L

Lacan (Jacques), 519, 522, 593
Langage, 36, 40, 59, 61, 96, 110, 190, 296, 337 et s., 351, 465, 488, 494 et s., 500 et s., 512, 517 et s., 521 et s., 581 et s.
Légalisme, 45, 142 et s., 178, 479
Légalité, 3, 22, 37, 40, 46, 69, 86 et s., 90, 91, 110 et s., 121 et s., 134, 139, 140, 145, 147, 152 et s., 164, 175, 179, 198, 221, 234, 235, 259, 271, 274, 275, 297, 304, 308, 309, 312, 318, 402, 406, 429, 464, 470 et s., 481, 531 et s., 545, 556, 566, 592, 602, 609, 611 et s.
Lettres de grâce, 48, 53
Libéralisme, 46, 180, 184, 323, 325, 331, 336, 344, 379
Liberté, 11, 19, 35, 45, 48, 63, 69, 70 et s., 121, 162, 173, 181 et s., 195, 197, 206, 263, 266, 268, 278, 303, 309, 317, 321, et s., 331, 335, 339, 342, 343, 347, 351, 355, 356, 366, 391, 392, 397, 398, 404, 414, 421, 423, 432, 433, 439, 452, 465, 470 et s., 484, 490 et s., 519, 548, 553, 586, 587

Linguistique, 260, 463, 497, 499, 500 et s., 517 et s., 520, 521, 606
Locke (John), 56 et s., 60 et s., 92, 185

M

Malthus (Thomas), 187
Matérialisme, 15, 45, 46, 54, 59, 60, et s., 92, 94, 123, 126, 127, 143, 144, 158, 265, 269, 316, 401, 533, 594, 595 et s.
Mesures de sûreté, 167, 183, 200, 206, 395
Métaphysique, 13, 58, 184, 350, 418, 421, 431, 468, 470 et s., 518, 617
Meurtre, 22, 49, 84, 97 et s., 111, 150, 151, 162, 163, 203, 219, 229, 282, 292, 294, 303, 541 et s., 558, 594
Mobiles, 19, 148, 153, 166, 189, 425, 439, 456, 472, 473, 477, 481, 531, 544, 549, 557 et s., 560, 596, 614
Mœurs, 45, 52, 56, 179, 184, 247, 312, 329, 367, 376, 488
Monde sensible, 3, 9, 14, 44, 58, 60, 66, 73, 88, 113, 127, 143 et s., 266, 334, 421, 506, 527, 594
Morale, 13 et s., 26, 45, 48, 71, 72, 110, 259 et s., 277, 295, 299, 302, 322, 355, 357, 360, 368, 370, 386, 395 et s., 407, 423, 427, 431 et s., 447, 463 et s., 470 et s., 483 et s., 518, 524, 530 et s., 546, 552, 555
Motivation, 33, 57, 84, 85, 116, 172 et s., 189, 192, 218, 219, 228 et s., 332, 390, 452, 555, 571, 614

N

Narration, 561, 579, 606
Néo-classique, 402, 475, 479, 480
Neutre, 110, 142, 276, 279, 445, 565, 596 et s.
Nomophilie, 56, 73 et s., 84, 85, 92, 129, 179
Non-dit, 86, 157, 218, 230, 238, 396, 611 et s.
Notion indéterminée, 375, 616

O

Objectivation, 92, 200, 204, 206, 355, 357, 383, 530, 599, 600
Objectivisme, 14 et s., 45, 123, 126, 134, 143, 144, 158
Ordonnance, 52, 467, 489, 490, 491, 492
Ordre public, 123, 146, 329, 386, 392, 589

P

Paradis, 397
Philosophie analytique, 35, 61, 278, 466, 494 et s., 500 et s., 510 et s., 521, 527 et s., 557, 607
Philosophie continentale, 465, 466, 494 et s., 500, 507, 511
Phrénologie, 206
Physiognomonie, 183, 200, 205, 206
Politique pénale, 23, 321, 452, 467, 481, 491 et s., 611, 615
Postulat, 35, 48, 250, 276, 317, 318, 325, 333, 339, 342, 350, 362, 395, 414, 433, 467, 475, 476, 484, 494, 510, 572, 575, 581, 618

Préméditation, 9, 97, 98, 100, 111, 132, 150, 203, 215, 303, 326, 542 et s.
Psychanalyse, 44, 361, 384, 414, 424, 475, 499, 519, 522
Psychiatrie, 383, 384, 403, 404, 414 et s., 422 et s., 453, 461, 462, 475
Psychologie, 4, 20, 62, 361, 383, 384, 414 et s., 420 et s., 428, 429, 461, 475, 476, 481, 522, 603, 606

Q

Qualification, 6, 16, 99, 111, 137, 146, 150, 151, 163, 178, 215, 291, 294, 305, 316, 446, 450, 490, 558, 617
Quantum, 287

R

Réalisme, 13 et s., 36, 59, 62 et s., 193, 265, 323, 325, 332, 530, 579 et s., 606
Récidive, 183, 205, 207, 269, 289, 331, 345, 354, 360, 364 et s., 379, 409, 418
Récit, 126, 367, 421, 455, 481, 514, 515, 523, 590, 593 et s., 600 et s., 613
Religion, 3, 15, 44, 45, 48, 62, 63, 71, 92, 169, 186, 189, 249, 250, 253, 259, 260, 262, 267, 370, 397, 432, 437, 438, 562, 564, 591, 616
Responsabilité criminologique, 467, 468, 474 et s., 481
Ricardo (David), 73, 77 et s., 106, 119, 187, 188, 282

S

Sensualisme, 66
Smith (Adam), 185 et s.
Socialisme, 319, 323, 334, 336, 379
Solidarisme, 319, 323, 334, 336, 379

Spiritualisme, 45, 260, 265 et s., 276, 278, 284, 311, 335, 518, 533
Structuralisme, 35, 464, 466, 517 et s., 520 et s., 530
Subjectivisme, 17, 19, 46, 123, 126, 144, 262, 269, 401, 402, 524

T

Tentative, 1, 26, 39, 49, 59, 72, 78, 86, 88, 95, 98, 99, 100 et s., 119, 120, 126, 140, 143 et s., 153, 203, 215, 216, 239, 288, 305, 346, 350, 403, 419, 461, 484, 496, 511, 518, 532, 550, 562, 593, 600 et s.
Transdisciplinarité, 394, 463

U

Utilitarisme, 15, 45, 46, 59, 60, 64, 123 et s., 158, 200, 261, 268, 269, 310, 594

V

Vérité, 6, 14, 18, 54, 58, 67, 68, 77, 123, 150, 180, 201, 232, 236, 278, 300, 317, 333, 342, 343, 348, 363, 384, 399, 414, 424, 445, 446, 496, 500, 584, 591, 593, 600, 603, 615 et s.
Victime, 4, 10, 47, 49, 99, 108, 113, 136, 142, 223, 255, 401, 420, 440, 443, 445, 449, 450, 455, 490, 515, 524, 529, 595 et s.
Vol, 3, 26, 47, 94 et s., 102, 107, 126, 134, 135, 141, 146 et s., 150 et s., 161, 163, 199, 227 et s., 257, 282, 292, 364, 390, 487, 541, 544 et s.

W

Wittgenstein (Ludwig), 61, 337, 338, 465, 495 et s., 500, 508

Table des illustrations

Exemple de salle mélangeant artistes et périodes pour constituer une représentation thématique	2
Exemples de dossiers de procédure en mauvais état de conservation	25
Répartition totale des termes de l'intention pour l'ensemble du <i>Code pénal</i> de 1791, par Titres et Sections	80
Traduction du tableau précédent en pourcentage	81
Analyse des assassinats relevés dans les dossiers de procédure criminelle entre 1850 et 1985	100
Tableau illustrant les références à l'intention dans le <i>Code pénal</i> de 1810	149
Tableau de répartition des termes de l'intention dans le <i>Code pénal</i> de 1810	160
Nuages de mots comparatifs entre le Code de 1791 et le Code de 1810	161
Analyse lexicographique comparative entre les articles 343 et 372 du <i>Code des délits et des peines</i> de 1795, et les articles 312 et 342 du <i>Code d'instruction criminelle</i> de 1808	167
Analyse du nombre d'occurrences « motivation » dans les codes de 1795, 1804 et 1808	173
Analyse de la répartition des termes afférents à l'intention dans le <i>Code d'instruction criminelle</i> de 1808	175
Analyse des circonstances atténuantes dans les dossiers de procédure criminelle des archives départementales de Paris	210
Analyse des acquittements prononcés par les jurés sur 32 dossiers de procédure criminelle	212
Analyse du processus de déqualification des infractions sur 32 dossiers de procédure criminelle	215
L'intention et ses avatars dans le <i>Code pénal</i> de 1810	269
Illustrations de Lombroso sur l'homme criminel	344
Illustrations de Lombroso sur l'écriture ou les tatouages des criminels	345
Exemple de photographie d'une scène criminelle	405
Exemple de fiche signalétique cartonnée	406
Évaluation du nombre d'expertises psychiatriques entre 1875 et 1945	420
Répartition des expertises entre 1875 et 1945	438
Analyse du positionnement des magistrats par rapport aux expertises sur la période 1875-1945	443
Tableau des symboles du <i>Tractatus logico-philosophicus</i>	493
Nuages de mots représentant le champ lexical intentionnel mobilisé par les codes de 1810 et 1994	530
Graphique représentant la traduction en pourcentages de la présence de l'intention et mots dérivés dans les codes pénaux	531

Table des matières

Introduction générale	1
I. L'analyse générale du concept d'intention.....	7
1. Précisions sur le vocabulaire.....	7
2. Intention, imputabilité, culpabilité et responsabilité : concepts interdépendants mais différents	10
3. De la responsabilité objective vers la responsabilité subjective	12
4. La nécessité d'une étude historique et théorique sur l'intention juridique.....	20
II. La méthodologie déployée	22
1. Les limites matérielles de l'étude.....	23
2. Un choix rationalisé des perspectives retenues	34
3. Le choix pragmatique des sources exploitées	35
4. L'assise théorique et philosophique	36
III. Problématisation du sujet.....	38
Partie 1. La construction de l'intention contemporaine (fin XVIII^e siècle-1870)	43
Titre I. La timide réapparition de l'intention (fin XVIII^e siècle-1810)	47
Chapitre 1. L'intention en question : la crise matérialiste du XVIII ^e siècle	51
Section I. Des idées nouvelles pour sécuriser le droit.....	56
§ 1. La critique acide du système pénal de la fin de l'Ancien Régime.....	57
A. L'émergence lente mais continue du matérialisme utilitariste.....	60
B. La concrétisation des philosophies du réel chez les penseurs des Lumières	65
§ 2. Jurisphobie, nomophilie : entre crise et persévérance de l'intention sous la Révolution	73
A. Des conceptions vectrices d'une acception objectiviste de la loi.....	74
B. L'incursion détournée de la subjectivité dans l'appréciation projetée de la loi	78
Section II. Une législation révolutionnaire sans intention marquée	86
§ 1. Le rejet de la subjectivité décisionnelle dans la pensée révolutionnaire	87
A. La vitrine enchantée : l'affirmation de grands principes pénaux	88
B. Une législation déconnectée du passé : la matérialité des infractions ..	94
§ 2. L'acceptation de la subjectivité dans la pratique révolutionnaire	103
A. La mise en place graduée du jury criminel	104
B. La vitrine désenchantée : un cadre judiciaire largement permissif.....	109
Conclusion du chapitre.....	113

Chapitre 2. L'intention en demi-teinte dans la législation napoléonienne	115
Section I. Aux origines de la codification : un désaccord	117
§ 1. Des rédacteurs déchirés sur la conception idéologique du crime.....	117
A. La prééminence des réflexes d'Ancien Régime	118
B. La percée des idées matérialistes et utilitaristes.....	123
§ 2. Un Tribunal de cassation constant sur la question intentionnelle	127
A. Une institution en crise.....	128
B. L'intention : cheval de Troie pour une reconquête de légitimité.....	131
Section II. Le Code de 1810, amphibène contemporain	139
§ 1. Un Code legaliste.....	139
A. Le respect d'affichage des préceptes legalistes	140
B. Des infractions matérielles, rigoureusement circonscrites	146
§ 2. Un Code lacunaire ?	152
A. L'absence d'une théorie générale sur la responsabilité	153
B. Le constat d'une imprécision latente concernant l'intention.....	158
Section III. Un constat similaire dans d'autres Codes emblématiques.....	166
§ 1. Un Code d'instruction criminelle ambivalent.....	166
A. La présence surprenante de la subjectivité.....	167
B. Un Code marqué par son objectivité	173
§ 2. Un Code civil imprécis sur l'intention	178
A. L'anthroposceptisme : cadre intellectuel de conception du Code civil	178
B. Une vision kantienne surévaluée par l'historiographie contemporaine 184	
C. La cause du contrat : boîte noire intentionnelle du Code civil ?	189
Conclusion du chapitre.....	193
Titre II. L'affirmation de l'intention (1810-1870).....	195
Chapitre 3. La réhabilitation des magistrats, facteur favorable à l'intention	197
Section I. La critique constante contre les jurés.....	199
§ 1. Une législation trop rigoureuse.....	200
A. La variation d'une pénalité objective	200
B. La sévérité objective du Code de 1810.....	204
§ 2. Des jurés excessivement cléments.....	208
A. Des jurés endossant le rôle de magistrats.....	208
B. Une clémence excessive ?.....	213

Section II. L'intention laissée à la libre appréciation des magistrats	218
§ 1. Une confiance retrouvée dans la magistrature : la correctionnalisation	219
A. Une défiance face aux jurés.....	220
B. Une relecture des faits par le truchement de l'intention.....	222
§ 2. Une jurisprudence constante sur la reconnaissance de l'intention : le constat d'un échec méthodologique	226
§ 3. La motivation de l'intime conviction : histoire de l'impossible	229
A. La mise en crise du fondement même de la motivation.....	230
B. La préséance d'un arbitraire dissimulé sur l'intention.....	234
Section III. L'appréciation de l'intention confiée à un tiers de confiance : le corps homogène de la magistrature	238
§ 1. La magistrature, un corps relativement homogène	239
A. Un socle d'études homogène.....	240
B. Une base sociale homogène ?	243
§ 2. Les décisions des magistrats, fidèles reflets d'un corps socialement marqué	246
A. Les décisions d'un corps homogène : production d'une discrimination de classes ?	247
B. L'intention : champ libre pour l'expression de l' <i>habitus</i>	250
Conclusion du chapitre.....	255
Chapitre 4. L'évolution de la législation, facteur accidentel de progression de l'intention.....	257
Section I. Un glissement de sens : la relecture intentionnelle des textes.....	259
§ 1. Un contexte favorable à la relecture spiritualiste de la responsabilité .	260
A. Les changements de régime, facteurs favorables à l'intention	260
B. Les percées du spiritualisme, mise en œuvre de l'intention	265
§ 2. Des indices textuels d'une présence de l'intention.....	269
A. Le recensement d'articles ambivalents	270
B. La relecture intentionnelle d'un système marqué par l'objectivité	274
Section II. Les circonstances atténuantes, prise en compte détournée de l'intention.....	280
§ 1. L'insuffisante loi de juin 1824	281
A. Un adoucissement circonstancié de la pénalité	281
B. Un adoucissement logique mais insuffisant de la pénalité	285
§ 2. La solution proposée par la loi d'avril 1832	288
A. Un singulier partage des rôles entre juges et jurés.....	288
B. La percée indirecte de l'intention	292

Section III. La naturalisation doctrinale de l'intention	296
§ 1. Une doctrine acquise à la lecture jurisprudentielle du Code pénal.....	297
A. La présence des éléments caractéristiques de l'infraction.....	297
B. La présence formelle de précisions sur l'intention	301
§ 2. L'acceptation du système « naturel » de responsabilité subjective.....	304
A. L'absence de définition opérante de l'intention en doctrine	304
B. L'intention comme élément naturel	308
Conclusion du chapitre.....	311
Conclusion de la Partie 1.....	315
Partie 2. La confirmation de l'intention (1870-1994)	317
Titre III. La résistance de l'intention (1870-1945)	319
Chapitre 5. La mise en crise du système intentionnel.....	321
Section I. L'émergence lexicale des avatars de l'intention	323
§ 1. La contestation du volontarisme.....	324
A. Les racines internationalistes de la crise intentionnelle.....	326
B. La moralisation du contrat : lame de fond d'une crispation sur l'intention.....	331
§ 2. La construction d'un champ lexical dédié.....	336
A. Une nécessaire opération de signification	337
B. Soigner le mal par le mal	340
Section II. Les déterminismes anti-intentionnels	345
§ 1. Une lutte proactive contre le crime : les déterminismes positivistes....	346
A. <i>L'uomo delinquente</i> : point de départ d'une controverse doctrinale....	347
B. La diversification des critères objectifs de mesure de la dangerosité .	353
§ 2. Une lutte active contre le crime : la concrétisation matérielle des doctrines positivistes.....	358
A. La distinction entre les différents délinquants.....	359
B. La concrétisation dans les réformes pénales de la fin du siècle	362
Section III. Des magistrats fragilisés	368
§ 1. Les « épurations » sous la III ^e République	369
§ 2. La réflexion sur le recrutement des magistrats.....	372
Conclusion du chapitre.....	379
Chapitre 6. L'intention invariablement victorieuse.....	383
Section I. Une disciplinarisation du droit pénal propice à la responsabilité subjective	385
§ 1. La percée d'une science pénale spécifique	386
A. L'autonomisation face au droit civil.....	387
B. L'autonomisation face au droit public.....	391
§ 2. La victoire implacable du libre arbitre sur le déterminisme	394

§ 3. Un système pénal perfectionné	403
A. L'individualisation de la peine.....	404
B. La pénétration d'éléments criminologiques.....	408
Section II. Le développement inégal des savoirs relatifs à l'intention.....	414
§ 1. La percée de l'analyse psychique.....	415
A. La montée en puissance de l'analyse psychologique.....	416
B. Le développement de l'analyse psychique et psychiatrique.....	422
§ 2. Le mutisme de la doctrine juridique	429
A. L'intention naturellement présumée.....	430
B. Le refuge des juristes dans leurs habitudes	436
Section III. La croissance des expertises pour objectiver le réel	440
§ 1. Le recours croissant aux expertises.....	440
A. La volonté d'objectiver le réel.....	441
B. Un juge démis de son office ?.....	446
§ 2. L'inutile recours aux expertises.....	453
A. Des expertises avec un but étranger au droit.....	453
B. Un juge régnant sur son office	456
Conclusion du chapitre.....	461
Titre IV. La victoire de l'intention (1945-1994)	463
Chapitre 7. L'intention prise en compte dans les nouvelles critiques du système pénal.....	465
Section I. La nouvelle défense sociale.....	467
§ 1. La continuité d'une critique sur le libre arbitre	468
A. Les éléments fondateurs de la défense sociale nouvelle	468
B. Un penchant certain pour la responsabilité « criminologique »	474
§ 2. Une attaque institutionnalisée contre le système pénal.....	478
A. Des auteurs mesurés dans leurs propos	478
B. L'œuvre d'une logique transactionnelle.....	483
§ 3. La prégnance d'une pensée politique du pénal.....	487
Section II. Le renouveau porté par la philosophie analytique.....	494
§ 1. L'emprise philosophique du « linguistic turn ».....	495
A. La problématique généralisée du langage.....	495
B. L'intention objectivée par sa description analytique.....	501
§ 2. L'absence d'incidence majeure dans le droit.....	507
A. Un vocabulaire spécifique inconnu en doctrine juridique.....	508
B. Une démarche déjà prégnante en droit	512
Section III. La crise tempérée du structuralisme.....	517
§ 1. Un locuteur sans intention linguistique opérante	518
§ 2. L'absence de pénétration dans le droit	521

Conclusion du chapitre.....	527
Chapitre 8. L'intention finalement sacralisée dans le <i>Code pénal</i> de 1994	529
Section I. Une législation dans la continuité de la pratique judiciaire.....	531
§ 1. L'entrée en fanfare de l'intention dans le nouveau Code pénal.....	532
A. L'article 121-3 : porte d'entrée de l'intention	532
B. Des références nombreuses à l'intentionnalité	536
§ 2. L'absence continue d'une définition générale de l'intention.....	540
A. Un cadre sans contenu.....	541
B. Une doctrine statique	545
§ 3. Une textualisation sans révolution	550
A. La consécration des avancées jurisprudentielles et doctrinales	551
B. L'absence d'innovation en matière intentionnelle	555
Section II. La mutation ininterrompue de la magistrature.....	561
§ 1. Une nouvelle diversité dans le recrutement.....	562
A. Une magistrature féminisée.....	563
B. Une magistrature syndicalisée	566
§ 2. Une meilleure connaissance de la société contemporaine ?.....	572
A. Un corps véritablement plus diversifié ?	572
B. Des décisions plus hétérogènes ?.....	575
Section III. Le droit pénal replié sur lui-même	579
§ 1. L'imperméabilité relative face au réalisme juridique	579
A. Un mouvement américain.....	580
B. Des perspectives ignorées en droit français	585
§ 2. Le procès pénal, objet discursif ignoré.....	589
A. Un jugement de droit substitué par un jugement de faits	590
B. Le rôle du discours et de son interprétation	596
Conclusion du chapitre.....	605
Conclusion de la Partie 2.....	609
Conclusion générale	611
I. L'intention : une création paratextuelle contre vents et marées	611
II. Écrire l'histoire de l'intention : le récit de non-dits.....	613
III. Le problème de l'intention : un outil au service d'une politique pénale subjective ?.....	615
IV. L'impasse de l'intention : un système intégralement fondé sur une notion insaisissable	617
Bibliographie.....	I
Annexes	LIII
Annexe I – Mise en pratique de la recherche de l'intention.....	LV
Annexe II – La recherche du libre arbitre chez Augustin.....	LVII

Annexe III – Analyse de l’assassinat dans les dossiers de procédure criminelle (AP).....	LIX
Annexe IV – Synthèse de l’analyse des dossiers de procédure criminelle (AP)	LXI
Annexe V – La recherche de l’intention dans le <i>Code pénal</i> de 1791.....	LXIII
• Tableau 1 : Répartition totale des termes de l’intention	LXIII
• Tableau 2 : Traduction en pourcentage du premier tableau.....	LXIV
• Tableau 3 : Détail des articles et répartition des termes afférents à l’intention dans le <i>Code pénal</i> de 1791.....	LXV
Annexe VI – La recherche de l’intention dans le <i>Code des délits et des peines</i> de 1795.....	LXIX
• Tableau 1 : Répartition totale des termes de l’intention	LXIX
• Tableau 2 : Traduction en pourcentage du premier tableau.....	LXXI
• Tableau 3 : Détail des articles et répartition des termes afférents à l’intention dans le <i>Code des délits et des peines</i> de 1795.....	LXXIII
Annexe VII – La recherche de l’intention dans le <i>Code d’instruction criminelle</i> de 1808.....	LXXVII
• Tableau 1 : Répartition totale des termes de l’intention	LXXVII
• Tableau 2 : Traduction en pourcentage du premier tableau.....	LXXX
• Tableau 3 : Détail des articles et répartition des termes afférents à l’intention dans le <i>Code d’instruction criminelle</i> de 1808.....	LXXXIII
Annexe VIII – La recherche de l’intention dans le <i>Code pénal</i> de 1810.....	LXXXVII
• Tableau 1 : Répartition totale des termes de l’intention	LXXXVII
• Tableau 2 : Traduction en pourcentage du premier tableau.....	LXXXIX
• Tableau 3 : Détail des articles et répartition des termes afférents à l’intention dans le <i>Code pénal</i> de 1810.....	XC
Annexe IX – La recherche de l’intention dans le <i>Code pénal</i> de 1994	XCIV
• Tableau 1 : Répartition totale des termes de l’intention	XCIV
• Tableau 2 : Traduction en pourcentage du premier tableau.....	CII
• Tableau 3 : Détail des articles et répartition des termes afférents à l’intention dans le <i>Code pénal</i> de 1994.....	CIV
Index	CIX
Table des illustrations	CXIII
Table des matières	CXV