

Déterminisme et Responsabilité Pénale : Inconciliables ?

Joanna Didisheim *

Qu'advierait-il de notre système pénal si l'on devait réaliser que l'humain n'est pas libre dans ses choix, mais que ceux-ci sont le résultat de mécanismes cérébraux inconscients ? Une responsabilité pénale est-elle possible sans réel contrôle de l'auteur sur son acte criminel ? Cet article soutient que l'éventualité du déterminisme, ou absence de libre-arbitre, doit, au vu des récentes découvertes en neurosciences, être considérée. Envisager cette hypothèse n'est pas renoncer au système actuel de responsabilité pénale, qui peut s'en accommoder sans grand bouleversement. Il s'agit de reconsidérer la définition de la liberté au sens pénal et de souligner les nombreuses justifications d'une responsabilité individuelle, indépendamment de celles reposant sur l'idée de libre-arbitre.

| | |
|--|----|
| I. Introduction..... | 2 |
| 1. L'homme responsable | 2 |
| 2. Le libre-arbitre en question..... | 3 |
| II. La grande peur du juriste | 4 |
| III. Conséquences de l'incapacité à être responsable..... | 5 |
| 1. L'irresponsabilité comme norme | 5 |
| 2. Culpabilité et peine..... | 5 |
| IV. Importance de la responsabilité | 7 |
| V. Un droit affranchi du libre-arbitre ? | 8 |
| 1. La liberté au sens juridique | 9 |
| 2. Repenser la culpabilité | 10 |
| VI. Conclusion : La responsabilité comme contrat social..... | 11 |

Proposition de citation: Joanna Didisheim, Déterminisme et Responsabilité Pénale :
Inconciliables ? in: *sui-generis* 2017, p. 1

URL: sui-generis.ch/29

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.29>

* Joanna Didisheim, MLaw, candidate LL.M. au King's College London.

I. Introduction

- ¹ Au travers de cet article, nous considérons l'influence que la réfutation du libre-arbitre aurait sur notre système, ce dans le but de répondre à la question suivante : déterminisme et responsabilité pénale sont-ils inconciliables ?
- ² Après une brève exposition introductive des liens entre responsabilité pénale et l'idée (souvent remise en question) d'une volonté libre, nous évoquons en première partie les craintes liées à l'éventualité du déterminisme. Ces peurs sont selon nous mal fondées et ne justifient pas d'exclure un débat sur la question.
- ³ Nous démontrons en deuxième et troisième parties pourquoi il est nécessaire de maintenir un concept de responsabilité individuelle. L'absence de punissabilité et une « irresponsabilité de principe » ne sont pas désirables, en raison des rôles fondamentaux de la peine et du concept même de responsabilité.
- ⁴ Enfin, nous proposons une redéfinition de deux concepts importants du droit pénal, liberté et culpabilité, afin de les détacher de la question du libre-arbitre et de les rendre conciliables avec un possible déterminisme.

1. L'homme responsable

- ⁵ Le droit pénal prévoit la réaction de l'Etat face aux comportements délinquants. Ces comportements sont définis à partir de la norme : on définit ce qui peut être attendu de l'homme, et ce qui, puisque déviant de ces attentes, est délinquant. Il en est de même pour le concept de responsabilité, élément essentiel de la répression pénale. La présomption posée par le législateur (la responsabilité est la norme, l'irresponsabilité l'exception) implique une certaine représentation de ce qu'est la normalité.

- ⁶ La responsabilité, faculté de l'homme de déterminer la manière dont il agit, est l'objet de l'art. 19 du Code pénal.¹ Selon cet article, « l'auteur n'est pas punissable si, au moment d'agir, il ne possédait pas la faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte ou de se déterminer d'après cette appréciation ». La responsabilité est une condition de la culpabilité. Pour être déclaré coupable, il doit avoir agi de manière fautive, ce qui suppose qu'il aurait dû et pu se comporter différemment.²
- ⁷ Un des deux éléments de la responsabilité est la capacité volitive (faculté de « se déterminer d'après cette appréciation »), c'est-à-dire la faculté d'agir selon ses propres motivations et d'exercer un contrôle sur son comportement.³ Afin d'être déclaré responsable, l'auteur d'un acte doit avoir eu la possibilité d'agir conformément à ce que la connaissance de la règle lui induit de faire. Ainsi, il sera déclaré irresponsable si, bien que sachant agir contrairement au droit, il n'a pas pu s'en empêcher.
- ⁸ La possession de la capacité volitive implique pour l'individu responsable la faculté de déterminer son acte. Il possède une volonté qu'il peut exercer librement : Face à une situation qu'il évalue comme illégale, il peut se retenir d'agir et contrôler son comportement en conséquent.

¹ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0), (CP).

² Killias Martin et al., Précis de droit pénal général, 4^{ème} éd., Berne, 2016, n° 301.

³ Hurtado Pozo José, Droit pénal partie générale, 2^{ème} éd., Genève, 2008, n° 861.

C'est cette volonté libre qui différencie le normal de l'anormal, le responsable de l'irresponsable. Dès lors, on ne peut que se demander : Une telle volonté libre existe-t-elle réellement ?

2. Le libre-arbitre en question

- 9 La volonté libre, telle que supposée par le concept de responsabilité, est l'objet d'innombrables réflexions et études en philosophie, psychologie et neurosciences. On parle dans ces contextes de libre-arbitre : c'est le pouvoir d'agir selon sa volonté libre, créée par soi-même ; une volonté que l'on est ultimement responsable d'avoir formée.⁴ Autrement dit, cette volonté n'est pas déterminée.⁵
- 10 De nombreuses études de neurosciences ont été conduites, cherchant à démontrer l'existence ou l'absence de libre-arbitre chez l'homme en analysant les mécanismes cérébraux du processus décisionnel.⁶ Ces études ont démontré que

de multiples facteurs influencent nos décisions. L'idée que nos choix sont libres, et que nous aurions pu dans toute situation agir totalement différemment, pourrait bel et bien être une illusion.⁷ Même si le choix n'est peut-être pas entièrement déterminé, il est influencé par de nombreux facteurs qui sortent des caractéristiques traditionnellement attribuées à une volonté libre : la structure du cerveau, ou des simulations externes, peuvent être à l'origine de mouvements, de décisions, de pathologies.⁸ Le moindre dommage cérébral, la moindre variation du fonctionnement neuronal, peuvent influencer le contenu d'une décision.

- 11 Ces expériences, bien qu'elles n'éclaircissent que certains aspects du processus de décision, nous poussent à reconsidérer notre définition du libre-arbitre. En effet, alors qu'une des caractéristiques du libre-arbitre est que le sujet a formé sa volonté et agit de manière consciente⁹, elles ont démontré qu'une partie importante du processus décisionnel se déroule de manière inconsciente.
- 12 Il ne peut être établi que nous sommes déterminés au sens propre du terme¹⁰, mais ce que les avancées de ces dernières années ont pu démontrer, c'est que nous sommes limités dans nos choix. Ceux-ci se résument peut-être à la possibilité

4 Kane Robert, *A contemporary introduction to free will*, New York/Oxford, 2005, p. 172.

5 Simons Peter, Questions of freedom, in : Swinburne Richard (édit.), *Free will and modern science*, Oxford, 2011, p. vii.

6 Voir notamment « *Time of conscious intention to act* », expérience au cours de laquelle il a été démontré que, lorsqu'ils doivent choisir de faire un mouvement au moment de leur choix, les sujets ne prennent conscience de leur décision de bouger qu'après qu'une activité cérébrale a été mesurée (Libet Benjamin et al., *Time of unconscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential)*, in : *Brain*, 1983, n° 106, pp. 623-642) ; « *Unconscious determinant of free decisions in the human brain* », expérience qui a permis de démontrer que l'activité cérébrale antérieure à la prise de décision consciente permet de prédire le choix du sujet d'appuyer sur l'un ou l'autre de deux boutons (Soon Chun Siong et al., *Unconscious determinants of free decisions in the human brain*, in : *Nature Neuroscience*, 2008, 11(5), pp. 543-545) ; « *Movement intention after parietal cortex stimulations in humans* », expérience ayant permis de démontrer que la stimulation d'une certaine

zone du cerveau induit chez le sujet l'envie d'effectuer un mouvement (Desmurget Michel et al., *Movement intention after parietal cortex stimulation in humans*, in : *Science*, 2009, vol. 324, pp. 811-813).

7 Roth Gerhard, *Fühlen, Denken, Handeln : Wie das Gehirn unser Verhalten steuert*, Francfort, 2001, p. 445.

8 Desmurget et al., pp. 811-813.

9 Haggard Patrick, *Does brain science change our view of free will ?* in : Swinburne Richard, p. 9.

10 Selon la théorie du déterminisme, l'action humaine est déterminée par des forces externes et

d'opposer son veto à une action¹¹, et sont influencés par de nombreux facteurs neuronaux. L'homme possède-t-il une faculté particulière, la volonté, pouvant être exercée de manière libre, c'est à dire sans être déterminée ? Si libre s'entend comme « en pleine et entière conscience », alors la réponse semble être non.

II. La grande peur du juriste

¹³ Au vu des nombreux facteurs susceptibles d'influencer la volonté de l'homme, notre concept de responsabilité qui, dans la pratique, permet de considérer irresponsables uniquement ceux qui ont agi sous l'emprise d'une maladie psychique ou de stupéfiants¹², semble limité.

¹⁴ La question du déterminisme a toutefois provoqué peu de travaux et de réflexions au niveau purement juridique en Suisse. Cette réticence à traiter de la question peut s'expliquer par les craintes quant

non pas par le libre-arbitre. (Garland Brent (édit.), *Neuroscience and the law : Brain, mind, and the scales of justice*, Washington, 2004, p. 202). Les partisans du déterminisme neurobiologique considèrent que ces forces externes sont les processus neuronaux inconscients, auxquels notre « nous » conscient n'a pas accès. (Urbaniok Frank et al., *Neurobiologischer Determinismus : Fragwürdige Schlussfolgerungen über menschliche Entscheidungsmöglichkeiten und forensische Schuldfähigkeit*, in : Senn Marcel/Puskàs Daniel (édit.), *Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung, Fachtagung der schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*, Berne, 2006, p. 124).

¹¹ Libet Benjamin, *Do we have free will ?*, in : Kane Robert, p. 552.

¹² Bien que l'énumération des causes d'irresponsabilité ne figure plus dans le Code pénal, l'interprétation systématique de l'art. 19 CP conduit à la conclusion que, comme avant, seul un trouble psychique grave peut mener à l'exclusion de la responsabilité (Felix Bommer, vor art. 19 n° 11, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (édit.), *Basler Kommentar (BSK), Strafrecht I (art. 1-110 StGB, JStGB)*, 3^{ème} éd., Bâle, 2013).

aux conséquences qu'une telle conclusion pourrait avoir sur notre droit. Selon l'immense majorité de la doctrine, le libre-arbitre est nécessaire à la responsabilité pénale, et notre système reposerait ainsi sur l'idée de la volonté libre.¹³

¹⁵ Une idée récurrente derrière cette conception est que les hommes déterminés ne pourraient vivre ensemble : « [...] les humains ne sauraient former une société, car toute société dépend de règles à propos desquelles tout le monde est en "droit" d'attendre qu'elles soient respectées ». ¹⁴ On vivrait ainsi, comme le décrit GSCHWEND, menacés de dangers imprédictibles, pouvant survenir de quiconque : l'homme déterminé serait incapable de contenir ses pulsions face à autrui.¹⁵

¹⁶ Cette image ne reflète pas le déterminisme tel qu'entendu dans ce travail. Les hommes y sont considérés comme détachés du monde qui les entoure : s'ils sont déterminés, ils sont incontrôlables et mus seulement par d'obscures réactions chimiques dans leur cerveau. Déterminisme ne signifie pourtant pas incapacité à être motivé par son environnement. Au contraire, les règles sont parmi les nombreux facteurs qui influencent l'être humain. Il s'agit de ne pas confondre capacité à se conformer aux règles et libre-arbitre. On peut très bien imaginer que le cerveau est déterminé par son environnement, et qu'un certain fonctionnement neuronal est induit par la société et

¹³ C'est notamment l'avis de Hurtado Pozo, n° 827 et de Killias et al., Pénal, n° 907.

¹⁴ Killias et al., Pénal, n° 907.

¹⁵ Gschwend Lukas, *Zur Geschichte der Lehre von der Zurechnungsfähigkeit*, thèse, Zurich, 1996, p. 111.

ses règles. Les lois contribueraient alors au déterminisme. Nos choix dépendent d'innombrables facteurs, tels que la génétique, la structure du cerveau, le contexte de vie, et (éventuellement, mais pas nécessairement) le libre-arbitre. Si l'on considère le déterminisme neurobiologique, tel qu'entendu ici, on ne peut valider l'existence du libre-arbitre par le simple argument que la vie en société ne serait pas possible sans lui.

- ¹⁷ Les craintes liées à l'admission d'un certain déterminisme chez l'homme ne devraient pas suffire à exclure une réflexion à ce sujet. Il s'agit plutôt de réfléchir aux conséquences qu'aurait une exclusion de la capacité volitive sur notre système, et aux solutions possibles face à une telle conclusion.

III. Conséquences de l'incapacité à être responsable

1. L'irresponsabilité comme norme

- ¹⁸ Considérons alors le déterminisme. Si cette volonté libre, qui différencie le responsable de l'irresponsable, cette faculté de déterminer nos actes, d'agir selon nos propres motivations et d'exercer un contrôle sur notre comportement, n'existe pas, la capacité volitive devrait être exclue chez tous.¹⁶ Si on ne subordonne pas l'application de l'art. 19 CP à la présence d'un trouble psychique, et si la capacité volitive n'existe chez personne, on pourrait parler d'une irresponsabilité de principe.

¹⁶ La capacité volitive, en l'absence de laquelle l'auteur n'est pas responsable, suppose en effet qu'il ait eu la faculté d'agir selon ses propres motivations et ait pu exercer un contrôle sur son comportement (Hurtado Pozo, n°861).

- ¹⁹ Si tout le monde est irresponsable, quel jugement peut être prononcé à l'égard de l'auteur d'une infraction ? La responsabilité est une condition de la culpabilité, et ainsi de la répression de l'infraction pénale.¹⁷ La culpabilité est quant à elle une condition de réalisation de l'infraction.¹⁸ L'auteur, n'ayant pas fauté, est irresponsable et donc affranchi de toute culpabilité et de toute peine.

2. Culpabilité et peine

- ²⁰ Une des conséquences principales de l'irresponsabilité est que l'auteur n'est pas punissable (art. 19 CP). Une telle incidence, si elle devait devenir la règle, ne serait toutefois pas désirable, en raison des fonctions morales (de rétribution) et utilitaires (de prévention) de la peine.

a) Rétribution : la culpabilité morale

- ²¹ Dans son aspect rétributif, la peine est conçue comme une vengeance, elle sert à l'expiation des péchés. C'est la conception traditionnelle de la peine. Elle repose sur un jugement moral, qui suppose que l'auteur ait fauté. Une telle conception de la culpabilité, fondée uniquement sur cet aspect moral, rend notre système incompatible avec le déterminisme. L'auteur n'ayant eu la possibilité d'agir autrement, on ne peut retenir de faute.¹⁹
- ²² Un aspect important de la culpabilité comme fondement de la peine est la régulation du pouvoir de l'Etat qu'elle permet. La peine est limitée par la culpabilité

¹⁷ Graven Philippe, *L'infraction pénale punissable*, 2^{ème} éd., Berne, 1995, p. 117.

¹⁸ Hurtado Pozo, n° 13.

¹⁹ Kaufmann Arthur, *Das Schuldprinzip: eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2^{ème} éd., Heidelberg, 1976, p. 282.

ité.²⁰ Même la loi du Talion, dans son esprit de vengeance contre le mal causé, comprend une limite : on n'enlève pas plus que ce qui a été pris, œil pour œil, dent pour dent.²¹ Cet aspect limitant est souligné par le Tribunal fédéral. Selon lui, une peine ne se laisse justifier que dans la mesure où un reproche d'une culpabilité peut être fait. On ne peut excéder la peine justifiée par la culpabilité en rapport avec cet acte, en particulier pour des raisons de prévention générale.²² L'aspect de rétribution liée à la faute permet ainsi une limitation essentielle : on n'est pas puni au-delà de ce que l'on mérite.

²³ Le prévenu irresponsable est acquitté, puisque qu'il ne peut fauter. Les attentes quant au rôle rétributif de la justice transparaissent de manière flagrante dans ces cas. Bien que des mesures soient presque toujours prononcées lorsque des infractions graves ont été commises, le prévenu irresponsable semble, au regard du public, « échapper » à tout jugement.²³ Il est intéressant de constater

l'effet qu'une telle procédure²⁴ peut avoir sur l'opinion publique. Si une telle frustration et une telle incompréhension sont provoquées par un non-lieu, alors même qu'un internement, qui parfois se prolongera à vie, peut être prononcé, quelles seraient les conséquences sur notre système judiciaire si tout auteur d'un acte criminel devait être considéré irresponsable ? Nous ne pourrions vraisemblablement pas renoncer entièrement à la procédure pénale classique, à l'audience publique et la confrontation avec la justice, qui semblent exercer une fonction essentielle dans notre société. Si l'aspect rétributif ne peut plus être justifié, il faudra lui trouver un substitut.

b) Prévention : la culpabilité fonctionnelle

²⁴ Le concept de culpabilité morale, lié à la faute, est fragile face au déterminisme. Il est dès lors intéressant de relever que de nombreuses théories se distancient de la culpabilité comme élément central justifiant la peine.

²⁵ Le Tribunal fédéral énonce dans sa nouvelle jurisprudence que c'est la prévention qui justifie en première ligne la peine, et non pas la « vengeance ». Ceci est marqué dans notre Code pénal par le

²⁰ BSK-StGB/Bommer, vor art. 19 n° 51.

²¹ Jakobs Günther, Strafrecht, Allgemeiner Teil : die Grundlagen und die Zurechnungslehre : Lehrbuch, 2^{ème} éd., Berlin, 1991, n° 19.

²² ATF 118 IV 342, 350 consid. 2g.

²³ A titre d'exemple, le journal « Le Matin » titre : « Tuerie de Daillon (VS) : Pas de vrai procès pour l'assassin » lorsque la procureure engage la procédure spéciale applicable aux prévenus irresponsables. (Le Matin du 8 juin 2016, p. 18). Dans le même sens, l'avocat Éric Stoudmann critique dans une colonne publiée dans le journal « 24heures » la décision du Tribunal d'accusation (qui exerçait sous l'ancienne procédure le rôle du ministère public) d'envoyer un prévenu déclaré irresponsable par les experts face à un Tribunal, au lieu de rendre un arrêt de non-lieu, comme prévu par la loi en vigueur à l'époque des événements. Il considère que le Tribunal a cédé à l'émotion du public, qui souhaitait la comparution du prévenu devant un tribunal, « avec toute la symbolique expiatoire qui s'attache au procès

pénal. » (Stoudmann Eric, Le juge, le psychiatre et l'opinion publique, in : 24heures, 15 juillet 2005, p. 2).

²⁴ En cas d'irresponsabilité, il n'y a pas de mise en accusation. Le ministère public engage une procédure indépendante à l'égard de prévenus irresponsables (art. 374 du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 [RS 312.0], [CPP]), ou, dans le cas où aucune mesure n'est requise, émet une ordonnance de classement (art. 319 CPP) (Felix Bommer, art. 374 n° 17, in : Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne /Wiprächtiger Hans (édit.), Basler Kommentar (BSK), Schweizerische Strafprozessordnung : Jugendstrafprozessordnung II (art. 196-457 StPO, art. 1-54 JStPO), 2^{ème} éd., Bâle, 2014).

régime d'exécution des peines, qui vise à la resocialisation des prisonniers, ainsi que par l'éventail de mesures que le juge a à disposition lors du jugement.²⁵

²⁶ Les fonctions préventives de la peine pénale ne dépendent pas du libre-arbitre. Même si personne n'est responsable, la nécessité de protéger la société subsiste. Le maintien des peines est nécessaire, non-seulement comme moyen de neutralisation et de prévention spéciale, mais aussi pour la prévention générale. L'homme déterminé n'est pas pour autant prédéterminé. L'existence de règles et leur mise en œuvre exercent une influence sur le criminel lui-même, tout comme sur ceux qui pourraient un jour passer à l'acte. Elles font partie de notre environnement et sont nécessaires au maintien du droit dans un Etat.

²⁷ Certaines théories vont toutefois plus loin qu'un système de peines basé sur rétribution et prévention, et envisagent une peine pénale sans culpabilité. La culpabilité ne se mesure pas en fonction des capacités volitives et cognitives de l'auteur, mais en fonction de la prévention générale.²⁶ La culpabilité est réduite à une étiquette, et est attribuée lorsque c'est nécessaire pour des questions de prévention. La culpabilité n'est alors plus que la marque du manque à l'ordre de droit, un outil permettant de prononcer une peine, et non pas la désignation d'un état fautif de l'auteur.²⁷ L'ampleur de la peine sera mesurée en vertu des besoins de prévention de la société et non pas en vertu de la gravité de la faute morale. Le libre-arbitre n'est ainsi pas une condition

nécessaire à la peine.²⁸

²⁸ Un système de peine fondé uniquement sur la prévention est toutefois problématique. En effet, nous l'avons vu, la culpabilité en son sens classique a une fonction limitante sur la peine. C'est un contrôle du pouvoir de l'Etat : personne ne peut être condamné au-delà de sa faute.²⁹ Un système basé uniquement sur la prévention n'est pas à l'abri de dérives sécuritaires et d'emprisonnements excessifs afin d'éviter tout risque de récidive.

²⁹ Nous voyons ainsi que la peine et le rôle rétributif de la justice sont centraux. Ils semblent nécessaires au bon fonctionnement de notre société, et ne peuvent être justifiés par une seule idée de prévention sans risquer de tomber dans l'excès.

IV. Importance de la responsabilité

³⁰ Dans une conception morale de la culpabilité exposée ci-dessus, on est responsable parce qu'on a fauté dans l'exercice de notre volonté libre. La responsabilité dépend ainsi d'un certain libre-arbitre. Toutefois, la responsabilité a une grande importance au-delà de sa signification comme condition de la culpabilité. Elle n'est pas qu'un moyen pour réprimer un acte, une condition d'imputabilité de la peine. Le concept même de responsabilité a une signification propre et autonome face au crime, qui va au-delà de la simple « capacité d'être coupable ».³⁰

²⁵ ATF 129 IV 161, consid. 4.2.

²⁶ Jakobs, n° 9.

²⁷ BSK-StGB/Bommer, vor art. 19 n° 53.

²⁸ Greene Joshua/Cohen Jonathan, For the law, neuroscience changes nothing and everything, in : Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences, Londres, 2004, p. 1783.

²⁹ Hurtado Pozo, n° 833.

³⁰ On voit à cet égard une différence entre les for-

³¹ Des facteurs liés à l'environnement sociétal influencent le nombre d'infractions commises.³¹ L'attribution de la responsabilité aux hommes, comme la peine pénale, sont des facteurs importants en la matière, conditionnant de nombreux comportements. Il est important à cet égard de ne pas confondre « déterminisme » et « prédéterminisme ». L'absence de libre-arbitre ne signifie pas que l'homme a un destin qui ne peut être modifié. Au contraire, de multiples facteurs déterminent justement ses actions, et nombre de ceux-ci ne sont pas innés, mais résultent de l'environnement dans lequel l'homme évolue.

³² Le concept de responsabilité lui-même a un impact sur l'être humain. Se savoir responsable de nos actions a une grande incidence sur elles, et ainsi sur le crime. La croyance en notre libre-arbitre fait partie des facteurs déterminant (ou influençant) les actions de l'homme, et penser que l'on est déterminé peut favoriser les actes répréhensibles. Ceci a été démontré dans une étude conduite en 2008 par VOHS et SCHOOLER, au cours de laquelle les sujets, partagés en deux groupes, devaient lire un texte. Le texte soumis au premier groupe soutenait le déterminisme dû à des facteurs génétiques et environnementaux, alors que celui soumis au deuxième soutenait le libre-arbitre. Suite à cette lecture, les su-

jets étaient soumis à un test auquel il était aisé de tricher. Ceux qui avaient lu le texte soutenant le déterminisme furent plus nombreux à tricher pendant le test que les autres.³² Nous voyons ainsi l'impact que la représentation que nous avons de nous-même peut avoir sur nos actions.

³³ L'idée que nous pouvons décider de nos actes nous permet d'en prendre responsabilité. Sans cette responsabilisation, une certaine distance risque d'être prise face à nos actions. Ceci pourrait conduire à une augmentation des comportements répréhensibles, et ainsi du crime. Il est important pour le maintien de notre système, et de manière plus globale pour la vie en société, de conserver une notion de responsabilité individuelle. Même dans une perspective préventive du droit pénal, assumer la responsabilité de nos actions est important. Si nous sommes déterminés, alors laissons le concept de responsabilité être part de l'environnement qui contribue à ce déterminisme.

V. Un droit affranchi du libre-arbitre ?

³⁴ Nous voyons que, quelles que soient les conclusions quant à une capacité volitive de l'homme, le concept de responsabilité et la peine pénale doivent être maintenus afin d'assurer le bon fonctionnement de la société. Le maintien de ces institutions essentielles de notre droit nous semble possible en reconsidérant simplement certains concepts qui les justifient, de

mules utilisée dans les versions francophone et germanophone du CP : Responsabilité et *Schuldfähigkeit* n'ont pas exactement la même signification. « Capacité d'être coupable » correspond à la conception actuelle de la responsabilité, comme condition de la faute. « Responsabilité », ou « répondre de » peut s'entendre dans un sens plus large, que nous préconisons ici.

³¹ Killias Martin/Aebi Marcelo F./Kuhn André, *Précis de criminologie*, 3^{ème} éd., Berne, 2012, nos 701 ss.

³² Vohs Kathleen D./Schooler Jonathan W., *The value of believing in free will : Encouraging a belief in determinism increases cheating*, in : *Psychological Science*, Washington, 2008, vol. 19, pp. 49-54.

manière à les rendre indépendants de la question du libre-arbitre.

1. La liberté au sens juridique

³⁵ Face à un acte criminel, on se demande : Est-ce que c'était *lui* ? *Lui* ou ses gènes ? *Lui* ou son éducation ?³³ Avec la crainte que nous ne soyons que des pantins manipulés par notre cerveau, nous sommes pris dans une conception dualiste du corps et de l'esprit.³⁴ On pense intuitivement qu'il serait injuste de condamner si « c'est la faute de son cerveau ». Mais que faut-il alors condamner ? On tombe dans un schéma absurde : il faut punir le cerveau et pas *lui*. Nous sommes notre cerveau, nos gènes, notre éducation. Il n'y a pas de barrière à tracer entre les deux.³⁵ Sans prendre position dans le débat philosophique quant à l'existence d'un « soi » au-delà du corps, on peut déjà percevoir que refuser de condamner car la faute est due à des éléments qui nous composent n'est pas cohérent. Il faut sortir de cette pensée dualiste et envisager l'humain et ses attributs comme un tout.

³⁶ La liberté du « soi » face au cerveau n'a pas à être tranchée par le droit. Comme écrit DENNETT, si les avancées en neurosciences nous mènent à conclure que personne n'est « vraiment responsable » d'un point de vue philosophique et juridique, c'est que la conception de la responsabilité et du libre-arbitre utilisée n'est pas la bonne.³⁶ Selon ROTH ET AL., la liberté de la volonté au sens juridique est

un concept utilisé de manière contradictoire, qui dans sa formulation actuelle n'est pas une base suffisante pour justifier culpabilité et peine.³⁷ C'est une erreur de faire reposer notre concept de culpabilité sur le libre-arbitre, en prenant la « capacité volitive » comme condition de la responsabilité.

³⁷ Le droit doit s'affranchir d'un jugement sur la liberté de la volonté dans son sens classique. La solution nous semble résider dans une définition compatibiliste de la liberté.³⁸ Les entraves à la liberté qui doivent être considérées, et sur lesquelles il est possible d'émettre un jugement, sont les contraintes extérieures. La liberté se comprend alors comme la possibilité d'agir selon sa personnalité et ses motifs.³⁹ Un jugement de cette liberté peut être porté par notre droit.

³⁸ Une telle définition de la liberté, se référant uniquement aux contraintes externes, nous semble suffisante à justifier l'imputation d'un acte à l'auteur. Il ne s'agit pas de déterminer si oui ou non une liberté de la volonté existe au-delà d'une liberté compatibiliste, mais simplement de définir une liberté permettant d'émettre un jugement pénal, sans

³³ Greene/Cohen, p. 1778.

³⁴ Cova Florian, Neurosciences et liberté ne sont pas incompatibles, in : Cerveau et psycho, n° 76, avril 2016, p. 18.

³⁵ Greene/Cohen, p. 1779.

³⁶ Dennett Daniel C., *Intuition pumps and other tools for thinking*, Londres, 2014, p. 356.

³⁷ Roth Gerhard/Lück Monika/Strüber Daniel, *Gehirn, Willensfreiheit und Strafrecht*, in : Senn Marcel/Puskàs Daniel, p. 105.

³⁸ Les compatibilistes considèrent que déterminisme et liberté sont compatibles. Pour eux, est libre celui qui a le pouvoir et la capacité de faire ce qu'il veut faire. La volonté n'est pas considérée comme libre en elle-même : seul celui qui l'exerce est libre de l'exécuter ou non. (Appourchaux Krystèle, *Un nouveau libre arbitre : à la lumière de la psychologie et des neurosciences contemporaines*, Paris, 2014, p. 25). C'est l'absence de contraintes extérieures (telles qu'un enfermement ou une répression) qui font de l'homme un être libre, et non pas les causes qui ont pu créer cette volonté.

³⁹ Roth/Lück/Strüber, p. 114.

menace de nouvelles preuves d'influences sur notre « volonté libre ».

2. Repenser la culpabilité

³⁹ La culpabilité, en son sens de faute et non pas de simple qualité d'auteur d'une infraction, nous semble un concept peu adapté à une telle redéfinition de la liberté. La « faute pénale » est un jugement moral, justifiant la peine comme vengeance et expiation.⁴⁰ Il semble difficile, avec une telle définition, de s'affranchir d'un jugement portant sur la volonté libre du prévenu. Il est toutefois important de ne pas non plus tomber dans une conception purement fonctionnelle de la culpabilité, basée uniquement sur des critères de prévention, dont nous avons vu les problèmes.⁴¹ Enfermer pour prévenir est déshumanisant envers le prévenu. On le considère comme incapable de jugement moral, devant être neutralisé, et non pas devant répondre d'un acte en particulier.⁴²

⁴⁰ Comment légitimer la peine pénale dans un système ne reposant pas sur le libre-arbitre comme justification morale ? Une piste intéressante nous semble émaner de la théorie de VON HIRSCH. Pour lui, la sanction transmet un blâme. La fonction de la peine est de transmettre un reproche en raison d'un acte en particulier. La peine doit ainsi être proportionnelle au caractère blâmable de l'acte.⁴³

⁴¹ Nous pourrions définir la culpabilité comme la commission d'une infraction de manière « blâmable » et non pas

« fautive ». Ceci a pour avantage d'exprimer un jugement de désapprobation d'un acte, et non pas un jugement des qualités morales internes à l'auteur. Il est possible de décider que tel comportement est *blâmable*. Au contraire, la *faute* suppose, selon la définition actuelle, que le prévenu ait pu et dû se comporter autrement⁴⁴ : c'est un jugement empreint de concepts moraux reposant sur l'idée de la volonté libre.

⁴² Un acte qui remplit la typicité d'une infraction, et a été commis de manière illicite, devrait encore avoir été commis de manière blâmable afin de constituer une infraction.⁴⁵ Les excuses qui rendent un comportement non-blâmable doivent être définies. Elles pourraient être les mêmes que les motifs d'exclusion de la culpabilité aujourd'hui, tels que la défense, la contrainte, l'erreur, ou la maladie. Ceux qui agissent aujourd'hui de manière irresponsable, ou partiellement responsable, en vertu de l'art. 19 CP n'adoptent pas un comportement blâmable, respectivement adoptent un comportement peu blâmable. La capacité volitive pourrait continuer de constituer un critère dans la détermination du caractère blâmable de l'acte, mais uniquement en lien avec un trouble psychique. Il est donc essentiel de conserver une méthode mixte d'évaluation de l'irresponsabilité⁴⁶ afin de limiter son

⁴⁰ Cf. *supra*, pp. 4-5

⁴¹ Cf. *supra*, pp. 5-6

⁴² Von Hirsch Andrew, *Censure and sanctions*, Oxford, 1993, p. 11.

⁴³ Von Hirsch, p. 9.

⁴⁴ Killias et al., *Pénal*, n° 301.

⁴⁵ Nous reprenons ici la définition de l'infraction selon Hurtado Pozo (n° 817), et remplaçons « coupable » par « blâmable ».

⁴⁶ La méthode mixte cumule les éléments biologiques (une liste d'états qui fondent l'irresponsabilité, tel qu'un trouble mental) et psychologiques (l'analyse des facultés au moment de l'acte) (Graven, p. 222). Dans le cadre de notre législation actuelle, cela signifie continuer à interpréter l'art. 19 CP à la lumière de son ancienne

application, et éviter que des questions quant au déterminisme de l'homme ne se posent.

⁴³ Le blâme est également un moyen de limiter la peine : Le blâme ne peut excéder la gravité de l'infraction, et la peine doit y être proportionnelle.⁴⁷ La gravité de l'acte s'évalue en fonction de différents critères, comme nous le faisons déjà lors de la détermination de l'étendue de la culpabilité pour la fixation de la peine (art. 47 CP). La dimension préventive ne peut alors être prise en compte qu'au sein d'un cadre dont la limite supérieure est fixée par le blâme.⁴⁸

⁴⁴ Une reformulation de la culpabilité comme la commission d'une infraction de manière blâmable n'aurait pas d'incidence pratique directe sur notre système. Les comportements pour lesquels la culpabilité est exclue aujourd'hui resteraient non punissables, et la peine serait limitée par la gravité de l'infraction. Cette définition permet toutefois d'affranchir notre système du libre-arbitre. La capacité de répondre d'un acte ne reposerait plus sur un élément fragile et souvent remis en question.

VI. Conclusion : La responsabilité comme contrat social

⁴⁵ Les découvertes en neurosciences ébranlent notre conception de la liberté. Si elles ne permettent pas (pour l'instant ?) d'exclure l'idée d'un libre-arbitre, elles nous ont déjà démontré que la volonté

formulation, et ainsi exiger qu'un trouble mental soit à l'origine de l'irresponsabilité pour l'appliquer.

⁴⁷ Von Hirsch, p. 1.

⁴⁸ Von Hirsch, p. 14.

n'est pas libre d'influences, internes comme externes. Ceci nous oblige, qu'on le veuille ou non, à réfléchir aux fondements de notre droit pénal.

⁴⁶ Nous voyons que notre système actuel peut s'accommoder du déterminisme sans grand bouleversement. Considérer le déterminisme comme la preuve d'un facteur extérieur influençant la volonté est, selon nous, une erreur. L'être humain doit être considéré comme un tout. Les décisions « de notre cerveau » sont les nôtres, l'environnement dans lequel nous évoluons construit notre propre personne. La liberté nécessaire pour émettre un jugement pénal doit être une liberté compatibiliste, une liberté de l'homme face à des contraintes extérieures et non pas internes. La contrainte interne ne doit être considérée qu'en cas de trouble mental. C'est seulement chez les individus souffrant d'un trouble que la capacité volitive doit être questionnée lors du jugement pénal.

⁴⁷ La responsabilité ne doit pas être définie comme un qualité particulière de notre cerveau. Nous n'avons pas identifié de circuit neuronal de la « capacité à être responsable », dont la responsabilité humaine dépend. La responsabilité doit plutôt être pensée, comme le formule GAZZANIGA, comme un « contrat social ».⁴⁹ Nous sommes la loi, nous formulons des règles et acceptons ainsi de les suivre.⁵⁰ En décidant quels comportements sont blâmables, et lesquels sont excusables, nous acceptons d'assumer la responsabilité des comportements inacceptables.

⁴⁹ Gazzaniga Michael S., *Who's in charge. Free will and the science of the brain*, 2011, traduction française par Kaldy Pierre, *Le libre arbitre et la science du cerveau*, Paris, 2013, p. 212.

⁵⁰ Gazzaniga, p. 220.

- 48 La responsabilité doit se comprendre en son sens premier, « répondre de », et non pas comme « capacité d'être coupable ». L'auteur est mis face à son acte et confronté à la désapprobation exprimée par la peine. La culpabilité ne saurait être une simple étiquette posée sur celui qu'on veut empêcher de commettre de nouveaux crimes. C'est un système choisi par les hommes pour eux-mêmes.
- 49 On ne peut pas inventer le libre-arbitre s'il n'existe pas. Par contre, nous pouvons décider d'engager notre responsabilité. C'est un acte d'humanité, que de considérer les hommes comme capables d'assumer la responsabilité de leurs actions.