
Vérité judiciaire, vérité factuelle et élément moral : Perspectives d'histoire pénale contemporaine

Alexandre Frambéry-Iacobone

🔗 <https://publications-prairial.fr/cliothemis/index.php?id=178>

DOI : 10.35562/cliothemis.178

Electronic reference

Alexandre Frambéry-Iacobone, « Vérité judiciaire, vérité factuelle et élément moral : Perspectives d'histoire pénale contemporaine », *Clio@Themis* [Online], 19 | 2020, Online since 04 décembre 2020, connection on 04 avril 2021. URL : <https://publications-prairial.fr/cliothemis/index.php?id=178>

Copyright

CC BY-NC-SA

Vérité judiciaire, vérité factuelle et élément moral : Perspectives d'histoire pénale contemporaine

Alexandre Frambéry-Iacobone

OUTLINE

- I. L'élément moral : notion textuelle ou extratextuelle ?
- II. L'inopérabilité judiciaire de l'élément moral
- III. Le sacre d'une vérité judiciaire fictive et consensuelle

TEXT

À tous que pourrait enseigner le droit ? Non point que l'utile est le critère du vrai, comme le voudrait le pragmatisme naïf, mais que la quête du vrai n'a de sens que dans la mesure des besoins pratiques.

J. Carbonier, *Sociologie juridique*, PUF, « Quadrige », 1978, p. 232, tel que cité par G. Deharo, « De la certitude à la justice dans le procès : ambiguïtés et paradoxes », *Droits*, 60, 2014.

- 1 Cette phrase du Doyen Carbonnier paraît pouvoir résumer l'état du droit positif dès lors qu'est évoquée la vérité judiciaire. Le *vrai* n'est appréhendé que dans l'optique de l'accomplissement de certains besoins pratiques. Pour autant, il nous met en garde : le *vrai* reste inatteignable, et il serait naïf de réduire la *vérité* aux éléments qui s'offrent à nous sous le masque de l'utilité.
- 2 Ce faisant, il opère une distinction entre *vrai* et *quête du vrai*. Aussi limitrophes que puissent paraître ces éléments, leur finalité est radicalement opposée. La première option mène son détenteur à clamer ce que serait le *vrai* et, par-là, la *vérité*. La seconde alternative offre un positionnement bien plus en retenue, freiné par une humilité de rigueur en ce domaine : sans arriver à connaître la *vérité*, rien n'empêche d'utiliser cette finalité pour guider des recherches ou, pour ce qui nous concerne, un jugement¹.

- 3 Une première remarque s'impose toutefois à nous : prétendre rechercher une vérité nous propulse d'emblée au sein d'un système de pensée articulé autour de notre idéal de vrai. Ainsi, sans ambitionner connaître la vérité finale, les recherches comme les jugements, qui se pareraient des atours d'une quête de vérité, n'en deviendraient pas moins subjectifs que d'autres dictant plus directement leur vision du vrai. À cela peut se surajouter une seconde réflexion, suite logique de la première : toute quête de vérité suppose que cette dernière existe. Or, partir de ce constat, c'est déjà s'imposer l'existence d'une notion impossible à démontrer. Cette croyance en la vérité prescrirait un bout de notre perception du réel aux autres : la vérité est.
- 4 C'est en ayant conscience de cela qu'il nous appartient de commencer notre travail dont la posture théorique ne peut tenir qu'en acceptant ces présupposés. À l'inverse, nous pourrions soutenir une thèse toute en contradiction, et nier la possibilité de la vérité. Chemin faisant, nous proclamerions l'inutilité de sa quête et pourrions poser ici le point final de notre contribution. Par ces propos, nous entendons simplement amorcer un début de réponse à la question du chercheur face à son objet d'étude. Nous parlerons donc en estimant qu'une vérité pourrait exister, sans pour autant avoir l'intention d'en chercher le contenu ou vouloir en faire la démonstration. Précisons également que cette posture n'est qu'une réponse aux besoins pratiques de l'analyse : puisqu'il est posé comme convenu en doctrine qu'existe une *vérité judiciaire* sujette à travaux, charge à nous de nous en emparer.
- 5 Ces prolégomènes doivent nous conduire vers une nécessaire tentative d'appréhension de ce que peut recouvrir le concept de la vérité dans le droit. En lisant quelques définitions sur la vérité (judiciaire)², force est de constater que, de manière plus ou moins évidente, la subjectivité est dans tous les cas conviée à la fête. Seulement, ajouter l'humain dans l'équation de la vérité, c'est supprimer toute hypothèse d'objectivité, et ce, quelle que soit la vérité que l'on convoque³.
- 6 Conséquemment, le sens d'une vérité qui se voudrait recevable universellement en vient à pâtir immédiatement, le sol de la véridicité se déroband après que chaque élément de raccrochement eût fini d'être déconstruit.

- 7 De prime abord, il semble alors antinomique de vouloir parler de *vérité* lorsque l'on souhaite décrire une notion circonscrite dans un domaine : instinctivement, la *vérité* répond à ce qui est d'application générale. La sentence prononcée par le juge, inévitablement circonstanciée et aléatoire, ne peut entrer dans ce moule. Dès lors, une issue tiendrait en requalifiant la *vérité* d'orthopraxie et non plus d'orthodoxie, à l'image des propos liminaires de notre étude. Néanmoins, la solution serait de court terme puisque nous basculerions vers un critère de véridicité dépendant de la notion de *justice*, tout aussi délicat à définir.
- 8 Par ailleurs, nous devons introduire une autre vérité : la *vérité factuelle*. Les magistrats dans leur office manient deux éléments principaux, les faits et le droit. Alors que la vérité du droit textualisé n'a pas à être démontrée puisque les lois sont aujourd'hui le fruit d'une adoption démocratique par un parlement élu⁴, les faits, matière première du jugement, posent une série d'interrogations légitimes. Pour être constituée, la *vérité factuelle*⁵ repose notamment sur des *vérités scientifiques* et, dans une certaine mesure, sur des *vérités historiques*. Les *vérités scientifiques* prennent logiquement place du fait des expertises judiciaires ; la *vérité historique* elle, repose sur une comparaison des récits pour tâcher d'établir une *vérité factuelle*. Elle s'intègre ici, car nous relevons des similitudes dans la construction de l'Histoire d'une part, et celle de l'histoire du crime d'autre part⁶. C'est donc une notion centrale dans la recherche et l'obtention finale de la vérité judiciaire. En prenant du recul, nous constatons alors que la vérité judiciaire procède d'une vérité factuelle, qui elle-même dépend intrinsèquement d'une double vérité scientifique et historique. Cet enchevêtrement de *vérités* la rend d'autant plus vulnérable.
- 9 En nous recentrant sur la matière que nous avons choisi d'étudier plus spécifiquement, le droit pénal, apparaît un problème cristallisant les débats autour du vrai : l'élément moral. Le droit criminel, parce qu'il emporte les conséquences les plus graves pour les citoyens, a été forgé dans le respect des préceptes directeurs dégagés au XVIII^e siècle – notamment les principes de légalité et interprétation stricte des textes –, et intégrés dans notre ordre juridique pendant la Révolution française de 1789⁷. Légitimement, nous pourrions penser que les fondements et la structuration de notre droit répressif sont des éléments correctement posés ; de premières recherches nous ont

pourtant démontré l'inverse⁸. L'intention concentre l'ensemble de ces problèmes puisqu'elle souffre d'une carence de définition et, de surcroît, elle apparaît sous la plume des magistrats et non celle du législateur. De fait, en tant qu'élément incertain, la recherche de l'intention peut mettre en crise la construction de l'intime conviction du juge et l'édification d'une vérité judiciaire.

- 10 Selon nous, cette dernière sombre dans la fiction puisque ses fondements propres sont abstraits et qu'elle cherche, en outre, à recouvrir des éléments qui sont eux-mêmes nébuleux et indéfinissables. Cependant l'abstraction n'est-elle pas le propre de cet élément impalpable ? Cette caractéristique pourrait lui procurer le « statut » de *zone tampon* dans l'office du juge. Ainsi lui serait réservée à jamais une place pour que puisse s'exprimer l'intime conviction⁹.
- 11 À la manière d'un ensemble de dominos, si l'intention choit, les autres pièces qui en dépendent la suivent dans sa chute : il en va ainsi de la tentative de reconstruction d'une vérité factuelle, entraînant dans son sillage la vérité scientifique, même consolidée par les expertises dont la mobilisation fleurit depuis la fin du XIX^e siècle¹⁰. Par ailleurs, les magistrats qui mobilisent le récit des faits pour évaluer et statuer, ne pourraient produire qu'un jugement biaisé par ces approximations factuelles, donnant lieu à la constitution d'une vérité judiciaire atrophiée. *In fine*, c'est toute la conception du jugement, fondé sur un idéal de justice par le *vrai*, qui pourrait vaciller : sa construction, entremêlant toutes les notions dans des relations d'interdépendances, en fait un édifice fragile. De tout cela nous constatons un possible rapprochement de la vérité judiciaire avec certains objectifs à valeur constitutionnelle : généreux dans leur principe, délicats par leur degré d'applicabilité réduit pour ne pas dire, parfois, absent¹¹.
- 12 Ainsi, nous présenterons ces idées au sein d'une argumentation divisée en trois temps. Parce qu'il est marginal dans les textes, l'élément moral sera vraisemblablement poussé et imposé par la jurisprudence (I). Néanmoins, s'agissant d'une notion épineuse à appréhender, l'élément intellectuel deviendra difficilement opérant en justice (II). Cette difficulté nous plonge alors dans un système de vraisemblances¹² et non plus de savoirs (III), nous éloignant de *la* vérité.

I. L'élément moral : notion textuelle ou extratextuelle ?

- 13 La lecture du Code pénal actuel, entré en vigueur en 1994, affiche nettement quelles sont les composantes de l'infraction ; ce n'était pas le cas avant sa promulgation. Son article 121-3 impose effectivement la recherche classique de l'élément matériel, mais également celle d'un élément moral de manière généralisée, pour les crimes et les délits¹³. Ces notions nous semblent acquises aujourd'hui ; elles sont pourtant le fruit d'une lutte entre deux conceptions philosophiques antagonistes de la responsabilité : le subjectivisme et l'objectivisme¹⁴.
- 14 Dès lors, face aux errements judiciaires jugés bien trop arbitraires par quelques penseurs du XVIII^e siècle tels que Voltaire, Montesquieu, ou encore Beccaria, une doctrine matérialiste est répandue, repoussant les éléments transcendants, notamment ceux issus des dogmes religieux¹⁵ – sans verser pour autant dans l'irrégiosité¹⁶. Transposé en droit pénal, ce rejet implique, entre autres, l'évincement d'une responsabilité fondée sur la culpabilité enjoignant une distinction manichéenne entre bien agir et mal faire¹⁷ : la culpabilité est finalement fondue dans l'imputabilité¹⁸.
- 15 Conformément à la vision développée par Beccaria, l'intention n'est plus un élément central de l'infraction, mais une donnée purement processuelle¹⁹ : l'infraction consommée avec une intention – présumée formellement – est un crime ; le reste tombe dans le domaine du délit²⁰. Cette première donnée explique la question de l'intention posée aux jurés dès l'ouverture de l'instance²¹, puisqu'il convient à ce stade de vérifier la présomption formelle initialement posée²². Également, cela renforce l'idée selon laquelle l'intention est prise en compte devant les jurés uniquement pour balayer les actions commises avec une abolition de la volonté ou par contrainte ; en somme, les comportements qui peuvent bénéficier d'excuses ou pour lesquels les agents profiteront de l'irresponsabilité²³.
- 16 Prenant acte de cela, nous ne pouvons ignorer la survie d'un élément intentionnel dans les infractions. Cette présence est toutefois singulière à plusieurs titres. On peut ainsi relever qu'il n'existe pas d'articles préliminaires, dans le Code pénal de 1791, qui exposeraient la

manière dont on peut être tenu responsable. Les éléments constitutifs de l'infraction n'y sont pas davantage mentionnés. De plus, le principe de la légalité criminelle et celui de l'interprétation stricte des textes, nous imposent de ne pas ajouter – ou retrancher – aux textes. Or, l'élément moral semble être une construction du Tribunal de cassation. Ses hauts magistrats s'affranchiraient en effet, assez rapidement, du principe de la légalité criminelle et de l'interprétation stricte, puisqu'ils sont persuadés que l'incrimination doit revêtir une coloration morale pour être juste²⁴. Aussi l'intention, qui ne nous paraît pas clairement posée dans les textes d'incrimination, serait imposée plus tard, au stade du procès, au risque sinon d'une cassation de la décision des jurés. Nous posons donc l'hypothèse selon laquelle il s'agirait d'une notion construite en contradiction avec le principe de la légalité, et son corolaire de l'interprétation stricte des textes.

17 Par ailleurs, la Révolution française de 1789 devient le catalyseur de la mouvance matérialiste, utilitariste et légaliste. Il y a donc une tension entre ces idéologies et les créations jurisprudentielles de la haute magistrature. Du reste, ces tendances révolutionnaires expliquent pour partie l'absence d'élément moral clairement posé dans le Code pénal de 1791 : on le veut fidèle produit de la pensée dominante sur cette période charnière pour la construction de notre droit. Dans cette veine, la tentative n'est pas plus prévue – excepté de rares exceptions, nous y reviendrons ; sa conception même, certainement trop spiritualiste, ne lui permettait pas de trouver droit de cité dans ce texte²⁵. En effet, une attention toute particulière était encore portée au respect des grands principes du droit pénal nouvellement posés²⁶. La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen venait d'être adoptée avec ses articles 5, 7, et 8, qui consacrent ces éléments que l'on voulait fondateurs du nouveau système pénal. L'opposition paraît flagrante entre les prescriptions textuelles et l'impulsion donnée par la jurisprudence dans sa tentative de définition de l'infraction, posant l'élément moral comme obligatoire.

18 En guise d'illustration, nous mobiliserons l'infraction de vol du Code pénal de 1791. L'article 1^{er} dans la deuxième partie, titre II, seconde section, « Crimes et délits contre les propriétés », évoque le vol en ces termes : « Tout vol commis à force ouverte ou par violence envers les personnes, sera puni de dix années de fers »²⁷. Les articles qui suivent ne sont qu'une succession des différentes situations dans

lesquelles le vol peut être commis : de nuit, en escaladant une clôture, etc. Le simple constat de ces descriptions nous réaffirme avec puissance le caractère matérialiste du texte, puisque l'intention n'est pas incluse ici, aucun terme n'y fait référence de près ou de loin²⁸. Pareillement, la profusion de détails contenus dans les différents articles qui composent ce Code de 1791, à l'exemple des circonstances qui peuvent entourer la perpétration d'un vol, nous démontre cette volonté d'exhaustivité. En prévoyant tout, ou du moins en faisant preuve de clarté, le juge pourrait n'être effectivement que la « bouche de la loi »²⁹.

19 Seulement, les magistrats de l'Île de la Cité ne semblent pas se soumettre à ces restrictions. Sous couvert de faire progresser les nouvelles idées de la Révolution, et par là les droits des accusés, nous subsumons qu'ils s'affranchissent de l'exigence d'interprétation stricte afin de combler les vides laissés par l'œuvre législative³⁰. Très rapidement, ces juges pointent les lacunes des décrets et autres lois de la période révolutionnaire, à commencer par le Code pénal de 1791, la loi des 16-29 septembre 1791 et le décret en forme d'instruction des 29 septembre-21 octobre 1791, notamment pour ce qui concerne la définition de l'infraction et de ses éléments constitutifs³¹. Conscients de ces anomalies qui pourraient entraîner des condamnations injustes – c'est-à-dire contraires aux nouveaux principes du droit pénal –, ils entreprennent d'y remédier en apportant des précisions sur la manière de travailler des jurés dans les tribunaux criminels. Rappelons qu'à cette époque, seule la cassation était possible contre un jugement rendu par un jury, la voix du peuple ne pouvant être contredite en interjetant appel³². Ils souhaitent donc clarifier certains points de procédure, mais encore mettre en avant le concept de l'intention, rendus très tôt sensibles à son importance lorsqu'arrive l'examen de la culpabilité : crime et intention tendent à devenir, en jurisprudence, deux notions indissociables³³. Ce travail est également exercé afin d'asseoir leur autorité et confirmer la place de juridiction suprême du tout jeune Tribunal de cassation, lointain héritier du Conseil des parties³⁴.

20 Ce travail de longue haleine a débuté en censurant premièrement les questions complexes posées aux jurés, en sanctionnant les décisions des tribunaux qui ne se fondent pas sur des textes voire, en cassant des jugements qui prononcent des peines qui n'existent plus dans le

nouvel arsenal répressif³⁵. Freiné par la Convention, ce tribunal a su trouver sous les traits de l'intention un nouveau chemin pour s'immiscer dans le travail des jurés et continuer d'imposer des principes en faveur de l'accusé, brandissant comme faire-valoir des textes imprécis qu'il reprend à son avantage. Il est également conforté par des visas qui font référence aux textes constitutionnels ou déclarations de droits telles que la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789³⁶.

- 21 Néanmoins, nous assistons à un paradoxe qui pourrait passer inaperçu tant il nous semble bien intentionné. Le nœud du problème tient en ce que le Tribunal de cassation, afin de préserver la légalité et l'interprétation stricte, ainsi que les droits des accusés... ne paraît pas respecter la légalité et l'interprétation stricte. Exiger la présence de l'intention dans les questions posées aux jurés, alors que les textes d'incrimination ne le prévoient pas systématiquement, et que les articles procéduraux y voyaient simplement une occasion de pallier les condamnations abusives, car excusables, constitue une démonstration saisissante de création jurisprudentielle dans la sphère pourtant très contrôlée du droit pénal³⁷.
- 22 Il est commun de s'émouvoir d'une avancée jurisprudentielle lorsqu'elle se révèle défavorable aux justiciables, et non l'inverse. Or, les notions de faveur/défaveur, de bien ou de mal, sont subjectives et mouvantes. Les acquis d'un jour peuvent être les grandes pertes du lendemain : laisser les magistrats manœuvrer en marge des textes peut être créateur de nouveaux droits, de nouvelles libertés, comme devenir restrictif, voire liberticide. C'est justement pour lutter contre cela que le principe de la légalité et ses ramifications ont connu grand succès à la fin du XVIII^e siècle. Et c'est aussi pour cela que nous pointons ce que nous voyons comme une contradiction, mise en exergue par le Tribunal de cassation, censurant les décisions qui ne respectent pas ces principes majeurs en imposant pourtant des notions vraisemblablement extratextuelles. En l'occurrence, la question intentionnelle est dotée d'une nouvelle envergure : initialement restreinte, puis finalement élargie, les hauts magistrats l'imposent de manière générale après un temps de flottement³⁸. Ce n'est pas le travail d'un jour, mais bien une réflexion jurisprudentielle coordonnée sur la durée. À défaut d'une interprétation *secundum legem*, rendue impossible par le manque de clarté des textes, c'est une interpréta-

tion essentiellement *praeter legem* que produira ici la haute magistrature.

- 23 Pour prendre un autre exemple classique d'incrimination, nous nous intéresserons désormais au cas de l'homicide et ses infractions connexes. Ici, une forme de gradation dans l'intentionnalité commence à poindre dès 1791, dans la droite ligne de ce que prônait de manière générale Michel-Louis Lepeltier de Saint-Fargeau³⁹. Nous distinguons en effet l'homicide involontaire, volontaire, l'assassinat⁴⁰, mais encore les coups et blessures ayant entraîné la mort⁴¹. Néanmoins, loin d'offrir un lieu d'expression débridée de l'intention, nous notons que ce sont des éléments matériels qui, là encore, serviront ces nuances au stade de l'incrimination⁴², à l'instar de nos propos sur le vol.
- 24 Une réserve, en outre, tient en la censure possible du Tribunal de cassation *a posteriori*. La même mécanique de contrôle sur la question de l'intention est à l'œuvre dans le vol. Comme vu, le texte du Code pénal de 1791 ne précise pas cette obligation de recherche d'une intention mauvaise ; seuls sont visés les actes matériels qui prouveraient à rebours la volonté de soustraire frauduleusement la chose d'autrui. Or, lorsque les jurés se prononceront sur les faits, ils devront également regarder l'intention, en suivant la jurisprudence constante du Tribunal de cassation sur ce point⁴³, mobilisant encore le décret en forme d'instruction des 29 septembre-21 octobre 1791. Dans ce décret est exposée la difficulté à saisir la distinction entre le matériel et l'intentionnel dans le vol, car « la définition même du vol, telle qu'elle a été conçue par les jurisconsultes, prête à cette confusion de pensées, en ce qu'elle renferme une partie intentionnelle, et n'attache l'idée précise de vol qu'à l'intention de voler. »⁴⁴ Les hypothèses d'homicide subiront les mêmes réserves et ainsi, bien que les textes laissent planer un sentiment matérialiste, la confrontation pratique, portée par la jurisprudence des hauts magistrats, obligera les jurés à observer l'intention qui présidait au moment de l'accomplissement de l'acte.
- 25 Le matérialisme textuel semble renforcé au sortir de la Terreur, et son incidence paraît innover la composition du Code civil de 1804, notamment poussé par un certain anthroposceptisme⁴⁵. Pour le Code civil, la question de la filiation idéologique reste troublée. D'une

part, le matérialisme constitue la nouvelle matrice depuis la Révolution de 1789 ; mais d'autre part, les rédacteurs du Code s'inscrivent dans la démarche presque inverse, réconciliant le droit et les positions spiritualistes⁴⁶, laissant plus largement s'exprimer l'intention. Sûrement faut-il y déceler une première forme de transition lente du droit et des doctrines réalistes vers un idéalisme mesuré⁴⁷ qui sera celui des penseurs de l'école classique du XIX^e siècle. Le moteur premier de cette transition reste la jurisprudence stable du Tribunal de cassation, poussant l'intention lentement, mais constamment, comme un des éléments constitutifs des infractions. Cette tendance pose, à titre incident, une définition des éléments constitutifs de l'infraction même. Notons d'ailleurs que par un décret du 14 vendémiaire an III (5 octobre 1794), la Convention rejoint le Tribunal de cassation en confirmant la nécessaire question de l'intentionnalité dans l'acte criminel⁴⁸. Cette position sera reprise peu après dans le Code des délits et des peines du 25 octobre 1795⁴⁹, abrogeant le décret en forme d'instruction des 29 septembre-21 octobre 1791. À peine posé, le vernis matérialiste s'écaille.

- 26 Un nouveau hiatus se laisse surprendre puisque, comme nous l'avons vu, les textes du Code pénal sont imprécis⁵⁰ ; pour pallier ce problème d'un cadre législatif poreux, les hauts magistrats du Tribunal de cassation interviennent par touches successives et dessinent de nouveaux contours restreignant l'action des juges et jurés. La quête de l'intention n'en deviendrait plus qu'une visée protéiforme, partageant la finalité d'outil permettant ces entraves, mais également d'objectif pour qu'elle soit imposée de manière générale. Cette réminiscence des théories spiritualistes peut être expliquée par l'attachement des juristes à certaines idées de l'ancien droit, dont la responsabilité morale du délinquant. Les créations jurisprudentielles, qui n'ont pas toujours fait l'unanimité chez les détenteurs du pouvoir⁵¹, seront finalement reprises dans les textes, comme démontré par le décret du 5 octobre 1794 présenté avec le soutien de l'abbé Sieyès⁵². D'autres apports de cette jurisprudence sont acceptés de manière bien moins évidente : c'est notamment le cas concernant les questions complexes. Combattues par les hauts magistrats, ces questions continuent parfois d'être posées, tant et si bien que le Code d'instruction criminelle de 1808 réhabilitera « la question complexe en pres-

crivant de poser aux jurés la question : “L'accusé est-il coupable ?” »⁵³.

- 27 Selon notre lecture des faits et textes, la légalité et l'interprétation stricte seraient donc sacrifiées par ces créations pourtant réalisées en leur nom. Sacrifiées, car les fondements textuels sont vagues, les conclusions novatrices, et, de surcroît, elles paraissent dévoyer le sens initial donné à la recherche d'un élément intellectuel chez les jurés. Ainsi, bien que dans les textes d'incrimination l'intention soit timide, voire inexistante, au cours du procès elle devient centrale par l'action directe ou indirecte des hauts magistrats.
- 28 Finalement, il y a donc deux développements parallèles : ceux des Codes pénaux qui sont plus timorés sur l'élément moral ; ceux du Tribunal de cassation qui finissent par être performatifs, tant et si bien que la pratique et même les textes ne pourront plus en faire l'économie. La perpendiculaire brisée, au milieu de ces deux lignes directrices, prend forme sous les traits de la légalité strictement entendue.
- 29 Par la suite, cette transition insidieuse des textes contamine le Code pénal de 1810⁵⁴. Les marqueurs du matérialisme n'y seront pas tous présents, offrant selon nous une législation bien plus consensuelle, car rassemblant sous son égide matérialistes convaincus comme spiritualistes de la première heure⁵⁵. Certainement percevons-nous le reflet de la lecture renouvelée du Code civil de 1804. C'est donc un texte nuancé qui sera publié, conservant ses aspects matérialistes et utilitaristes, mais ouvrant de nouvelles portes aux thèses subjectivistes, le Tribunal de cassation ayant servi de bélier. Ce combat textuel se retrouve dans les débats préparatoires tels qu'en attestent les prises de position divergentes de Guy Jean-Baptiste Target et Louis-Joseph Faure. Le premier ne cachait pas alors ses accointances avec les théories utilitaristes, matérialistes et déterministes dont Bentham se fait le promoteur⁵⁶, sans jamais pour autant le nommer⁵⁷. Cela explique, par exemple et en partie, la réminiscence des peines afflictives dans ce Code, qualifiées d'utiles pour dissuader le criminel selon Target⁵⁸. Se trouve également justifiée une forme d'oubli volontaire de la prise en compte de l'intention dans les infractions, le libre arbitre – condition *sine qua non* – étant fortement remis en cause⁵⁹. À l'opposé, on peut notamment retrouver la pensée du rapporteur et Conseiller d'État Louis-Joseph Faure pour qui l'in-

fraction est composée, dès 1810, d'un fait et d'une intention criminelle⁶⁰, à l'image de ce qu'imposent déjà dans la pratique les hauts magistrats⁶¹. Il faut réussir à concilier ces deux visions qui continuent de s'exprimer, offrant un *corpus* ambigu dans sa portée. On ne peut donc pas trancher définitivement sur le point de savoir si le Code pénal de 1810 est matérialiste ou subjectiviste : les deux lectures demeurent possibles⁶², regroupant d'un côté les défenseurs des théories révolutionnaires, de l'autre, ceux qui sont plus perméables aux théories subjectivistes et aux avancées paratextuelles, puis textuelles, du Tribunal de cassation.

30 Cette lecture double ne relève peut-être pas du hasard. En effet, il est une hypothèse selon laquelle, face à l'impossibilité de trouver un accord unanime, le Code a été rédigé de telle sorte qu'il appartiendra aux magistrats d'apprécier, cas par cas, comme ils le font déjà, quels sont les éléments nécessaires à la sanction. Il s'agit certainement d'une nouvelle tentative pour juguler – imparfaitement – les nombreuses relaxes prononcées par les jurés⁶³, dont le rôle, tant critiqué depuis leur apparition⁶⁴, aura finalement été conservé par le Code d'instruction criminelle de 1808. Également, nous pouvons nous essayer à dire que la réminiscence de telles zones d'ombre autorise de ne pas enfermer les articles dans une rigidité théorique qui ne serait pas partagée, laissant le soin, à l'avenir, de revenir et préciser l'orientation – subjectiviste ou objectiviste – que l'on souhaite donner. Plus simplement, chacun n'a peut-être fait que défendre sa vision, accouchant finalement d'un ouvrage permettant ces deux lectures opposées, mais qui ont le mérite de satisfaire les deux camps par une opération de consensus inconscient, autour d'articles faisant la part belle aux deux idéologies.

31 Il en va par exemple ainsi du vol⁶⁵ et de l'homicide⁶⁶, pour ne prendre que ces deux infractions, dont les termes de l'incrimination semblent laisser une large place au subjectivisme, sans pour autant l'affirmer clairement, notamment parce que des penseurs matérialistes et objectivistes sont toujours présents pour imposer eux aussi leur vision⁶⁷ – et peut-être parce qu'ils savent qu'en fin de compte, le Tribunal de cassation veillera sur la question intentionnelle. Relevons encore qu'aucun article préliminaire ne traite du contenu des infractions ou de la façon exacte dont on peut être tenu responsable de nos actes – au même titre que n'est pas exprimée de théorie générale sur

l'infraction⁶⁸. Ces éléments cumulés, tout en rappelant la possible double lecture des textes, continuent de nous interroger sur le respect du principe de légalité et ses corollaires, qui semblent encore appliqués de manière incohérente.

32 Un nouveau pas spiritualiste sera franchi avec les réformes que connaîtra le Code en 1832. Les théories subjectivistes tireront un coup de semonce retentissant, dont les répercussions se font toujours ressentir aujourd'hui. En effet, sous la Monarchie de Juillet est adoptée la loi du 28 avril 1832, particulièrement démonstrative pour notre raisonnement. Par cette dernière seront étendues à toutes les infractions les circonstances atténuantes et aggravantes, renforçant subtilement la prise en compte de l'intention⁶⁹. En particulier, des précisions autour du dol éventuel seront apportées, permettant d'ajuster plus finement la manière dont on retiendra et évaluera l'intention de l'agent⁷⁰ ce qui, à titre incident, installera confortablement l'élément moral. On y repère l'influence de M. Guizot, Broglie, Cousin, et Rossi⁷¹, entre autres, qui préconisent un principe de justice morale limitée par l'utilité sociale⁷². Bien loin du matérialisme, nous retrouvons alors une nouvelle incursion de la morale dans le droit, désormais restreinte par l'utilité⁷³. Or, c'est cette même morale – religieuse – qui, rappelons-le, dictait la recherche de la culpabilité de l'auteur de l'acte afin de punir. En d'autres termes, il s'agit bien d'un retour en force dans les textes de notre élément moral.

33 En parallèle, la volonté manifestée est de permettre aux jurés eux-mêmes de découvrir ces circonstances, sans les laisser à l'appréciation des magistrats – qu'ils estiment trop rigoureux⁷⁴. Précisons que l'arrivée du jury criminel en France⁷⁵, s'inspirant du modèle anglais⁷⁶, amène avec elle l'expression de l'intime conviction⁷⁷, élément fort qui pose la pierre angulaire d'un système qui pourra alors reposer sur des notions plus souples, telle que l'intention du criminel. Ce nouvel élément de notre procédure s'inscrit en rupture avec la tradition inquisitoire⁷⁸, et apportera son lot de résistances : c'est l'exemple des magistrats qui tenteront de grignoter, part après part, les compétences initialement attribuées au jury citoyen. Ce faisant, l'intention est boutée hors du champ de leur intime conviction, contribuant malgré eux à l'autonomisation de l'élément intellectuel⁷⁹. Dès lors, la loi du 28 avril 1832 ne fait qu'avaliser ces changements en offrant à l'intention un domaine encore plus vaste – abattant au passage quelques

barrières entre magistrats professionnels et jury populaire, jusqu'à la mise en œuvre de l'échevinage au ^{xx}^e siècle⁸⁰.

- 34 Cette intention imposée de manière presque « naturelle » par la jurisprudence coordonnée des hauts magistrats, puis reprise par les textes, tend à devenir incontestable à partir de la seconde moitié du ^{xix}^e siècle. Néanmoins, l'instabilité de cette période provoque la crise des techniques et théories jusqu'alors déployées pour lutter contre le phénomène criminel. Aussi il sera nécessaire de renouveler le regard sur la manière dont on peut être tenu responsable et, incidemment, de rationaliser notre système pénal.

II. L'inopérabilité judiciaire de l'élément moral

- 35 En l'extirpant depuis quelques articles épars, en assemblant les pièces d'un « puzzle » pour emprunter les mots de Jean-Louis Halpérin⁸¹, la jurisprudence semble façonner un élément moral malformé puisque les textes n'ont pas pu le préciser. Cette carence le rend fragile parce que trop malléable, et donc vraisemblablement instable. En parallèle, force est de constater que le système répressif de cette fin de ^{xix}^e siècle n'est pas à la hauteur des défis qui lui sont posés. La récidive devient un fléau dont s'emparent les journaux pour apeurer les foules, et certains y voient même un pousse-au-crime⁸² ; il est urgent d'inverser cette tendance.
- 36 Les déterministes italiens se saisissent à bras le corps de ces difficultés et tentent d'y trouver un remède. Leur solution est radicale puisqu'elle vient balayer les constructions théoriques autour du délinquant, du crime, et plus généralement de la liberté. Clamant haut et fort que le libre arbitre n'est qu'un postulat, ils se chargent de démontrer que l'humain est un être déterminé, guidé par des pulsions qui puisent leurs sources dans les gènes mêmes des êtres vivants, ou sont renforcées voire créées par des éléments externes. Trois noms marquent les esprits : Lombroso, Ferri et Garofalo. Un groupe similaire en France ne tardera pas à leur emboîter le pas⁸³, certainement séduit par les solutions opérantes proposées afin d'endiguer la récidive, fléau de la toute jeune III^e République⁸⁴. S'inscrivant en faux par rapport aux théories subjectivistes et au système pénal qui en dérive,

le positivisme se veut pratique, rapide, et efficace pour chasser le crime qui assombrit les rues de France.

- 37 Dans une telle structure, la responsabilité devient objective et ne dépend plus d'une faute morale commise par l'auteur. Puisque la faute est objectivée, le rachat de l'âme délinquante n'est plus un but de la peine désormais dictée pour protéger la société et, à titre incident, soigner le criminel. Lombroso, Ferri, ou même Garofalo proposent des systèmes où les délinquants seraient triés selon leur degré de dangerosité : alors que les incurables doivent être supprimés de la société, les autres seront éloignés le temps que décroissent leurs attributs dangereux. Nous quittons donc les rives d'un système pensé et dirigé par le libre arbitre ; ces auteurs assument pleinement le statut de postulat de cette notion et savent s'en détacher pour contribuer autrement à la répression du phénomène criminel.
- 38 Lombroso invoque en premier⁸⁵ le criminel-né, celui dont les traits physiques, véritables stigmates, sont autant de marques évidentes d'un passage à l'acte passé ou imminent : le crime sommeille dans ses gènes, il convient alors de le supprimer avant qu'il ne puisse nuire à la société. Après un bref éclat de génie, ses auditeurs se tariront à la suite d'une série d'attaques coordonnées pour dénoncer les raccourcis excessifs, voire les erreurs, de Lombroso. Un élan de contestation est lancé dès le premier Congrès international de criminologie de Rome en 1885⁸⁶, et s'affirme à l'occasion du deuxième Congrès, à Paris, en 1889⁸⁷. Il entraînera dans son déclin d'autres auteurs comme Enrico Ferri ou Gabriel Tarde⁸⁸. Ces derniers s'émanciperont progressivement alors des préceptes ataviques qu'ils avaient pourtant intégrés dans leur propre schéma conceptuel⁸⁹, et continueront de donner vie à un déterminisme sociologique.
- 39 Nous serions cependant dans l'erreur en affirmant que les théories déterministes attendent la fin du XIX^e siècle pour éclore. Dès 1822, le Dr Gall contestait déjà le libre arbitre et cherchait des formes physiques d'explication d'actes en exposant ses thèses phrénologiques⁹⁰. Des traces en sont également visibles sous la plume de médecins des prisons en Angleterre au milieu du siècle⁹¹. Aussi, l'émergence du déterminisme paraît difficile à dater, puisqu'il s'agit d'une théorie plastique, protéiforme, recouvrant un ensemble de conceptions variées sur l'explication du passage à l'acte. À gros traits, ces conceptions se

distinguent suivant la prédominance qu'elles donnent aux causes endogènes – anthropologiques –, ou exogènes – sociologiques – dans l'explication du crime et l'analyse du criminel.

- 40 Du reste, à la suite du déclin lombrosien, Ferri offre à ses écrits une tournure plus universaliste et réaliste, affirmant que les actions humaines sont le produit d'éléments internes, mais aussi et surtout externes. Le déterminisme anthropologique s'essouffle pour laisser la voie libre aux déterminismes exogènes. Il persévère à détacher la responsabilité de la morale, pour la fonder sur des aspects sociaux ; en conséquence, on ne souhaite plus regarder les infractions, mais les délinquants, comme le médecin ne lorgne pas les maladies abstraites, sinon ses patients⁹². Par analogie, les criminels deviennent des malades⁹³, et la réponse pénale doit alors s'adapter, par l'individualisation, à leurs symptômes⁹⁴.
- 41 En toutes hypothèses, les propositions des positivistes italiens et français sont radicales et dépendent de la catégorisation du criminel : criminel-né, criminel d'habitude, criminel d'occasion, criminel par passion. Les sanctions qu'ils ne souhaitent plus dénommer « peines », sinon « mesures de sûreté », tendent toutes vers la protection de la société en premier lieu ; certaines peuvent donc être définitives si le criminel est incurable⁹⁵.
- 42 Malgré ses apports nombreux et durables⁹⁶, cette école aux tendances plurielles ne sera pas totalement victorieuse et le libre arbitre, après avoir vacillé dangereusement, remontera sur son indétrônable piédestal. Demeure cependant le mérite d'avoir su diversifier les regards sur le crime et son auteur⁹⁷, introduisant l'idée de l'individualisation des peines, de dangerosité, et ainsi, les mesures de sûreté⁹⁸. Plus encore, l'élan donné aux sciences criminelles sème quelques graines qui se développeront et donneront naissance à la myriade de sciences connexes que nous connaissons encore aujourd'hui telles que l'anthropométrie, la sociologie criminelle, la criminalistique, etc. Ces savoirs ne resteront pas cloisonnés dans les laboratoires ou autres cahiers de recherche, mais sortiront de la sphère scientifique pour entrer dans celle des justiciables et des tribunaux. Alors exceptionnelles et peu poussées, les expertises prennent de fait leur envol à la toute fin du XIX^e siècle, d'abord soumises à la demande des magistrats, puis ouvertes sur requête des parties⁹⁹.

- 43 La tendance du début du xx^e siècle serait celle d'un système renouant d'intenses liens avec les doctrines classiques versées dans le libre arbitre. Il est certain que la Première Guerre mondiale¹⁰⁰, puis la Seconde, auront un rôle dans le renouvellement de la pensée sur le crime et le criminel. Nous n'évoquerons ici rapidement que l'expansion de la psychiatrie dans l'entre-deux-guerres, profitant des vents favorables au développement de cette science dans l'objectif de traiter les syndromes post-traumatiques et, à titre accessoire, permettant d'effectuer une mise au point sur le traitement psychiatrique des délinquants.
- 44 L'Europe se réveille sonnée au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, traumatisée par l'ampleur des déportations révélant les aspects les plus sombres de l'humain. Cette onde de choc percute la pensée pénale, presque contrainte de réaliser de nouveaux ajustements dans la réponse qu'elle apporte au phénomène criminel¹⁰¹. C'est dans ce contexte qu'émerge l'École de la nouvelle défense sociale – la défense sociale ayant déjà été développée par les déterministes italiens¹⁰² –, portée en France par Marc Ancel¹⁰³, et notamment soutenue par Jean Pinatel.
- 45 La personne souffrait alors d'être sacrifiée face à l'intérêt général, mépris qui atteint son paroxysme avec la Seconde Guerre mondiale. Une fois la poussière du front retombée, un certain humanisme renaît, et le courant de la défense sociale s'en imprègne pour devenir la défense sociale nouvelle. Marc Ancel, magistrat, souhaite conserver le cadre du droit pénal tout en l'aménageant : il désire la fin des fictions juridiques pour que puissent s'épanouir des notions plus réalistes comme la prise en compte des mobiles ou le rejet de la présomption de connaissance de la loi¹⁰⁴. D'autres théories plus radicales sont développées en Italie, portées là-bas par Filippo Gramatica¹⁰⁵. Cependant, malgré d'apparentes divergences, de grandes idées directrices leur sont communes : l'objectif poursuivi de resocialisation du délinquant, un pieux respect des droits de la personne ou encore le rejet des concepts métaphysiques tels que le libre arbitre ou le blâme.
- 46 La défense sociale nouvelle consolide donc le rapprochement entre droit et criminologie¹⁰⁶, expliquant que la loi est essentielle pour offrir un cadre normatif à la responsabilité pénale, mais que les sciences criminelles sont tout aussi indispensables afin de prévenir et

condamner efficacement le crime. Finalement, aujourd'hui, nous avons une responsabilité double, utilisant apports juridiques comme criminologiques¹⁰⁷. Cependant, synthèse de ces mutations, notre responsabilité pénale est restée inscrite dans un subjectivisme non plus sans limites, certes, mais présent. Il en découle nécessairement et constamment la recherche d'un élément moral pour que l'infraction puisse être constituée, et ce, quelle que soit la période que nous regardons à partir de 1832. Le point d'orgue de cette évolution n'est autre que le Code pénal actuel, exigeant nettement cette quête de l'intention. Or, nous l'avons vu, l'élément moral s'est imposé de lui-même, sans consécration textuelle nette avant 1994¹⁰⁸, instituant la première entorse de taille à la légalité. Par ailleurs se pose un problème flagrant de définition de ce dernier. S'il est bien un caractère qui surplombe cette notion depuis son émergence, c'est l'impossibilité d'en connaître contours et contenu.

- 47 Initialement, cette absence de spécification relevait de la logique : l'élément moral n'étant pas évoqué clairement par les textes, il était donc *normal* de ne pas y consacrer de nombreux développements. Rappelons que c'est la jurisprudence du Tribunal de cassation qui est venue imposer, au fur et à mesure, l'intention pour tous les crimes. En implantant cette notion, ils ont également tenté de la définir, mais l'entreprise ne rencontra pas un franc succès. Cette carence aurait pu être effacée par les textes, mais il n'en est rien ; ce défaut de précision finit par s'installer dans le temps, et il paraîtrait bien que nous n'en soyons jamais sortis.
- 48 *Quid* de l'intelligibilité des textes ? *Quid* de l'interprétation stricte quand les notions à prendre en compte et interpréter ne sont pas posées correctement ? Ces éléments semblent avoir cédé face aux exigences pratiques d'une responsabilité se voulant bâtie sur des principes spiritualistes¹⁰⁹. Sans discuter le bien-fondé d'une telle démarche, retenons que la responsabilité sous cette forme peine à être définie. Certains s'avouent franchement vaincus¹¹⁰, tandis que d'autres mobilisent des définitions de surface qui ne tiennent pas longtemps face à un examen plus approfondi¹¹¹.
- 49 Ce constat d'une absence de définition opérante de l'élément moral, qui permettrait une application certaine du droit, dans le respect des fondements de la matière criminelle, pousse alors les praticiens du

droit à se réfugier dans un domaine qu'ils se sont approprié, car faisant partie du procès : le récit des faits. Leur but sera d'objectiver l'appréhension de l'élément moral en explorant des éléments concrets pour le matérialiser, le juger, et statuer sur le degré de responsabilité de l'auteur délinquantiel. Ce passage à l'analyse du fait, déjà prégnante en droit, a été renforcé par le malaise des sciences annexes au juridique à définir clairement ce qu'était ou pouvait être l'intention, et plus précisément l'élément moral¹¹².

50 Seulement, l'analyse des faits nous semble percutée de plein fouet par deux difficultés majeures, mises en exergue lorsque cette dernière cherche à reconstituer l'intention chez l'accusé. Une première limite tient au fait que tout récit passe par une transmission entre émetteur et récepteur ce qui, linguistiquement, sème de premières embûches sur lesquelles nous reviendrons, puisque les actes de langages ne sont pas neutres. Également, le récit relatant des éléments déjà échus connaît les mêmes remarques et limites que les propos historiques : nous nous interrogeons alors sur la fiabilité que l'on peut accorder à l'Histoire reposant sur des histoires. Car les histoires sont le reflet de sources éparées, impossibles à coller et compiler de manière fidèle¹¹³. Des choix conscients ou inconscients sont faits dans la sélection des éléments pertinents. À l'image d'une période historique qui ne saurait être complète et ainsi ne pourrait être traitée que partiellement *a posteriori*, l'histoire du crime commis repose également sur d'inévitables zones d'ombre qui pourtant demeureraient potentiellement éclairantes¹¹⁴. C'est de la sorte, qu'à notre sens, les questionnements méthodologiques de l'historien du droit trouvent ici illustration dans l'office du juge qui, à une échelle moindre, doit lui aussi recoller les pièces d'un puzzle que l'on sait forcément incomplet par avance.

51 Cette carence, déjà marquante en nous arrêtant sur les aspects matériels de l'acte, devient plus flagrante quand vient le moment de l'étude de l'intention de l'agent, et ainsi de la recherche de l'élément moral. Si les techniques modernes de police scientifique, ou plus simplement la technologie permettent une reconstitution toujours plus fidèle des faits, il n'en allait pas de même en remontant légèrement l'échelle du temps¹¹⁵. En imaginant une scène de crime entièrement filmée par caméras, ce qui n'est pas la majorité des cas, mais représente l'option actuelle la plus favorable à la reconstitution matérielle de tous les faits, il reste que ces caméras ne peuvent sonder les pensées des pro-

tagonistes. Les psychiatres, psychologues et autres experts appelés en renfort par la justice avouent bien eux-mêmes les limites inhérentes à leur *art*¹¹⁶ ! L'élément moral subsistera donc inconnu dans sa perception et sa restitution. S'il est acceptable de dire que des bribes peuvent émaner de certains actes, il nous semble pour autant que vouloir totalement tirer l'intention de tels éléments contribue en une dénaturation de l'essence même de cette notion, impalpable par *nature*, dans la mesure où il s'agit là d'un précepte philosophique que de croire en la constitution d'une pensée créatrice de l'acte. Or, il relève de l'*évidence* que la pensée n'est pas visible, et n'est pas toujours perçue par l'auteur lui-même¹¹⁷.

- 52 Finalement, la réinjection¹¹⁸ dans notre droit pénal de cet élément moral, sans fondement scientifique, ne reposant que sur une posture idéologique nécessitant la reconnaissance et la recherche d'une intention délictuelle, nous mène à l'impossible prise en compte de l'infraction dans son ensemble. Elle se retrouve amputée d'une part de connaissable, reposant sur l'absence de restitution fidèle des pensées des protagonistes en place au moment de l'accomplissement de l'acte. Loin d'être un élément mineur, rappelons que l'élément moral compte pour 50 % de l'incrimination totale (à considérer, de manière schématique, que l'élément moral et l'élément matériel comptent chacun pour 50 % des éléments constituant l'infraction). Il appert de cela qu'en toute logique, la moitié d'une condamnation repose sur des éléments qui relèvent plus de la spéculation que de la *vérité*. L'élément moral, par sa naissance et son épanouissement dans notre droit, ne permettrait pas aux sciences juridiques et parajuridiques d'y accoler une définition satisfaisante. Or, en nous appuyant sur les grands concepts qui nourrissent le droit répressif, nous en déduisons que cet élément n'est donc clairement pas opérationnel judiciairement, en ce sens qu'il ne permet pas de connaître vraiment quels sont les éléments constitutifs de l'infraction présents ou non chez l'agent suspecté du méfait. Son impossible définition n'a d'écho que son improbable reprise et appréhension par le juge. Dès lors, le magistrat confronté à la recherche devenue obligatoire de cette notion dans l'acte, ne produirait qu'une *vérité judiciaire fictive*, mais *consensuelle*.

III. Le sacre d'une vérité judiciaire fictive et consensuelle

- 53 Généralement, nous convenons que la mission du juge est d'essayer de reconstituer les faits le plus fidèlement possible afin de pouvoir trancher dans les meilleures conditions¹¹⁹, en composant des certitudes sur le cas qui lui est présenté¹²⁰. Bien établie au début de la période de notre étude, cette recherche a été renforcée grâce aux avancées scientifiques¹²¹. Ce ne serait donc pas l'objectif qui changerait, mais bien les moyens qui diffèreraient suivant le moment envisagé au cours des XIX^e et XX^e siècles, voire au XXI^e siècle.
- 54 Avant de continuer, arrêtons-nous sur une formule mathématique : $2 + 2 = 5$. Les mathématiques, réputées science exacte capable de clamer une *vérité scientifique*, viendraient nous corriger : $2 + 2 = 4$. Seulement, dire *cinq* en montrant « quatre » doigts n'est pas une erreur en soi, sauf à accepter que la synthèse d'un nombre donné d'éléments, en l'occurrence, « deux » plus « deux » autres, veuille toujours dire « quatre ». Ainsi, nous croyons percevoir l'établissement d'un dogme, d'une *vérité* que l'on voudrait universelle, mais uniquement par consensus. Affirmer que *quatre* représente un élément, plus un élément, plus un élément, plus un autre élément pourrait avoir autant de valeur que de déclarer qu'il y en a *cinq*. Cet acte de langage repose donc sur une *vérité de consensus* comme nous la nommons, impliquant une relation acceptée entre signifiant et signifié. C'est par un consensus qui traverse les âges qu'il aurait été décidé de dire *quatre*¹²² et non pas *zéro* ou *ornithorynque*. Il en irait de même pour tous les éléments signifiés : loin d'avoir une appellation *véritable*, *véridique*, ou plus simplement, une appellation *vraie*, il s'agirait sobrement d'éléments consensuels de langage permettant à la communauté de se comprendre. Le comportement humain s'inscrirait par la suite dans cette même logique et viendrait corriger celui ou celle qui serait dans l'*erreur* : « non, $2 + 2$ font quatre et pas cinq ». Or, parler d'*erreur* signifie avoir la prétention du vrai¹²³, ce même vrai qui aurait été accepté... par consensus.
- 55 La *vérité judiciaire*, pour nous, suit la même logique. Loin d'être la preuve d'une transcendance quelconque ayant révélé une vérité illusoire, il s'agirait bien plus d'une *vérité judiciaire consensuelle* en ce

sens qu'elle arriverait pour pacifier les relations dans la société¹²⁴. Si l'on fait appel au juge, c'est souvent parce qu'existe un conflit que l'on ne peut résoudre par soi-même. Écoutant les prétentions des parties, au besoin, les rapports d'expertises, le juge produit ensuite un discours exposant une *vérité de synthèse*, car reprenant les éléments des parties en présence, afin d'exposer une *vérité judiciaire consensuelle*, mais qui n'en resterait pas moins, pour autant, *fictive*.

56 Le caractère fictif nous semble procéder des éléments posés précédemment. Ne serait-ce que par l'impossibilité de comprendre et appréhender correctement l'élément moral des infractions, la parole du juge se trouverait amputée de la complétude pourtant nécessaire à un exposé se voulant reflet d'une vérité, même qualifiée de *judiciaire*. Se surajoutent d'autres critiques qui tiennent à la manière dont sont saisis les faits, nous soumettant alors un double problème. Le premier tient en l'établissement de l'intention. Comme nous l'avons présenté, le refuge classique du juriste serait de tirer l'intention des faits¹²⁵. Le second repose dans la description et l'appréhension de la matérialité des faits. Aux fondements de ces deux actes créateurs de l'infraction telle que prise en compte par la justice, surgit la question du récit. Parce qu'il n'est jamais objectif, parce qu'il ne peut pas être objectif, le récit poserait encore une difficulté à l'établissement des faits et de l'élément moral. Chacun voit en effet ce qu'il pense correspondre à la réalité qui se matérialise devant lui. Combien de fois avons-nous été confrontés à des *quiproquos* parce que nous n'avions pas compris, ou analysé, la situation suivant le même point de vue que notre interlocuteur ? Ce constat, à notre sens, vaut également dans la réalisation du crime et de sa perception.

57 Prenons un exemple simple qui trouve application quelle que soit l'époque envisagée dans notre étude. Les secours sont appelés à l'aide parce que des cris ont été entendus dans l'appartement voisin. À leur arrivée sur place, ils découvrent une personne au sol, un couteau dans le ventre, et une seconde à genoux près de la première, tenant le couteau dans ses mains. L'un pourra décrire la situation en disant que la victime semblait montrer du regard l'autre d'un air terrifié, le désignant comme coupable du crime. Il y ajoutera qu'il a vu la « rage » dans le regard de cet autre individu. Le second agent, pour sa part, pourra y voir un acte d'aide : arrivée sur les lieux, cette seconde personne se serait précipitée pour aider la victime de l'agression, s'em-

pressant d'essayer de retirer la lame. Décédant avant de pouvoir parler, la victime ne donnera pas le fin mot de l'histoire¹²⁶. Homicide ? Assistance à personne en danger immédiat de mort ? Tout repose sur l'intention et les actes commis en présence. La police scientifique ne pourra qu'essayer de reconstituer l'histoire avec des moyens différents selon les époques, entraînant certainement des résultats eux aussi variables suivant le développement des techniques¹²⁷. Allons plus loin dans cette illustration. Par l'analyse de la plaie, l'angle d'attaque poursuivi par la lame, etc. il sera établi que la seconde personne est celle l'ayant plantée. Par accident ? Volontairement ? Avec préméditation ? Il se révèle bien épineux de départager l'homicide involontaire¹²⁸, volontaire¹²⁹ et l'assassinat¹³⁰, qui n'offrent pas le même panel de peines possibles, ni la même stigmatisation sociale à l'encontre de l'auteur¹³¹.

- 58 Cet exemple caricatural a pour simple objectif d'attirer l'attention du lecteur sur les difficultés qui, selon nous, jonchent le travail de reconstruction du juge. Les récits des deux agents sur place diffèrent, leur appréciation étant singulière du fait de leurs histoires propres, de leur construction en tant que personne¹³², de leurs troubles physiques potentiels (l'un pourrait être daltonien par exemple, l'empêchant de saisir dans sa globalité la scène s'étendant à ses pieds).
- 59 Outre ce problème de perception, émerge celui de la traduction du ressenti visible en mots. Il semble que le langage soit un acte plus limité que la pensée¹³³. Des disparités existeraient entre ce que l'on imagine et ce que l'on exprime, du fait de cette limite imposée par les mots eux-mêmes, parfois trop polysémiques, d'autres fois incomplets pour retranscrire la palette d'émotions que l'on souhaite faire valoir¹³⁴. La scène serait donc une première fois altérée par les visions divergentes qu'il faut accorder. Une deuxième distorsion poindrait lorsque ces perceptions passent dans l'écrit du rapport des agents. Une troisième déformation se produirait à la lecture du procès-verbal par le juge qui le retranscrirait inconsciemment en ses propres termes, pour finalement constituer son propre avis et son ressenti sur les faits¹³⁵. Il s'agit là de différences minimales, qui peuvent être augmentées chaque fois qu'un nouveau protagoniste apporte sa vision, son expertise, son récit¹³⁶, accentuant toujours plus cet enchevêtrement d'imbroglios et distorsions.

- 60 Aussi, pour construire les faits et l'intention – qui passe souvent par l'appréhension des faits – la fiction serait toujours présente, car la synthèse finale repose sur tous ces creux délicats à surmonter. Le tracé à examiner, loin d'être linéaire, ressemblerait plutôt à une succession de points, voire de tirets, mais ne pourrait être exactement droit et complet. Pourtant, par le jeu de la fiction, la décision du juge devra tracer la ligne qu'il aura été résolu de faire prévaloir sur le reste, accentuant peut-être à tort certains points, ou en laissant d'autres sur le côté. C'est donc à une *reconstruction* des faits et de l'intention que nous assistons. En outre, nous postulons que la réédification ne pourrait être absolument *vraie* car, comme toute œuvre de reproduction, elle serait imparfaite et ne saurait être strictement identique. C'est en cela que nous parlons de *vérité fictive*.
- 61 Pour autant, même fictive, cette vérité n'en demeure pas moins nécessaire. En tant qu'arbitre, le magistrat intervient pour pacifier les rapports et donner une solution au litige présenté devant lui. On peut ne pas être en accord avec la décision prononcée, d'où la possibilité d'interjeter appel, voire, de se pourvoir en cassation¹³⁷. Il reste qu'en toute fin, nous devons nous plier à cette production de vérité qui fera autorité¹³⁸. Le déroulé du procès lui-même met en exergue cette opposition de points de vue. Pour avoir un conflit, il est bien nécessaire que deux visions divergentes, sur de mêmes faits, se confrontent et ne puissent trouver de point de rencontre. C'est ce qui incite les personnes à se présenter dans l'enceinte de la justice, et qui les poussera à contester la décision qui ne leur sera pas favorable¹³⁹.
- 62 Nous nous interrogeons alors sur le *pourquoi* et le *comment* de cette fiction, et il nous semble que c'est par un jeu de valeurs partagées que pourra s'établir la *vérité judiciaire* devenant alors une *vérité fictive consensuelle*. De ce *consensus* initial découlerait sa force, sa vitalité, et permettrait de répondre au *pourquoi* de son existence. Par hypothèse, il ne sera trop rare que les parties s'entendent sur l'issue à donner au litige qui les oppose. Des freins sont donc posés pour éviter un éternel recommencement ayant pour moteur l'insatisfaction de la partie déboutée dans ses demandes. Néanmoins, pour tenter d'établir un jugement stable et pérenne, il est récurrent que le magistrat se fonde sur des éléments partagés, sinon par les protagonistes, par la société dans laquelle s'inscrit le jugement. Ainsi « l'impression que la justice a été rendue », à laquelle nous faisons référence

en introduction, sera pleinement satisfaite. Ce sentiment de justice pourra reposer sur les éléments de *consensus* qui proviennent de la nature des faits, des généralités communément admises, avec un soupçon de reproduction sociale et *d'a priori* sociologiquement marqués¹⁴⁰. Sous couvert du rejet d'un déterminisme certain, préférant laisser cours à la recherche de la volonté consciente, c'est finalement ce même déterminisme inconscient qui paraît guider la main du juge, accompagnant la solution prononcée.

63 Loin d'offrir le règne du *justement vrai*, c'est bien celui du *consensuellement vrai* parce que *vraisemblablement vrai* qui l'emporte ici¹⁴¹. Par ces mécanismes, nous quittons le monde du véridique pour pénétrer dans le crédible, ne nous fondant plus sur le savoir, mais sur les croyances les plus étayées, les plus vraisemblables, donc les plus consensuelles. Sans vouloir nous prononcer sur le parti pris par les réalisatrices du reportage, nous utiliserons comme illustration parlante – au sens propre comme figuré – la série *Making a Murderer*¹⁴². En regardant les revirements dont font preuve les juges et jurés, en observant la procédure dans cette affaire fortement médiatique et médiatisée, il nous est donné à voir comment les décisionnaires plongent dans la vraisemblance pour forger leur verdict. Loin d'être le fidèle reflet de ce qui s'est potentiellement passé, ils emploient les témoignages, rapports et expertises, afin de créer la réalité la plus plausible et croyable, mais pas nécessairement la *vérité vraie* ou authentique¹⁴³.

64 Cette dimension du crédible développe un champ de valeurs qui lui sont propres, et qui dépendent des besoins dans lesquels elle s'inscrit. En guise d'illustration, reprenons notre problème initial, $2 + 2 = 5$, et appliquons-le à un domaine autre que les mathématiques : elle peut alors devenir *vraie*. Pour cela, il nous faut quitter un moment la matrice mathématicienne pour entrer dans celle de la mécanique et de l'administration. 1961 voit l'arrivée de la 2 CV *Sahara*, avec pour particularité le fait de disposer de deux moteurs de 2 chevaux fiscaux chacun. Seulement le monde de la mécanique sera plus précis que celui de l'administration fiscale. Aussi, si les 2 chevaux fiscaux correspondent à une cylindrée de 425 cm³, deux fois 425 nous donne 850 cm³. La logique élémentaire voudrait qu'un véhicule équipé de deux moteurs de deux chevaux fiscaux entre dans la catégorie d'une voiture de 4 chevaux fiscaux. Or, 850 cm³ correspond dans le monde

administratif à 5 chevaux fiscaux, tant et si bien qu'en l'espèce, 2 chevaux fiscaux + 2 chevaux fiscaux = 5 chevaux fiscaux¹⁴⁴ !

- 65 Dans notre hypothèse, le monde du croyable judiciaire n'est pas loin de tels développements. Les nécessités du cas, sa présentation formelle devant le magistrat, le respect des règles procédurales, sont tout autant d'éléments qui pourraient faire dissembler la *vérité* des parties de celle qui sera finalement prononcée. Faut-il y déceler une application de l'adage anglais, *Justice before truth*¹⁴⁵ ? C'est là toute la relativité de la *vérité* qui sera transformée par les besoins de la production d'un discours cohérent dans la sphère qui requiert son activité¹⁴⁶.
- 66 En conclusion, que retenir ? Peut-être, de manière centrale, que l'élément moral, par sa physionomie, semble démontrer le hiatus à vouloir parler de principe de légalité ou d'interprétation stricte en droit. De surcroît, il prêterait également le flanc à la critique dès lors que surviendrait la notion de *vérité judiciaire*. Si cette dernière n'est peut-être pas la seule à nourrir un questionnement épistémologique et sémantique, gageons qu'elle est l'une des plus puissantes dans la mesure où elle touche toutes les infractions ou presque.
- 67 En effet, la vérité factuelle, en étant difficile à trouver et retracer, entraînerait dans son sillage une retranscription infidèle de l'élément moral : de la vérité factuelle dépend l'élément intellectuel déjà difficile à appréhender en tant que notion autonome dans le droit. En découle l'impossibilité pour le juge de prononcer une sentence fidèle aux faits tels qu'ils se sont déroulés, ou à l'intention des protagonistes. Parler de *vérité*, dans de telles conditions d'établissement, semble donc abusif ; parler de *vérité judiciaire*, partiellement incorrect. Il ressort de nos développements que la vérité produite est le fruit d'une synthèse d'éléments entravant l'enfantement d'une *vérité* – qu'elle soit absolue ou relative – pour le cas considéré. Cette dernière serait alors *fictive* et *consensuelle*, trouvant son utilité dans l'apaisement en justice d'un conflit humain, décision ancrée dans une société, à un moment déterminé.
- 68 Si au tournant du xx^e siècle les juristes ont massivement affirmé que l'élément moral était retenu pour de purs besoins pratiques¹⁴⁷, force est de constater que l'on a oublié de rappeler ce postulat de départ, poussant nombre de praticiens et chercheurs actuels à partir en

quête des fondements biscornus de la raison d'être de cette notion. On note bien alors dans quelle mesure des choix arbitraires, expliqués maladroitement, peuvent créer des difficultés au sein même de l'étude d'un domaine circonscrit. Ces résultats nous apparaissent plus évidents encore lorsque les conséquences sont à rechercher chez des personnes indirectement concernées par ces questionnements, comme les justiciables.

- 69 En définitive, c'est donc pour plus de clarté, menant à plus d'honnêteté, que nous plaidons. Si les fictions juridiques sont d'un grand service sur le plan théorique et pratique¹⁴⁸, nul ne peut ignorer leur retentissement désastreux dans le *vrai* monde¹⁴⁹, c'est-à-dire celui entourant et censé encadrer nos recherches¹⁵⁰. Or, élément moral et vérité judiciaire, loin de pouvoir être ressentis, vécus ou matérialisés nettement, sont des fictions juridiques, difficiles d'appréhension en dehors des sphères scientifiques et judiciaires. Dès lors, dans une période de floraison des *fake news*, peut-être nous faudrait-il rester prudents dans l'usage des fictions et de la *vérité*, y compris – et surtout ? – lorsqu'elles relèvent de la justice.

NOTES

1 Au même titre qu'est utilisé l'objectif de la *justice* pour perfectionner l'acte du jugement. Sur ce point, voir notamment la mise en avant de la *Théorie de l'apparence* par la Cour européenne des droits humains dans deux arrêts significatifs : *Delcourt c. Belgique* (requête n° 2689/65, CEDH 1970-1, 17 janvier 1970) et *Borgers c. Belgique* (requête n° 12005/86, CEDH 1991-I, 30 octobre 1991). Cette théorie suppose que le travail du juge soit réalisé de manière quasi pédagogique, afin que les justiciables ne se sentent pas lésés par la justice. Également il en ressort que la notion de *vérité judiciaire* est doctrinale, sans consécration textuelle formelle, même si certains indices semblent gager de sa présence. Il convient notamment de voir l'art. 10 du *Code civil* qui, après 1972, fait apparaître clairement la nécessité de la manifestation de la vérité. Seulement, la vérité désignée semble nettement être la *vérité factuelle* puisqu'il est demandé aux parties de tout mettre en œuvre pour qu'elle puisse émerger. Ce ne sera que par l'action du juge que cette dernière deviendra *judiciaire*.

2 Une première dans le « Littré » : V^o Vérité, dir. É. Littré, *Dictionnaire de la langue française* [en ligne (<https://www.littre.org/definition/v%C3%A9rit%C3%A9>)], [consulté le 13 septembre 2019] ; une seconde dans le « Cornu » : V^o Vérité, dir. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Paris, PUF, 2011.

3 La vérité judiciaire ou par exemple la vérité scientifique dont dépend pour grande partie la première forme de vérité citée, nous y reviendrons. Gardons néanmoins à l'esprit que, toutes deux subjectives, ces vérités n'ont pas le même poids. Alors que la vérité scientifique peut être revue par son auteur ou ses contradicteurs (c'est d'ailleurs ce qui fonde l'un des critères de la scientificité d'après K. Popper, *Conjectures et réfutations. La croissance du savoir scientifique*, Paris, Payot, 1953, p. 326), la vérité judiciaire, une fois mise hors d'atteinte à l'échéance des délais de recours et bénéficiant de l'autorité de la chose jugée, n'est plus modifiable dans le cadre pour lequel elle a été posée. Sur ce dernier point voir M. Van de Kerchove, « Vérité judiciaire et parajudiciaire en matière pénale : quelle vérité ? », *Droit et société*, 83, 2013, p. 422.

4 Voir notamment G. Deharo, *op. cit.*, p. 222 : le législateur énonce des vérités dogmatiques qui mettent fin aux discussions en imposant des certitudes juridiques, sans avoir de caractère absolu. Pour autant, nous considérons que, posant des certitudes plus inflexibles, il est délicat (et hors propos) de contester frontalement cela.

Il reste entendu que le droit demeure l'outil principal des magistrats, ne serait-ce qu'en rappelant le principe suivant lequel les faits n'ont d'existence juridique qu'après qualification.

5 P. Hugonet, *La vérité judiciaire*, Paris, Litec, 1986, p. 24 : de la vérité des faits dépend la vérité judiciaire ; aussi, le juge doit d'abord vérifier concrètement la matérialité des faits et essayer d'en déduire leur exactitude. Or, pour constater cette vérité factuelle, il apparaît que la *vérité scientifique* intervient en premier, certainement du fait de son autorité particulière en termes de certitude. Sur ce point voir notamment M. Van de Kerchove, *op. cit.*, p. 415, citant E. Morin, « Épistémologie de la complexité », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, Paris, 1984, p. 51 : la vérité scientifique paraît contenir un champ posant des règles définitives et immuables, on lui confère alors une certaine force. Il nous semble que de cette autorité provient sa primauté dans la recherche des faits et de l'intention. Sur ce dernier point voir notamment J.-P. le Crom et J.-C. Martin, « Vérité historique, vérité judiciaire », *Vingtième siècle*, 47, 1995, p. 229-230.

6 Nous entendons donc une vérité historique tronquée puisqu'elle n'a pas pour finalité la recherche et l'établissement de l'Histoire, mais simplement d'une histoire. C'est alors une vision à plus court terme qui nous intéresse. Il en va ainsi de la problématique de reconstruction des faits et du phénomène de *réroddiction* notamment soulevés par P. Veyne (*Comment on écrit l'histoire*, Paris, Seuil, 1978, p. 194), dont des ramifications sont à trouver dans la reconstruction du crime.

7 Notions d'apparition plus ancienne, notamment sous la plume de Cesare Beccaria (*Dei delitti e delle pene*, Milano, Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, 2001 [réed. 1774], notamment p. 8-15), mais effectives devant les juridictions à partir de la refonte de notre organisation répressive, notamment par l'art. 8 de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789.

8 A. Frambéry-Iacobone, *L'élément moral en droit pénal contemporain : construction, évolutions, appréhension*, dir. N. Hakim, Mémoire droit, Bordeaux, 2017.

9 D'autant plus que les juges semblent utiliser les marges qui leur sont laissées pour exprimer leurs préférences idéologiques. Sur ce point, voir J. A. Segal et H. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, New York, Cambridge University Press, 1993, tels que cités dans T. Delpeuch, L. Dumoulin et C. de Galembert, *Sociologie du droit et de la justice*, Paris, Armand Colin, 2014, p. 98.

10 Voir notamment Y. Arnoux, *op. cit.*, p. 21 et s. ; ou encore F. Chauvaud, « Le sacre de la preuve indicielle, de la preuve orale à la preuve scientifique (xix^e-milieu du xx^e siècle) », dir. B. Lemesle, *La preuve en justice de l'Antiquité à nos jours*, Rennes, 2003, p. 223.

11 Il en va ainsi notamment pour le droit au logement décent, principe découlant du *Préambule de la Constitution française* du 27 octobre 1946, articles 10 et 11 pris ensemble. Si depuis sa décision du 16 juillet 1971 (Conseil constitutionnel, *décision n° 71-44 DC, dite Liberté d'association*), le Conseil constitutionnel a conféré valeur constitutionnelle au « Préambule » de la Constitution française du 4 octobre 1958 et aux textes auxquels il renvoie, et que dans une autre décision du 19 janvier 1995 (Conseil constitutionnel, *décision n° 94-359 DC*), il érige le droit au logement au rang d'objectif à valeur constitutionnelle de manière directe, il reste que les limites tiennent dans le sens même des mots. En tant qu'objectif à atteindre, il n'y a pas de valeur contraignante positive, on ne peut donc s'en prévaloir de manière directe (sauf exception). Tout au plus, le législateur ne devra pas les ignorer et aller

contre quand il entendra adopter des dispositions en ce domaine. Pour plus de précisions sur ce point, voir notamment P. de Montalivet, *Les cahiers du Conseil constitutionnel* [en ligne (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/les-objectifs-de-valeur-constitutionnelle>)], 20, 2006, [consulté le 18 septembre 2019].

12 Sur la thématique de la vraisemblance voir, entre autres, D. Deroussin, *Le juste sujet de croire dans l'ancien droit français*, Paris, De Boccard, 2001, p. 5 et s. notamment, et Y. Thomas, *Les opérations du droit*, Paris, Gallimard/Seuil, 2001, p. 131 et s. ou encore p. 255 et s.

13 Article 121-3 al. 1^{er} du Code pénal de 2019 : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. »

14 Pour des précisions, voir J.-M. Trigeaud, « Responsabilité », dir. S. Aurox, *Les notions philosophiques*, t. II, Paris, 1990.

15 Pour avoir une vision globale sur le matérialisme de cette période, quels que soient les domaines étudiés, voir O. Bloch et C. Porset, « Le matérialisme au siècle des Lumières », *Dix-Huitième siècle*, 24, 1992, ou encore R. Mousnier et E. Labrousse, *Le XVIII^e siècle, l'époque des « Lumières » (1715-1815)*, 6^e éd., Paris, PUF, 1986, p. 52 et s.

16 Beccaria évoque la religion dans son ouvrage *Dei delitti e delle pene*, Milano, Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, 2001 (réed. 1774), p. 5 : « Dunque l'idea delle virtù politica può senza taccia chiamarsi variabile ; quelle della virtù naturale sarebbe sempre limpida e manifesta, si l'imbecillità o le passioni degli uomini non la oscurassero ; quella della 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 la medesima. » Ainsi il convoque, dès l'introduction de son traité, Dieu et la Justice divine. Il les pose comme des éléments constants qui ne sont donc pas niés ; seulement, ces notions ne doivent pas concerner la construction du système pénal.

17 B. Pereira, « Responsabilité pénale », *Répertoire de droit pénal et de procédure criminelle* [en ligne (https://www.dalloz.fr/documentation/Ga/IdentificationRequiere?fromhulk=https:%2F%2Fwww.dalloz.fr%2Fdocumentation%2FDocument%3Fid%3DPEN&protectedresourceurlreferrer=https:%2F%2Fwww.dalloz.fr%2Fdocumentation%2FListe%3Fctx%3D0_YSR0MD1yw6lwZXJ0b2lyZSBkcm9pdCBww6luYWZCp3gkc2Y9c2ltcGxILXNIYXJaA%253D%253D&ProtectedResource=ENCYCLOPEDIAS,%20PEN,%20PEN,%201&editorialContentTypes=dalloz-broches,dalloz-broches&targetFDocs=DZ%2FENCYCLOPEDIAS%2FPEN)].

], *Bibliothèque Dalloz en ligne*, s. d. [consulté le 17 septembre 2019].

18 J. 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.

19 En effet, à divers endroits de son ouvrage il développe la thématique de l'humain emporté par ses passions, forme de déterminisme niant le libre arbitre, prérequis pour l'élément moral. Voir C. Beccaria, *op. cit.*

20 J. Ferrand, *art. cit.*, p. 511.

21 Conformément aux dispositions 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*, t. V, partie II, août-septembre 1791) art. 15, section II, titre I, partie II « L'acte d'accusation contiendra le fait et toutes les circonstances ; celui ou ceux qui en font l'objet, y seront clairement désignés et dénommés ; la nature du délit y sera déterminée aussi précisément qu'il sera possible ; il sera dit qu'il a été commis méchamment et à dessein. » ; voir également les précisions apportées par la *Loi en forme d'instruction, pour la Procédure criminelle* des 29 septembre-21 octobre 1791 (*Collection générale des lois, proclamations, instructions, et autres actes du pouvoir exécutif*, t. VI, octobre-novembre 1791, p. 585 et s.) ; enfin, voir l'art. 374 du Code des délits et des peines de 1795.

22 J. Ferrand, *art. cit.*, p. 511.

23 Sur ce point, voir notamment C. Saphore, *La jurisprudence criminelle de la Cour de cassation sous la Révolution et l'Empire (1790-1810)*, Thèse droit, Bordeaux, 2002, p. 269, ou encore Bernard Schnapper, « Le jury criminel », *Une autre justice*, dir. R. Badinter, Paris, p. 155 : « Cette dernière question [l'intention] avait une telle importance que l'obligation de la poser fut confirmée par la Convention à peine de cassation. Elle devait permettre d'acquitter en cas de légitime défense ou de force majeure, mais elle servit à bien d'autres usages [...] » ; également, J. Ferrand, *art. cit.*, p. 512.

24 C. Saphore, *op. cit.*, p. 267, ou encore p. 295 : « 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 crime ».

25 Pour d'autres précisions sur le matérialisme trouvant expression dans le Code de 1791, voir P. Lascoumes, P. Poncela et P. Lenoël, *Au nom de l'ordre, une histoire politique du Code pénal*, Paris, Hachette, 1989, p. 114.

26 C. Beccaria, *op. cit.*, notamment p. 52 et s. ; sur le constat de l'influence de ce dernier, voir N. Catelan, *L'influence de Cesare Beccaria sur la matière pénale moderne*, Marseille, PUAM, 2004, p. 101 et s., ou encore P. Lascoumes, P. Poncela et P. Lenoël, *op. cit.*, p. 114 et 129 : le principe de la légalité n'a pas encore d'assise textuelle au sein même du Code pénal, mais on veut préciser au mieux les infractions pour faire obstacle à l'arbitraire des juges. Plusieurs pas seront finalement franchis en 1795, au sortir de la Terreur. Le Code des délits et des peines de 1795 reprend enfin les idées de Beccaria, notamment dans ses articles 1 à 3. Ce dernier texte est appuyé sur la Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen aux articles 7 à 10, qui précède 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, en son article 232 : « Toutes rigueurs employées dans les arrestations, détentions ou exécutions, autres que celles prescrites par la loi, sont des crimes. » Par ces éléments, il nous apparaît effectivement que les idées de Beccaria sont reprises et codifiées, attestant de son influence de manière plus certaine encore.

27 Tant la « force ouverte » que la « violence envers les personnes » sont des aspects matérialisés dans le monde du concret, tangibles.

28 Relevons qu'un problème de qualification de l'emprunt pouvait alors se poser. En l'absence de précisions sur les vocables, sans référence aucune à l'intention, comment distinguer ces éléments ? Le vol est une de ces infractions dont la physionomie est grandement modifiée suivant l'état d'esprit. Quel changement immédiat entre un emprunt long et un vol ? Aucun – ou peu – si l'on observe simplement le moment de la commission des faits – outre la perpétration simultanée d'un acte violent ou quelque autre machination pour soustraire le bien. Sur le long terme, la distinction est révélée : tandis que l'emprunt mène au retour du bien, le vol en est une soustraction définitive. Il est, certes, des situations pour lesquelles les actes ne sont pas équivoques, mais alors l'intention ne serait pas regardée en tant que telle, sinon suivant un contexte particulier. La prise de conscience de cette difficulté est rapide, puisque le décret en forme d'instruction des 29 septembre-21 octobre 1791 l'évoque déjà (*Collection générale des lois, proclamations, instructions, et autres actes du pouvoir exécutif*, t. VI, octobre-novembre 1791, p. 587).

29 Voir notamment C. L. de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre XI, Paris, Garnier, 1777, p. 327 : « 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. »

30 Sur la question de l'intention, les textes de la loi de septembre 1791 sont « vagues » (J.-L. Halpérin, *Le tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799)*, thèse dactyl., Histoire du droit, Université Panthéon-Assas, 1985, p. 568). Or, des textes vagues ne permettent pas de respecter une interprétation stricte, qui dépend de la clarté de ces derniers. Ainsi, le Tribunal de cassation n'a certainement pas d'autre choix que de composer comme il le peut avec ces articles trop larges et/ou épars dans les textes.

31 Le Code pénal de 1791 débute immédiatement sur un titre consacré à la pénalité. Encore, voir C. Saphore, *op. cit.*, p. 316 : « Le législateur révolutionnaire avait concentré son attention sur la pénalité aux dépens d'une définition légale des infractions. » ; P. Lascoumes, « Révolution ou réforme juridique ? Les codes pénaux français de 1791 à 1810 », dir. X. Rousseaux, M-S. Dupont-Bouchat, et C. Vael, *Révolutions et justice pénale en Europe. Modèles français et traditions nationales, 1780-1830*, Paris, 1999, p. 67 : concernant le Code de 1791, 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. »

32 Cette interdiction s'installera dans la durée puisque l'appel apparut aux assises en 2001 seulement.

33 Alors que les textes du Code pénal ne sont pas clairs sur ce point, la jurisprudence mobilise d'autres productions législatives ou exécutives afin d'asseoir sa position selon laquelle le crime implique une intention. Elle use notamment du décret en forme d'instruction des 29 septembre-21 octobre 1791, compilé dans la *Collection générale des lois, proclamations, instructions, et autres actes du pouvoir exécutif*, t. VI, octobre-novembre 1791, p. 585 : « Mais la loi a porté plus loin encore la prévoyance ; et comme c'est l'intention qui fait le crime, elle a voulu que les jurés, quoique certains du fait matériel et connaissant son auteur, puissent scruter les motifs, les circonstances et la moralité du fait. ».

34 Néanmoins, la création d'une instance indépendante chargée des cassations est un fait nouveau comme le soulève J.-L. Halpérin, *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, LGDJ, 1987, p. 14 et p. 31-33.

35 Voir notamment C. Saphore, *op. cit.*, p. 346.

36 C. Saphore, *op. cit.*, p. 305, 331 et s., et 533.

37 J.-L. Halpérin (*Le tribunal de cassation sous la Révolution [1790-1799]*, thèse dactyl., *op. cit.*) écrit, en évoquant l'intention, qu'il s'agit d'une « construction » (p. 568) du Tribunal de cassation. Également, il affirme que « comme les pièces d'un puzzle, toutes les idées qu'il avait exprimées sur les déclarations du jury, le Tribunal de cassation conclut, d'après plusieurs articles de la loi du 16 septembre 1791, que le président du tribunal criminel devait obligatoirement poser au jury une question [...] sur l'intention » (p. 570-571). Cela semble indiquer qu'il appartient effectivement au Tribunal de cassation de déterminer l'existence et les limites de l'intention pour toutes les infractions. Néanmoins, par principe, ce travail aurait dû relever du législateur.

38 Flottement soulevé par J.-L. Halpérin, *Le tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799)*, thèse dactyl., *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. »

39 M.-L. Lepeltier de Saint-Fargeau, *Rapport sur le projet du Code pénal, présenté à l'Assemblée nationale, au nom des comités de Constitution et de législation criminelle* [[en ligne \(http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/peinedemort/rapport_le-pelletier-de-saint-fargeau_1791.asp\)](http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/peinedemort/rapport_le-pelletier-de-saint-fargeau_1791.asp)], 23 mai 1791 : « Si une grande distance sépare la peine de tel crime, d'avec la peine de tel autre crime, le méchant qui de sang-froid médite une mauvaise action, s'arrêtera là où commence pour lui un grand danger. [...] C'était d'une grande absurdité de nos lois de punir le voleur [...] de la même peine que l'assassin. »

40 L'assassinat mérite quelques développements supplémentaires, car il révèle une forme d'exception à l'absence de prise en compte de la tentative. En effet, l'art. 13 de la section I consacrée aux « Crimes et attentats contre les personnes » du Code pénal de 1791 dispose que « 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 ». Dès lors, nous pouvons dire que l'assassinat, même non suivi d'effet, est puni au même titre que l'assassinat entraînant effectivement le décès de la victime. Cette première faille spiritualiste reste nuancée cependant, car c'est bien l'action de tuer qui est visée, et non l'intention d'occire. Nous y décelons là d'autres stigmates de la pensée de Lepeltier de Saint-Fargeau qui, lorsqu'il présentait son rapport devant l'Assemblée le 23 mai 1791, déclarait « C'était une grande absurdité de nos lois de punir le voleur sur le grand chemin, le serviteur qui dérobaît

quelques effets à son maître, l'homme qui, en brisant les clôtures, s'introduisait dans les maisons, de la même peine que l'assassin ». À demi mots on comprend que l'assassin est le criminel « de la pire espèce » et qu'il ne faut rien lui pardonner. Cette posture est d'autant plus logique que l'on qualifie d'assassinat « 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 » (art. 14, deuxième partie, titre II, section I, Code pénal de 1791). Dès lors, puisque la première infraction aura effectivement été commise (un vol ou une sédition par exemple), et qu'un coup matériellement mortel, mais échoué aura été porté, la personne pourra être punie comme ayant effectivement réalisé un assassinat. C'est un exemple de tentative purement matérielle, le droit la saisissant très tard sur l'*iter criminis*.

41 Deuxième partie, titre II, section I, art. 1 et s. du Code pénal de 1791.

42 Comme le soulève d'ailleurs C. Saphore (*op. cit.*, p. 448), la seule mention d'une intention tournée vers le mal est insuffisante pour caractériser la préméditation – qui est donc relevée matériellement – d'après le Tribunal de cassation.

43 Selon C. Saphore (*op. cit.*, p. 268-269), le Tribunal de cassation devoit des textes prévus pour les hypothèses d'excuses, de provocation, etc. en jouant sur l'intention, et y voit une obligation généralisée pour les crimes d'être fondés sur un élément intentionnel. Cette lecture est permise non seulement par la loi des 16-29 septembre 1791 (*Collection générale des lois, proclamations, instructions, et autres actes du pouvoir exécutif*, t. V, partie II, août-septembre 1791), mais également par le décret en forme d'instruction des 29 septembre-21 octobre 1791. La loi, en son article 15, section II, titre I, partie II, expose effectivement que l'acte d'accusation doit démontrer si le délit a été commis « méchamment et à dessein. » Nous l'avons vu également, le décret en forme d'instruction des 29 septembre-21 octobre 1791 impose aussi cet arrêt sur l'intention pour éluder les hypothèses d'une faute légitime ou provoquée par exemple.

44 *Collection générale des lois, proclamations, instructions, et autres actes du pouvoir exécutif*, t. VI, octobre-novembre 1791, p. 587.

45 J.-F. Niort, *Homo civilis, contribution à l'histoire du Code civil français*, t. I, Marseille, PUAM, 2004, p. 208 et s. : le pessimisme était finalement déjà présent au cœur du XVIII^e siècle ; l'humain n'était donc pas considéré comme pleinement libre. Or, l'absence de liberté justifie la recherche limitée de l'intention qui, de fait, ne peut être libre et se révèle moins utile.

46 J.-F. Niort, *op. cit.*, t. II, p. 770 et s. notamment ; D. Deroussin, « Le contrat à travers le Code civil des Français », *Histoire de la justice*, 1, 2009, p. 276 et s.

47 Nous parlons d'une transition lente, car en plus des éléments déjà soulevés sur le matérialisme, rappelons que l'influence de Kant sur le droit civil français de 1804 a été largement surévaluée et que l'autonomie de la volonté censée dominer le Code Napoléon n'existe pas véritablement au moment de sa publication. Sur cela, voir V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF p. 53 et s. ; ou encore J.-F. Niort, *op. cit.*, t. I, p 185, et t. II, p. 640 et s.

48 J.-L. Halpérin, « Continuité et rupture dans l'évolution de la procédure pénale en France de 1795 à 1810 », dir. X. Rousseaux, M.-S. Dupont-Bouchat, et C. Vael, *Révolutions et justice pénale en Europe. Modèles français et traditions nationales, 1780-1830*, Paris, p. 112.

49 Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV, art. 374 : « Viennent ensuite les questions qui, sur la moralité du fait, et le plus ou le moins de gravité du délit, résultent de l'acte d'accusation, de la défense de l'accusé, ou du débat. »

50 Constat également posé par J.-L. Halpérin, *Le tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799)*, thèse dactyl., *op. cit.*, p. 568 : « S'appuyant sur les termes vagues de la loi du 16 septembre 1791 ».

51 Sur la censure du Tribunal de cassation par la Convention, concernant les questions complexes et alternatives posées aux jurés, voir notamment C. Saphore, *op. cit.*, p. 242 et s.

52 Tel que présenté par C. Saphore, *op. cit.*, p 271. Nous ne sommes pas étonnés d'une telle prise de position par Emmanuel-Joseph Sieyès, dont les accointances avec l'Église – et donc la responsabilité morale fondée sur l'intention mauvaise – ne sont plus à démontrer.

53 J.-L. Halpérin, *Le tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799)*, thèse dactyl., *op. cit.*, p. 584.

54 Cette parenté idéologique entre Code civil et Code pénal peut être justifiée par des inspirateurs communs, à l'image par exemple de Guy Jean-Baptiste Target qui travaille sur ces deux pans du droit. Voir S. Solimano, « L'établissement de l'ordre juridique napoléonien : le rôle de Guy Jean-Baptiste Target » [[en ligne \(https://forhistiur.de/en/2004-02-solimano/?l=fr\)](https://forhistiur.de/en/2004-02-solimano/?l=fr)], *Forum historiae juris*, publié le 5 février 2004 [consulté le 28 mai 2020]. Voir égale-

ment X. Martin, *Mythologie du Code Napoléon. Aux soubassements de la France moderne*, Bouère, Martin Morin, 2003, p. 305-309.

55 J.-M. Carbasse parle même de « conciliation », de « transaction » ou encore de « compromis » (« Rapport introductif » [[en ligne \(https://www.senat.fr/colloques/actes_bicentenaire_code_penal/actes_bicentenaire_code_penal.pdf\)](https://www.senat.fr/colloques/actes_bicentenaire_code_penal/actes_bicentenaire_code_penal.pdf)], *Bicentenaire du Code pénal, 1810-2010*, Paris, Les Colloques du Sénat, 2010, p. 22) entre droit d'Ancien régime et héritage révolutionnaire, que nous traduisons et complétons par cette tension entre matérialisme et spiritualisme.

56 S. Solimano, *art. cit.*, § 2. Il ne faut pas, cependant, accorder le seul crédit utilitariste à Bentham ; ces idées étaient également pour partie celles des penseurs des Lumières (X. Martin, « À propos d'un livre. Target, Bentham et le Code civil », *Revue d'histoire des facultés de droit*, 21, 2000, p. 131-132). Aussi, il convient de ne « pas exagérer l'influence de Bentham », mais de ne pas nier non plus « le réflexe utilitariste croissant [qui] joue un rôle sans cesse croissant » (J.-L. Halpérin, « Continuité et rupture dans l'évolution de la procédure pénale en France de 1795 à 1810 », *art. cit.*, p. 110).

57 Voir G. J.-B. Target, « Observation sur le projet de code criminel », *Projet de Code criminel, Correctionnel et de Police*, Paris, Imprimerie Impériale, 1803-1804, notamment p. 7-8 : la peine de mort est encore nécessaire, non pas pour sa cruauté, mais pour sa certitude d'exécution et l'impact dissuasif qu'elle peut avoir sur certains délinquants désocialisés. C'est bien l'utilité de la peine qui est une fin ici. Il est intéressant de constater que Bentham commence tout juste à s'exprimer sur ces thématiques-là, puisque son premier ouvrage sur la question, *Traité de législation civile et pénale*, est publié en 1802. Pour autant, il semble déjà bénéficier d'une audience particulière. De plus, pointons que nombre de pistes pour l'utilitarisme ont été relancées par lui lors de la publication du *Panoptique* en 1791, mais qu'il s'agit d'idées d'avance bien installées au cours du XVIII^e siècle.

58 Voir D. Veillon, « La rédaction du Code pénal de 1810 », *Slovenian Law Review*, 1-2, 2009, p. 146 et s.

59 Une forme de déterminisme est posée par C.-A. Helvétius (*De l'Esprit* [[en ligne \(http://classiques.uqac.ca/classiques/helvetius_claude_adrien/de_l_esprit/helvetius_de_l'esprit.pdf\)](http://classiques.uqac.ca/classiques/helvetius_claude_adrien/de_l_esprit/helvetius_de_l'esprit.pdf)], Saguenay, Les classiques des sciences sociales, 2009 [rééd. 1757], p. 481-482), qui inspirera Beccaria comme relevé par X. Martin (« Du temps des Lumières à 1810 : anthropologie et droit criminel » [[en ligne \(https://www.senat.fr/colloques/actes_bicentenaire_code_penal/actes_bicentenaire_code_penal.pdf\)](https://www.senat.fr/colloques/actes_bicentenaire_code_penal/actes_bicentenaire_code_penal.pdf)], *Bicentenaire du Code pénal, 1810-2010*, Paris, Les

Colloques du Sénat, 2010, p. 66-67). Or, Target est un fervent lecteur de Beccaria (voir S. Solimano, *art. cit.*, § 16) ; pour un exemple significatif, relevons que c'est lui et Duport qui rédigeront les articles pénaux de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, s'inspirant largement des théories du philosophe lombard (J.-M. Carbasse, « Le droit pénal dans la Déclaration des droits », *Droits. Revue française de théorie juridique*, 8, 1988, p. 127 et s. ; P. Poncela, « Adrien Duport, fondateur du droit pénal moderne », *Droits. Revue française de théorie juridique*, 17, 1993, p. 141).

60 Voir J.-G. Locré de Roissy, *La législation civile, commerciale et criminelle de France*, t. XXIX, Paris, Treuttel et Wurtz, p. 264 et 277.

61 Sans néanmoins oublier que le législateur n'est pas lié à leur jurisprudence, comme évoqué ci-avant à propos des questions complexes : repoussées par les hauts magistrats, elles seront réhabilitées dans le Code d'instruction criminelle de 1808.

62 En relevant qu'une des deux lectures sera alors plus conforme au principe de légalité que l'autre.

63 Voir notamment J.-M. Carbasse, « Rapport introductif », *art. cit.*, p. 26-27.

64 Comme le relèvent très justement R. Martinage et J.-P. Royer (« Présentation », dir. R. Martinage et J.-P. Royer, *Les destinées du jury criminel*, Lille, p. 5-6), le jury criminel est aussi encensé que décrié. Une tension constante se fait sentir dès son apparition, avec comme critique principale le manque d'expérience en justice des jurés. Jusqu'en 1808 et la composition du Code d'instruction criminelle, il était permis de douter de la pérennité de cette institution, finalement maintenue sous réserve de quelques aménagements. Une des explications de ce flottement peut tenir en l'indécision de Napoléon au sujet des jurys, comme pointé par J.-L. Halpérin (« Continuité et rupture dans l'évolution de la procédure pénale en France de 1795 à 1810 », *art. cit.*, p. 126 et s.).

65 Art. 379 du Code pénal de 1810 : « Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas, est coupable de vol ». En comparant cet article avec l'ancien article afférent au vol du *Code pénal* de 1791, on constate l'apparition en demi-teinte du subjectivisme. Si l'intention n'est pas nettement requise ici, de premiers jalons sont posés par le truchement du terme « frauduleusement ». La notion de *fraude* implique de manière latente la conscience de mal agir. Or, insérer une telle notion, c'est bien laisser place à l'examen du for intérieur de la personne, pouvant mener à la re-

cherche de l'élément moral. Néanmoins, il est encore possible de vouloir faire reposer la notion de *fraude* uniquement sur l'appréciation des éléments factuels, qui tiendront plus alors d'une approche matérialiste.

66 Art. 295 du Code pénal de 1810 : « L'homicide commis volontairement est qualifié de meurtre. »

67 D'autant plus que Target est un personnage important dans la création de ce Code, et qu'il adhère aux théories déterministes des Idéologues, œuvrant pour que le législateur planifie et guide « la conduite des citoyens-individus en exploitant leurs automatismes psychiques » (S. Solimano, *art. cit.*, § 11). Or, le déterminisme est une forme d'opposition à l'épanouissement total de l'intention dans les infractions qui est, *de facto*, marginalisée.

68 Voir J.-H. Robert, « L'histoire des éléments de l'infraction », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1977, p. 276.

69 J. 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. 767.

70 Pour une illustration, voir notamment J. Lebreton, « Essai sur la notion d'intention criminelle », *Revue de science criminelle et de droit comparé*, 1, 1938, p. 443.

71 Voir la préface de F. Hélie dans le traité de droit pénal de P. Rossi (*Traité de droit pénal*, t. I, Paris, Guillaumin et Cie, 1855, p. 51).

72 E. Trébutien, *Cours élémentaire de droit criminel*, t. I, Paris, Imprimerie Générale, 1878, p. 89.

73 A. Normand, *Traité élémentaire de droit criminel*, Paris, Pichon, 1896, p. 29.

74 Une première loi du 25 juin 1824 introduit un peu plus largement l'appréhension de circonstances atténuantes, mais relègue l'appréciation finale aux magistrats et non aux jurés ; le nombre de prononcés d'innocence demeure important. C'est pour y remédier qu'est finalement adoptée la loi du 28 avril 1832 offrant aux jurés de retenir les circonstances atténuantes, au prix de l'immixtion de ces derniers dans un domaine encore réservé aux juges : la sentence.

75 Voir notamment J. Pradel, « Les méandres de la Cour d'assises française de 1791 à nos jours », *Revue juridique Thémis*, 32, 1997, p. 139 et s. ; ou plus généralement les premières contributions de l'ouvrage dirigé par R. Martignage et J.-P. Royer, *Les destinées du jury criminel*, Lille, Ester, 1990.

76 Voir A. J. Duport, « Principes et plan sur l'établissement de l'ordre judiciaire, en annexe de la séance du 29 mars 1790 », *Archives parlementaires de la Révolution française*, 12, 1881, p. 409 et s. ; P. C. Ranouil, « L'intime conviction », dir. R. Martinage et J.-P. Royer, *Les destinées du jury criminel*, Lille, 1990, p. 86.

77 Voir le décret en forme d'instruction des 29 septembre-21 octobre 1791 (*op. cit.* p. 584) : « C'est sur ces bases et particulièrement sur les dépositions et le débat 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 elle que la loi leur demande d'énoncer ; c'est à elle que la société, que l'accusé s'en rapportent. » ; également les art. 343 et 372 du Code des délits et des peines de 1795. Enfin, voir P. C. Ranouil, *art. cit.*, p. 85.

78 Pour quelques brefs rappels sur les différences structurelles entre le système inquisitoire et accusatoire, voir J. Ainsworth, « Legal Discourse and Legal Narratives », *Language and Law/Linguagem e Direito*, 2, 2015, p. 1-2 ; ou encore, T. Weigend, « Is the Criminal Process about Truth?: A German Perspective », *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 26, 2003, p. 157-161 ; pour la solution de compromis adoptée par la France, *ibidem*, p. 161 et s.

79 J. Ferrand, *art. cit.*, p. 515-516.

80 J. Pradel, « Le jury en France. Une histoire jamais terminée », *Revue internationale de droit pénal*, 72, 2001, p. 177. J. Pradel, « Les méandres de la Cour d'assises française de 1791 à nos jours », *art. cit.*, p 141 et p 144.

81 J.-L. Halpérin, *Le tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799)*, thèse dactyl., *op. cit.*, p. 570.

82 R. Bautier et É. Cazenave, « La presse pousse-au-crime selon Tarde et ses contemporains » [*en ligne* (<https://journals.openedition.org/champpenal/253>)], *Champ pénal/Penal field*, publié le 14 septembre 2005 [consulté le 16 septembre 2019], § 6 et s.

83 Articulé dans un premier temps autour de la revue lyonnaise des *Archives de l'anthropologie criminelle*, portée principalement par Lacassagne, Garraud et Coutagne (M. Renneville, « Quelle histoire pour la criminologie en France ? (1885-1939) » [*en ligne* (<https://journals.openedition.org/criminocorpus/2752>)], *Criminocorpus*, publié le 27 juin 2014 [consulté le 12 septembre 2019], § 15 ; M. Kaluszynski, « Les Archives de l'anthropologie criminelle » [*en ligne* (<https://journals.openedition.org/criminocorpus/108>)], *Criminocorpus*, publié le 1^{er} janvier 2005 [consulté le 12 septembre 2019]).

84 Pour une présentation synthétique de l'arsenal législatif déployé dans cette lutte, voir par exemple J.-L. Sanchez, « Les lois Bérenger (loi du 14 août 1885 et du 26 mars 1891) » [[en ligne \(https://journals.openedition.org/criminocorpus/132\)](https://journals.openedition.org/criminocorpus/132)], *Criminocorpus*, publié le 1^{er} janvier 2005 [consulté le 26 septembre 2019]. La loi du 14 août 1885 sur la relégation, promue par le ministre de l'Intérieur Waldeck-Rousseau, ne suit pas les mêmes objectifs que les lois Bérenger ; alors que ce dernier croit en l'humain perfectible, Waldeck-Rousseau est plus radical et soutient une forme d'élimination des délinquants irrécupérables, à l'image des dispositions préconisées par les positivistes italiens.

85 C. Lombroso, *L'uomo delinquente*, Milan, Hoepli, 1876.

86 La pensée de Lombroso peut nous sembler étrange, voire farfelue, avec nos yeux contemporains ; néanmoins, nombreux sont ceux qui ont été convaincus par sa théorie de l'homme criminel à la fin du XIX^e siècle, preuve de sa crédibilité. Ses contradicteurs font alors acte d'une certaine véhémence afin de lutter contre ces idées. Voir L. Manouvrier, « Les crânes des suppliciés », *Archives de l'anthropologie criminelle*, 1, 1886, p. 125 : « L'explication de l'assassin par l'atavisme nous semble pécher par un excès de simplicité. » ; dans le même sens, voir les propos rapportés de Lacassagne au Congrès d'anthropologie criminelle de 1885, dans les *Archives de l'anthropologie criminelle*, 1, 1886, p. 182 : « 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 ces malformés. [...] Pour nous, le problème est tout autre. L'important est le milieu social. » Outre un problème de fond, ces contradicteurs cherchent également à faire primer une vision plus française sur l'anthropologie criminelle, dictant certainement quelques attaques.

87 Notons que la première session de discussions est axée sur de la question « Existe-t-il des criminels-nés ? ». Cela donne l'occasion à nombre d'auteurs, dont Manouvrier, Drill ou Lacassagne, de chahuter Lombroso dès le matin d'ouverture du congrès (A. Lacassagne, « Compte rendu des séances. Deuxième congrès d'anthropologie criminelle et des sciences pénales », *Archives de l'anthropologie criminelle*, 4, 1889, p. 533 et s.).

88 Relevons néanmoins que Ferri, souvent incorporé sous l'appellation « les Italiens » ou, « le groupe d'Italiens » (notamment lorsque l'on s'émeut de leur absence au congrès de médecine légale organisé quelques jours après celui d'anthropologie criminelle de 1889 : A. Lacassagne, « Avant-propos, Congrès international de médecine légale », *Archives de l'anthropologie criminelle et des sciences pénales*, 4, 1889, p. 662), bénéficie déjà d'éloges qui ne trouvent pas leur pareille concernant Lombroso. À titre d'exemple, voici les propos d'un rapport présentant les interventions de Lombroso, puis de Ferri : « Lombroso, le créateur du criminel-né, a exposé ses vues avec une conviction ferme et plus enjouée que précise. Nous ne dirons pas qu'il les a changées ; il les a 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 Rome. » (A. Lacassagne, « Avant-propos, Deuxième congrès international d'anthropologie criminelle », *Archives de l'anthropologie criminelle et des sciences pénales*, 4, 1889, p. 518). On comprend alors que les recherches de Lombroso semblent manquer de précisions, quand celles de Ferri font montre de rigueur.

89 C'est tout particulièrement le cas chez Tarde dans les écrits duquel l'évolution de la réception des théories italiennes est remarquable. Alors que dans son premier ouvrage, *La criminalité comparée* (Paris, Felix Alcan, 1886, p. 138 et s.), il rejoint clairement Lombroso et son atavisme en niant le libre arbitre, les œuvres suivantes seront plus timorées à ce propos, et laisseront une place toujours plus grande au libre arbitre, sans jamais pour autant l'accepter totalement. Débute l'acceptation d'un libre arbitre conditionné par les circonstances sociales. Cette tendance est également décrite dans le compte rendu du deuxième congrès international d'anthropologie criminelle de 1889 (A. Lacassagne, « Compte rendu des séances. Deuxième congrès d'anthropologie criminelle et des sciences pénales », *Archives de l'anthropologie criminelle*, 4, 1889, p. 535) : « 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 social. » Nous voyons bien la position ambivalente de ce dernier.

90 Cela a notamment été rappelé par Alexandre Lacassagne à l'occasion du premier congrès international d'anthropologie criminelle tenu à Rome en 1885 (A. Lacassagne, « Congrès d'anthropologie criminelle de Rome », Ar-

chives d'anthropologie criminelle, 1, 1886, p. 169). Pour quelques éléments généraux sur les racines de la criminologie, voir M. Kaluszynski, « Quand est née la criminologie ? Ou la criminologie avant les Archives... » [en ligne (<http://journals.openedition.org/criminocorpus/126>)], *Criminocorpus*, publié le 1^{er} janvier 2005 [consulté le 30 mai 2020], § 6 ; M. Renneville, « Le criminel-né : imposture ou réalité ? » [en ligne (<https://journals.openedition.org/criminocorpus/127?lang=de>)], *Criminocorpus*, publié le 1^{er} janvier 2005 [consulté le 20 septembre 2019], § 3.

91 Voir notamment D. Neil, « The Role of Medico-legal Expertise in the Emergence of Criminology in Britain (1870-1918) » [en ligne (<https://journals.openedition.org/criminocorpus/316>)], *Criminocorpus*, publié le 10 octobre 2010 [consulté le 26 septembre 2019].

92 « 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 connaître. » : propos d’Alexandre Lacassagne au Congrès d’anthropologie criminelle de Rome (1885), rapportés dans « Congrès d’anthropologie criminelle de Rome », *Archives de l’anthropologie criminelle*, 1, 1886, p. 170. Voir également J. Pradel, *Histoire des doctrines pénales*, Paris, PUF, 1989, p. 74 et s.

93 Voir notamment G. Tarde, *La criminalité comparée*, Paris, Félix Alcan, 1886, p. 19 ; G. Tarde, *La philosophie pénale*, Paris, Masson & Cie Éditeurs, 1900, p. 44, reprenant Lombroso sur ce point ; voir également les propos sur cette période de Y. Jeanclos, « De 1810 à 2010 : le Code de 1810 en mouvement » [en ligne (https://www.senat.fr/colloques/actes_bicentenaire_code_penal/actes_bicentenaire_code_penal.pdf)], *Bicentenaire du Code pénal, 1810-2010*, Paris, Les Colloques du Sénat, 2010, p. 102.

94 Sur l’émergence d’une individualisation de la peine, voir R. Saleilles, *L’individualisation de la peine, étude de criminalité sociale*, 3^e éd., Paris, Félix Alcan, 1927.

95 J. Pradel, *Histoire des doctrines pénales*, *op. cit.*, p. 82 et s.

96 Par exemple, nous avons toujours dans notre droit des mesures de sûreté, adossées au constat d’un certain état dangereux de la personne.

97 En effet, afin de lutter avantageusement contre la récidive, il est impératif que l’on puisse savoir si la personne a déjà été condamnée ou non. Le

système de fichage des infracteurs encore incomplet au début de la III^e République, deviendra de plus en plus efficace grâce, notamment, à Bertillon (voir par exemple A. Bertillon, « Une application pratique de l'anthropométrie », *Annales de démographie internationale*, 5, 1881, p. 345 et s.) ou encore plus tard avec Locard (pour une présentation des techniques mobilisées par ce dernier, voir A. Frappa, « Les techniques d'identification inédites mobilisées par Edmond Locard : le graphoscope, le hastoscope et le synchronoscope » [[en ligne \(https://journals.openedition.org/criminocorpus/3602\)](https://journals.openedition.org/criminocorpus/3602)], *Criminocorpus*, publié le 8 novembre 2017 [consulté le 10 octobre 2019]). Ces techniques s'épanouissent en profitant d'un contexte favorable au mariage des sciences et du droit criminel.

98 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, voir notamment Y. Cartuyvels, B. Champetier, et A. Wyvekens, « La défense sociale en Belgique, entre soin et sécurité. Une approche empirique », *Déviance et société*, 4, 2010, p. 615 et s.

99 Notons que le Code d'instruction criminelle de 1808 prend peu en compte les expertises. En effet, seuls deux articles – 43 et 44 – s'y attachent. Sous l'empire de ce Code, il n'y a que la magistrature pour décider d'être assistée par des experts afin que puisse jaillir une vérité matérielle. Avec le développement des sciences et des techniques (la criminologie, la criminalistique, la psychiatrie, etc.), les expertises tendent à augmenter dans les instances, mais l'initiative reste chasse gardée des magistrats. Il nous faudra attendre le Nouveau Code de procédure pénale de 1959 pour qu'une section entière soit consacrée aux expertises et propose aux parties d'y jouer un rôle (grâce, notamment, à son art. 165).

100 C'est d'ailleurs dans la période de l'entre-deux-guerres que la psychiatrie se développe et sera rapprochée de la justice. Les débats qui entourent cette opération de séduction des psychiatres envers les juristes sont très souvent colorés d'idées issues des doctrines de défense sociale. Pour des éléments généraux sur ce point, voir M. Renneville, « La psychiatrie légale dans le projet de réforme du Code pénal français (1930-1938) », dir. J. Arveiller, *Psychiatries dans l'histoire*, Caen, PUC, 2008. Voir également I. von Buelzingsloewen, « Un effet Grande Guerre sur la psychiatrie française ? » [[iTunes U \(https://itunes.apple.com/fr/course/autour-1914-nouvelles-figures-la-pens%C3%A9e-sciences-arts/id924102421\)](https://itunes.apple.com/fr/course/autour-1914-nouvelles-figures-la-pens%C3%A9e-sciences-arts/id924102421)], *Autour de 1914, nouvelles figures de la*

pensée : sciences, arts, lettres, Conférence, Collège de France, 17 octobre 2014.

101 A. 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. 505 ; J. Pradel, *Histoire des doctrines pénales*, *op. cit.*, p. 93.

102 L'expression est vraisemblablement utilisée pour la première fois sous la plume d'Enrico Ferri (*Sociologia criminale*, 3^e éd., Turin, Fratelli Bocca, 1892), comme relevé par J. Pradel (*Histoire des doctrines pénales*, *op. cit.*, p. 78 et 89).

103 Il présente son projet de manière complète dans son ouvrage phare : M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, Paris, Cujas, 1954.

104 J. Pradel, *Histoire des doctrines pénales*, *op. cit.*, p. 94.

105 Il expose le plus clairement ses idées dans son fameux ouvrage *Principi di difesa sociale*, Padoue, Cedam, 1961. Ses idées plus affirmées sont présentées en tant que telles par J. Danet (« La dangerosité, une notion criminologique séculaire et mutante » [en ligne (<https://journals.openedition.org/champpena/1/6013>)], *Champ pénal/Penal field*, publié le 7 octobre 2008 [consulté le 7 juillet 2020], § 49) : « Il existerait à l'intérieur de cette seconde conception, un courant quasi autoritaire, anti pénal, quasi libertaire, celui de Gramatica. »

106 J. 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*, 1964, p 760 et s.

107 B. Pereira, *art. cit.*

108 De manière symptomatique, constatons que la terminologie même d'« élément moral » émergea vers la fin du XIX^e siècle. Historiquement, c'est une notion qui semble se démarquer par son manque de traitement chez les juristes. Il est également à relever une apparition tardive du champ lexical entourant l'élément moral. Nous n'y voyons pas une conséquence du manque d'intérêt des juristes pour la notion, mais plutôt l'inverse : c'est parce que le vocabulaire n'est pas bien posé que les études se font rares, voire inexistantes. Le mot responsabilité, pierre angulaire de l'élément moral, n'est d'usage courant en droit que sous l'Ancien régime, et le terme de culpabilité n'apparaît qu'en 1835 dans le dictionnaire de l'Académie française, moment même où l'on regagne en subjectivisme : droit et vocabulaire paraissent bien liés entre eux ici. Un parallèle serait envisageable avec le

droit civil, matière dans laquelle l'expression « autonomie de la volonté » est nommée tardivement elle aussi, au moment où l'on ressent le besoin d'en discuter, débattre, et d'y apporter une critique. Sur ce dernier point, voir V. Ranouil, *op. cit.*

109 Pour une perspective comparatiste qui semble trouver plein écho dans notre droit, voir T. A. Green, *Freedom and Criminal Responsibility in American Legal Thought*, New York, Cambridge University Press, 2014, p. 11-12 et 40.

110 Voir notamment É. Martin, « Revue critique. La question de la responsabilité atténuée devant la société générale des prisons », *Archives d'anthropologie criminelle*, 20, 1905, p. 546 et s. : cet auteur retrace les débats des médecins légistes à propos de la « responsabilité limitée » qui devrait trouver application pour les personnes en souffrance de pathologies psychologiques intermédiaires, ne permettant pas rupture totale d'imputation. Il constate l'impossibilité partagée de tous ces experts à définir clairement cette responsabilité limitée. Ce faisant, nous pouvons subsumer que cette frontière, en étant impossible à esquisser, jette le trouble sur toute la responsabilité.

111 À la lecture des manuels de droit pénal, actuels ou passés, lorsqu'une section ou un paragraphe est consacré à l'élément moral, nous pourrions être satisfaits des éléments qui y sont exposés. Néanmoins, le lecteur plus attentionné, à la recherche d'éléments concrets de mise en pratique, ne pourra qu'être déçu par le degré d'abstraction qu'il faut y constater. Aussi, le large panel de questions telles que « comment entrer dans la tête de l'agent ? Comment déterminer ce qu'est le vouloir ? Comment cerner les mécanismes de passage à l'acte, *l'agir* ? » ne trouveront pas de réponse. De même que ne seront pas établis exactement les termes employés. Le degré de technique est souvent impressionnant, mais cela semble cacher une impossibilité latente de définition opérante de la notion d'intention. Pour illustrer schématiquement, voir notamment les éléments donnés dans les cours ou traités suivants : P. Rossi, *Traité de droit pénal*, Paris, Guillaumin, 1855, t. I, p. 319-326 et t. II, p. 1-6 ; J. L. E. Ortolan, *Résumé des éléments de droit pénal*, Paris, Plon, 1867, p. 21 et s. ; R. Garraud, *Précis de droit criminel*, Paris, Larose et Forcel, 1885, notamment p. 5, 79, 88 ; J. Larguier, P. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, 21^e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 31 et s. Les deux premiers auteurs suivent la même pensée et utilisent des fondements qui relèvent bien souvent de la *mystique*. René Garraud, inscrit dans le positivisme français, a le mérite de poser véritablement les éléments

nécessaires à l'infraction, dont l'élément moral. Néanmoins, il ne va pas plus loin dans la définition, utilisant d'autres notions tout aussi floues pour le qualifier, à l'image du principe de *culpabilité* censé être enfermé dans l'élément moral. Plus récemment, dans le dernier ouvrage cité, publié après le Code de 1994, imposant clairement la recherche d'un élément matériel et moral, cette définition n'est toujours pas opérante. La technique règne en maîtresse ici, mais cela ne permet pas de donner lieu à de quelconques éclaircissements sur le contenu de la notion concernée.

112 À la différence de l'intention ou de la liberté, l'élément moral est une notion fortement marquée par son juridisme. Aussi, nous ne pouvons pas attendre d'autres matières qu'elles viennent répondre à toutes les interrogations que se posent les juristes. En effet, l'élément moral prend racine dans le postulat du libre arbitre ou de l'intention – thématiques phares de la philosophie. Ainsi, il est possible de pointer un nombre considérable d'écrits traitant de ces thèmes mais, logiquement, l'élément moral est délaissé puisque ne dépendant pas directement de ce champ disciplinaire. Pour nuancer notre propos, nous pouvons relever les tentatives contemporaines de philosophie analytique – opposée à la philosophie continentale (voir B. Babich, *La fin de la pensée ? Philosophie analytique contre philosophie continentale*, Paris, L'Harmattan, 2012) – de répondre à ces questions, et notamment les développements fondamentaux offerts par G. E. M. Anscombe, *L'intention*, Paris, Gallimard, 2002 (réed. 1957). Néanmoins, là encore, l'expression « élément moral » n'apparaît pas, et il appartient au lecteur attentif de puiser dans cette œuvre des conclusions pour le droit. Un autre exemple, plus général mais paradoxalement plus direct, est à trouver sous la plume de P. Fauconnet, *La responsabilité. Étude de sociologie*, Paris, Félix Alcan, 1920. En conséquence, nous ne pouvons repérer des réponses directes aux interrogations juridiques qui gravitent autour de ce concept, et il s'avère nécessaire d'aller tirer les enseignements de ces différentes sciences – philosophie, sociologie, anthropologie, etc. – pour donner corps au concept d'élément moral et tenter de mieux le saisir.

113 Voir notamment les questionnements épistémologiques tels que posés par P. Veyne, *op. cit.*, p. 28 et s. De même, voir J.-P. le Crom et J.-C. Martin, *op. cit.*, p. 196 et s. : pour ces auteurs il serait difficile au juge d'effectuer un véritable travail d'historien, pour autant on le lui demande souvent, notamment pour condamner des « travestissements » de vérités historiques. Double mise en abyme de notre sujet ici, car non seulement le juge doit relater l'histoire à court terme de cette accusation, mais également retracer

une *vérité historique* plus ancienne, sorte d'étalon qu'il devra utiliser pour mesurer le poids des propos attaqués.

114 Pour un exemple d'histoire tronquée qui changerait toute la grille de compréhension, voir A. Maalouf, *Les identités meurtrières*, Paris, Grasset, 1998, p. 39 : il évoque une histoire dont la fin serait à géométrie variable suivant le cours des choses. En l'espèce, son quartier à Beyrouth avait été bombardé par des avions israéliens ; pour autant, enfermé dans un sous-sol avec son entourage et des voisins, il repoussa le fusil qu'on lui tendait, ne souhaitant pas contribuer à faire couler le sang. Il l'avoue lui-même, si un membre de sa famille avait été touché par les pilonnages ou même si ces derniers avaient été plus longs, certainement ce principe n'aurait-il pas tenu et, par esprit de vengeance, il aurait pris les armes. Ce changement interne dans la perception des choses vient modifier le cours de l'histoire de la personne sans que cela soit forcément apparent matériellement.

115 Bien que cette remarque ne soit pas d'application absolue. En effet, les expertises ne sont pas toujours opérantes et l'on a pu déjà constater par le passé que les preuves par ADN, quoique très fiables, ne permettent pas de résoudre toutes les problématiques. *Quid* en cas de multitude d'empreintes ? D'empreintes partielles ? D'une mauvaise interprétation contextuelle des empreintes ?, etc.

116 Sur ce point, voir notamment M. Bénézech, « L'évaluation des comportements criminels violents », *L'agresseur dangereux*, Colloque droit, Bordeaux, 2015, à paraître.

117 Voir notamment les travaux d'O. Kinberg, *Les problèmes fondamentaux de la criminologie*, Paris, Cujas, 1959, 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 ». Il en ressort que le schéma de construction de l'intention ne répond pas à une logique bien ordonnée, mais semble plutôt s'imposer à nous.

118 Il s'agit d'une « réinjection » dans la mesure où l'intention apparaît déjà chez les Romains. Sur ce dernier point, voir notamment O. Kinberg, *op. cit.*, p. 4, citant W. Wundt (*Völkerpsychologie*, Leipzig, Alfred Kröner Verlag, 1918, t. IX, p. 337).

119 Voir notamment les art. 8 et s. du Code de procédure civile de 1807, spécialement l'art. 13 prévoyant des débats contradictoires, évoquant bien le fait que le juge doit avoir accès à toutes les informations possibles, y compris les positions des protagonistes, avant de pouvoir se décider. Voir également les art. 34 et s. du même Code à propos des enquêtes que peut mener le juge de paix. Voir encore les art. 85 et suivants qui touchent les audiences devant les *tribunaux inférieurs*. Le même constat peut être transposé en procédure pénale, voire renforcé, avec la présence d'un juge d'instruction chargé justement de clarifier la situation (voir notamment les art. 89 et s. du Code d'instruction criminelle de 1808, traitant des fonctions de ces magistrats).

120 G. Deharo, *op. cit.*, p. 206.

121 Ces avancées concernent tant les sciences réputées exactes que les sciences humaines et sociales, comme en atteste l'apparition de la criminologie à la fin du XIX^e siècle, ou encore de la criminalistique à la même période.

122 Ou tout autre élément de traduction selon la zone géographique, mais surtout suivant la période. L'idée n'est pas de sacraliser le sens à un moment donné, mais de dire qu'au fur et à mesure, un consensus a été renouvelé pour affirmer qu'une telle somme d'éléments se dirait *quatr*, *catre*, ou encore *quattre*.

123 L. Lavelle, *Traité des valeurs*, t. II, Paris, PUF, 1991, p. 273 : il affirme que sans erreur, il n'existe pas de vérité. Or, par extension, reconnaître l'erreur, c'est bien reconnaître également une vérité.

124 P. Hugonet, *op. cit.*, p. 11 et 37 : l'œuvre de la justice est de venir pacifier les choses en recherchant la « vérité ».

125 Voir notamment Y. Jeanclos, *La justice pénale en France, Dimension historique et européenne*, Paris, Dalloz, 2011, p. 56, « a. L'intention démontrée par la réalisation pratique de l'infraction ».

126 Ou plus exactement, le fin mot de son histoire : s'il est clair que son récit peut être éclairant, il n'en reste pas moins subjectif lui aussi !

127 Nous l'avons vu, le recours aux expertises ne se multiplie véritablement dans le procès qu'à partir de la fin du XIX^e siècle. Dans le même ordre d'idées, il faudra attendre une réforme du Code d'instruction criminelle de 1808, et la promulgation du nouveau Code de procédure pénale de 1959 pour que toutes les parties au procès puissent commander une expertise et ne plus

seulement laisser cela à discrétion des procureurs. Voir notamment les articles 43 et 44 du Code d'instruction criminelle de 1808, ainsi que les articles 156 et 165 du Code de procédure pénale de 1959. En parallèle, il faut attendre l'arrivée dans les services de police d'Alphonse Bertillon en 1879 (fondateur de l'anthropométrie judiciaire) pour donner un second souffle à ce domaine. Également, la création d'un *service anthropométrique* par Edmond Locard en 1910 vient nourrir cette tendance. Il est considéré comme fondateur de la criminalistique, ensemble de matières reines dans les expertises de police scientifique. Pour plus de précisions sur ces éléments, voir C. Jalby, *La police technique et scientifique*, Paris, PUF, 2017, p. 7 et s.

128 Article 319 du Code pénal de 1810, ou plus récemment, article 221-6 du Code pénal de 2019.

129 Article 295 du Code pénal de 1810, article 221-1 du Code pénal de 2019.

130 Article 296 du Code pénal de 1810, article 221-3 du Code pénal de 2019. Notons que l'assassinat, meurtre commis avec préméditation, semble dès 1810 grandement ouvrir la porte aux thèses les plus subjectivistes. Il convient de nuancer cela en attirant l'attention sur le fait que l'article 297 du Code pénal de 1810 explique brièvement le contenu de la préméditation ou du guet-apens. Il en ressort que pourront être largement – et exclusivement ? – pris en compte des éléments matériels et non pas intellectuels comme nous pourrions le penser à première lecture ; voir note n° 40 *supra*.

131 Il est des systèmes pénaux qui portent une attention très marquée au poids de la stigmatisation engendrée par les infractions. C'est l'exemple du Canada.

132 P. Hugonet, *op. cit.*, p. 18 et 25-26 : la matérialité des choses doit être constatée, mais elle n'est pas vue de la même manière par toutes et tous, car elle repose sur l'interprétation de données sensibles, ce qui vient fausser l'objectivité par un lien subjectif.

133 Les théories en sciences du langage ou philosophie du langage, développées notamment au xx^e siècle, apportent des éléments de réflexion qui, en plus d'être intéressants, sont d'application rétroactive. En effet, évoquer, par exemple, la déformation du sens des mots, poser cette explication à un moment déterminé, ne fait logiquement pas obstacle à la reprise postérieure de cette idée ; encore, cela nous offre un éclairage nouveau sur des mécanismes préexistants. Le langage n'a pas été réinventé en énonçant ces analyses, et, pour illustrer notre propos, on rencontre toujours les mêmes modalités de formation du dialogue opposant un locuteur et un allocutaire.

En revanche, la technique employée pour converser peut, quant à elle, changer ; l'utilisation des messageries instantanées ou du téléphone n'apporte pas exactement le même message que celui donné « en personne » puisqu'on y supprime la dimension gestuelle accompagnant la discussion. Néanmoins, pour ce qui nous concerne, ces éléments matériels de diffusion demeurent relativement stables sur notre période d'étude. C'est à ce titre que nous pouvons mobiliser des théories plus contemporaines qui, pourtant, trouvent une application rétroactive justifiée. Aussi, sur la polysémie des mots, voir M. Merleau-Ponty, *Phénoménologie de la perception*, Paris, Gallimard, 1967, p. 216 : le mot n'a pas de sens en lui-même, ce n'est qu'une enveloppe, réceptacle vide, car c'est la pensée qui dispose du sens. Par extension, les mots peuvent être polysémiques, tout dépend du cheminement de pensée qui va préfigurer à cet aboutissement. La pensée, entre deux personnes, n'est pas rigoureusement la même. Voir également A. Meillet, *Linguistique historique et linguistique générale*, t. II, Paris, Champion, 1921, p. 11 pour le constat de mots vecteurs de valeurs différenciées ; p. 130-131 pour un exemple pratique avec le mot chien, dont le sens diffère, et précisant qu'il « est rare que l'un des interlocuteurs entre dans la pensée d'autrui » afin de saisir la valeur et le sens qui sont donnés aux mots employés. Dès lors, il apparaît que ces divers éléments viennent nourrir nos remarques autour des distorsions linguistiques et des limites inhérentes à l'expression de la pensée, mais également à sa compréhension par un autre.

134 L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, Paris, Gallimard, 1962, p. 86 : « Les limites de mon langage signifient les limites de mon monde. » Il conviendrait d'entendre *monde* comme le monde extérieur au sujet, limité forcément par sa capacité à le décrire. En revanche, force est de constater que le *monde* intérieur, cette fois, est bien plus étendu. Il suffit de relever à quel point l'art se veut vecteur de cette transmission du monde interne par une autre voie que celle du langage parlé. Ici, se détacher des mots devrait permettre d'exprimer quelque chose de différent, de plus complet, en étant paradoxalement plus vague à la fois.

135 En plus des risques de distorsion se surajoute l'aspect formaliste du travail du juge, qui semble le pousser vers une routinisation de ses appréciations qui n'en deviennent que plus réductrices et stéréotypées. Sur ce point, voir notamment T. Delpuech, L. Dumoulin et C. de Galembert, *op. cit.*, p. 101.

136 Pour de premiers éléments sur les distorsions du langage suivant le point de vue que l'on cherche à mettre en valeur, voir F. Revaz, *Introduction à la narratologie*, Bruxelles, De Boeck Supérieur, 2009, p. 75 et s. ; il apparaît,

selon F. Ost (*Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 70), que les faits tels qu'appréhendés par le magistrat ne sont donc plus des *faits purs* par l'action de toutes ces distorsions.

137 Démontrant au passage avec plus d'acuité encore la fiction de vérité judiciaire : par essence, la vérité est universelle et intemporelle. Or, la contester c'est mettre en crise son existence même. Sa relativité lui fait perdre son caractère principal. En justice, il s'agirait alors d'une présomption de vérité qui ne serait pas nécessairement conforme à l'extérieur matérialisable des faits, des expertises, etc. Il n'y a donc pas d'obstacle à l'acceptation d'une remise en cause de cette certitude provisoire du magistrat sur le cas qui lui est présenté en offrant aux parties des voies de recours. Voir notamment G. Deharo, *op. cit.*, p. 218.

138 Les plaideurs font valoir leur conception de la vérité, qui est donc plurielle antérieurement au procès. Le juge devra alors trancher et proposer non pas *une* vérité, mais *la* vérité. Voir notamment P. Hugonet, *op. cit.*, p. 11.

139 Voir notamment P. Hugonet, *op. cit.*, p. 11-13.

140 G. Deharo, *op. cit.*, p. 223-224 : il appartient au juge de se convaincre et de persuader son auditoire du bien-fondé de sa décision.

141 Aussi la production d'une vérité juridique peut se construire contre une vérité que l'on pensait pourtant objectivement fondée, mais uniquement dans un sens. Ce travail de création d'une vérité *consensuelle* offre finalement un autre type de vérité. Sur ce point, voir notamment C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1992, p. 136 ; M. Weber, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, 1986, p. 165.

142 L. Ricciardi et M. Demos, *Making a Murderer* [documentaire], Netflix, 2015 : il s'agit d'une série documentaire relatant les différentes affaires judiciaires de Steven Avery, condamné une première fois à 18 ans de prison pour viol en 1985, puis à perpétuité pour meurtre en 2005. Cette série reprend toute la procédure policière autour de ces deux affaires ; nous voyons comment les policiers ont appris les crimes, comment ils sont allés sur place pour récupérer les preuves, comment ils ont interrogé les suspects, comment ils ont échafaudé le dossier. Utilisant ces fondements factuels, les réalisatrices mettent en œuvre une démonstration retraçant le travail policier et judiciaire de construction d'un cas logique, faisant sens (trouver un mobile logique, trouver un coupable logique, etc.), mais s'éloignant des faits tels qu'ils se sont certainement déroulés. Un argument tient dans le fait qu'il

sera finalement innocenté pour le premier viol après un réexamen poussé des éléments du dossier.

143 Au même titre que les parties vont rechercher l'adhésion d'autrui pour que soit constatée l'injustice qu'elles subissent (T. Delpeuch, L. Dumoulin et C. de Galembert, *op. cit.*, p. 78), nous pourrions développer cette idée appliquée aux magistrats, qui chercheront l'assentiment de la société, voire l'assentiment médiatique. Cette tendance peut certainement être expliquée par le penchant des médias d'exiger une quête de vérité totale, déformation de la conception de la *transparence* (voir A. Garapon, « La justice est-elle "délocalisable" dans les médias ? », *Droit et société*, 26, 1994, p. 85 ; P. Arnaud, « Vous jurez de n'écouter ni la haine ou la méchanceté... Les biais affectant les décisions de justice », *Les cahiers du droit*, 4, 2015). Il nous semble que cela peut avoir une influence significative sur la manière dont sera rendue la décision ainsi que sur son contenu. Voir également la notion sociologique du *comportement approprié* qui peut trouver application ici, telle qu'expliquée notamment par T. Delpeuch, L. Dumoulin et C. de Galembert, *op. cit.*, p. 99.

144 Également, peut être relevé l'exemple de la pizza considérée comme un légume par le congrès des États-Unis à l'aide d'un calcul fondé sur « des unités brutes de légumes », tel que présenté par O. Corten (« Introduction », dir. J. Allard, O. Corten, M. Falkowska, V. Lefebvre, et P. Naftali, *La vérité en procès*, Paris, 2014, p. 7 et s.). Finalement, le juge qui doit rendre un jugement empreint de formalisme, avec une grammaire particulière, une syntaxe spécifique, passe maître dans le maniement de la logique et de la rationalité (T. Delpeuch, L. Dumoulin et C. de Galembert, *op. cit.*, p. 95, utilisant notamment les travaux de F. Ost) ce qui, à notre sens, ne peut permettre l'épanouissement d'une *vérité authentique*, sinon conditionnée par ces différents éléments. Pour un constat de l'absence de modèle absolu de scientificité œuvrant à l'acceptation de vérités multiples, voir notamment S. Gutwirth et É. Naïm-Gesbert, « Science et droit de l'environnement. Réflexions pour le cadre conceptuel du pluralisme de vérités », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 34, 1995, p. 33 et s.

145 R. Jacob, « La justiciabilité de la vérité, un élément de culture juridique ? », dir. J. Allard, O. Corten, M. Falkowska, V. Lefebvre, et P. Naftali, *op. cit.*, p. 291 : le droit de *common law* fait primer le respect de règles procédurales sur la vérité factuelle. Dès lors, nous nous demandons : le discours produit est-il encore qualifiable de *vérité judiciaire* ? Également, M.-A. Frison-Roche, « L'erreur du juge », *Revue trimestrielle de droit civil*, 4,

2001, p. 819 : le jugement est bon tant qu'il est valide au regard des règles de procédure. Cette remarque nourrit parfaitement notre propos.

146 Voir notamment M. Van de Kerchove, *op. cit.*, p. 414 : il reprend le travail de P. Ricœur (*Histoire et vérité*, Paris, Seuil, 1955, p. 156 et 175) afin d'appuyer l'idée selon laquelle plusieurs *vérités* coexistent.

147 Cette contestation massive du libre arbitre est à recouper avec l'affirmation de la sociologie, notamment portée par les cours d'Émile Durkheim, mais également par les théories déterministes qui restent latentes. Néanmoins, il convient de ne pas cloisonner ce mouvement de remise en cause de l'intentionnalité au droit pénal ; les confrontations en droit international en sont l'un des moteurs également. Sur ce dernier point, voir V. Ranouil, *op. cit.*

148 Sur ce point voir notamment Y. Thomas, *op. cit.*, p. 148 et s. pour des exemples d'institutions fondées sur leur éloignement avec le monde sensible.

149 Les us et coutumes de la sphère du judiciaire sont tels que nous pouvons y voir une forme de détachement du *monde* du droit à côté du *monde* des justiciables : le droit dispose de son langage, de ses formes, ses protagonistes, ses lieux, etc. D'ailleurs, cette différence entre les deux est parfois volontairement cultivée afin d'asseoir la solennité du procès. Sur ce point voir notamment J. Commaille, *À quoi nous sert le droit ?*, Paris, Gallimard, 2015.

150 Il en va ainsi de la fiction et adage juridique « nul n'est censé ignorer la loi ». La loi n'a jamais été accessible en tant que telle à tout le monde, élément démontré par le nécessaire recours aux services d'un avocat, d'un notaire, etc., non seulement en matière contentieuse, mais aussi et surtout pour le rôle de conseil qui peut-être le leur. Des remarques contemporaines peuvent renforcer plus encore cette idée de fiction. Il en va ainsi de l'incroyable inflation législative qu'expérimente la France depuis quelques années déjà. Rappelons que, loin d'être sans incidence, il est des textes qui répriment l'absence de connaissance d'une obligation légale ou réglementaire (voir notamment l'article 121-3 du Code pénal disposant qu'il y a délit « lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, [...] » (nous soulignons) ; on comprend alors que la méconnaissance d'un texte pourra être reprochée et constituer un des fondements d'une sanction pénale). Le Conseil constitutionnel, conscient de cette limite, a créé en 1999 un nouvel objectif à valeur constitutionnelle : l'intelligibilité

de la loi. Pour constater la conscience publique de cette fiction, sans pour autant qu'il ne lui soit apporté de remède concret, voir la page du gouvernement français qui y est consacrée : Direction de l'information légale et administrative, « Que signifie *nul n'est censé ignorer la loi* ? » [en ligne (<https://www.vie-publique.fr/fiches/23898-que-signifie-nul-nest-cense-ignorer-la-loi>)], publié le 9 octobre 2013 [consulté le 3 octobre 2019].

ABSTRACTS

Français

L'objectif de notre article est d'attirer l'attention sur la relativité du concept de *vérité judiciaire* afin d'en mettre les limites en exergue. Ce travail d'historien du droit ouvre inévitablement des pistes de réflexion sur notre système juridique contemporain. Nous mobiliserons une étude historique sur le concept d'élément moral qui prête le flanc à la critique de l'objectivisme supposé et voulu des décisions judiciaires. Comment soutenir que puisse exister une *vérité judiciaire* alors même que la *vérité* paraît inaccessible ? Alors même que l'élément moral, partie majeure de l'incrimination, reste sujet à questionnements sur son contenu ? Ce faisant, le juge se retrouve dans la situation délicate de devoir statuer sans pour autant que soient maîtrisés tous les éléments qui composent l'infraction. Néanmoins, il s'agit là d'une nécessité, peut-être du même ordre qu'invoquer la *vérité judiciaire* pour légitimer une décision de justice.

English

The main purpose of this paper is to demonstrate the relativity of the concept of *judicial truth* in order to highlight its inherent limitations. The historical approach, which we will be developing, opens some reflections about the place of the *mens rea* in our legal system and leads us to criticize the presupposed objectivity of judgments. How could we, indeed, still evoke the remanence of the *legal truth* when the truth seems unknowable ? When the *mens rea*, which is, as we know, a large part of the incrimination, remains subject to questions about its content ? In so doing, the magistrate is in a difficult situation : he has to judge without understanding every single part of the elements that make up the infraction altogether. However, much as the concept of *judicial truth*, it is a necessity, which responds to the same requirements to legitimate a court decision.

INDEX

Mots-clés

vérité judiciaire, vérité factuelle, histoire du droit criminel, intention

Keywords

judicial truth, factual truth, history of criminal law, intent

AUTHOR

Alexandre Frambéry-Iacobone

Univ. Bordeaux, IRM, EA 7434, F-33600 Pessac, France