



COUR DE CASSATION

AVIS DE Mme ZIENTARA, AVOCATE GENERALE

**Arrêt n° 404 du 14 avril 2021 (chambre criminelle)
Pourvoi n° 20-80.135**

**Mme A... X..., et autres
C /
M. H... Z...**

Plan

1ère partie : Présentation des pourvois..... 4

1 Rappel des faits et de la procédure

2 Analyse succincte des moyens des consorts Y... et du moyen des consorts X

2-1 Sur les moyens soulevés par les consorts Y...

2-2 Sur le moyen soulevé par les consorts X...

2-3 Sur le mémoire en défense

2ème partie : sur les non admissions proposées et sur la question de la recevabilité des appels des parties civiles..... 14

1 Sur l'avis de non admission du 1er moyen des consorts Y...

2 Sur l'avis de non admission des 7ème, 8ème et 9ème branches du moyen unique des consorts X...

3 Sur la question de la recevabilité des appels des parties civiles

3ème partie : sur la déclaration d'irresponsabilité pénale..... 21

1 Sur le champ de l'article 122-1 du code pénal

2 Sur les conséquences de la faute antérieure sur la responsabilité pénale

2-1 La nécessité de circonscrire avec rigueur les données du débat

2-1-1 Sur le plan clinique, l'existence d'une bouffée délirante aiguë entraîne en principe une abolition du discernement et du contrôle des actes

2-1-2 Cette abolition du discernement a une origine exotoxique

2-1-3 La question de l'effet de la faute antérieure sur la responsabilité pénale

2-2 En l'état du droit positif, la faute antérieure ne permet pas d'exclure l'irresponsabilité pénale pour trouble mental en cas de crime ou délit intentionnel

2-2-1 La théorie dite de l'innocuité de la faute antérieure doit être privilégiée

2-2-2 Il ne peut être valablement soutenu qu'à ce jour la théorie classique a été démentie par la jurisprudence des juges du fond ou de la Cour de cassation

2-3 Est-il juridiquement possible de modifier cet état du droit positif pour, de manière prétorienne, énoncer un principe d'exclusion systématique de l'irresponsabilité pénale en cas de trouble mental provoqué par une prise volontaire de toxique ?

2-3-1 Un état du droit certainement insatisfaisant

2-3-2 Énoncer un principe d'exclusion de l'irresponsabilité pénale à portée générale outrepasserait cependant l'office du juge de cassation

2-4 Quelles autres voies sont possibles ?

2-4-1 Une limitation de l'effet exclusif de la faute antérieure à certaines situations

2-4-2 Application de l'évolution jurisprudentielle préconisée au cas d'espèce

2-4-3 La possibilité d'envisager une qualification d'homicide involontaire

3 Sur l'office de la chambre de l'instruction dans le cadre de la procédure des articles 706-125 et suivants du code de procédure pénale

3-1 Sur la circonstance aggravante d'antisémitisme

3-2 Sur la possibilité pour la chambre de l'instruction elle-même de déclarer l'irresponsabilité sans renvoi à la cour d'assises

1ère partie

Présentation des pourvois

1. Rappel des faits et de la procédure

Les faits, tels qu'ils ressortent de l'ordonnance des juges d'instruction de transmission de la procédure aux fins de saisine de la chambre de l'instruction du 12 juillet 2019, de l'arrêt du 19 décembre 2019, complétés par la lecture du réquisitoire définitif de mise en accusation devant la cour d'assises, peuvent se résumer comme suit :

Dans la nuit du 3 au 4 avril 2017, rue [...], dans le 11ème arrondissement à Paris, H... Z..., âgé de 27 ans, sonnait chez son voisin I... P... qui lui ouvrait la porte. Il s'engouffrait dans l'appartement avant de refermer la porte, de la verrouiller et d'en conserver la clé. Face à l'agressivité et à l'excitation de H... Z..., I... P... se réfugiait avec sa femme et les autres membres de la famille dans une des chambres de l'appartement et plaçait un buffet devant la porte. H... Z... tentait de forcer la porte de la chambre. La fille de M. P... appelait la police à 4h25 et indiquait, selon l'enregistrement de l'appel effectué, qu'elle était séquestrée par "un fou" avec sa famille, dans son propre domicile.

Les policiers de la BAC (Brigade anti-criminalité) du 11ème arrondissement arrivaient sur place, ils entendaient H... Z... hurlant et récitant des prières en arabe, sans pouvoir immédiatement ouvrir la porte du domicile des P..., opération qui nécessitait notamment l'usage d'un bélier dont ils n'étaient pas équipés.

Dans le même trait de temps, H... Z... s'introduisait dans le domicile de J... X..., situé au [...], en passant par le balcon qui était contigu à celui de l'appartement de la famille P....

Il était ensuite vu par un témoin des faits, G... O..., réveillé par des gémissements assez forts provenant de l'appartement de Mme J... X..., en train de donner des coups sur le visage et le corps de la victime avec un acharnement que le témoin qualifiait de bestial, en criant notamment "tu vas fermer ta gueule, grosse pute, salope, tu vas payer". Selon le témoin, il disait à plusieurs reprises « Allah Akbar » et « Que Dieu me soit témoin » en continuant à frapper. Il saisissait ensuite J... X... par les poignets, la soulevait et faisait basculer son corps par-dessus la rambarde du balcon. La victime tombait depuis le troisième étage au sol dans le jardin de la résidence de l'immeuble et une voisine, Mme BN... entendait H... Z... dire "appelez la police, elle s'est suicidée". Le corps de la victime était immédiatement découvert par les policiers, arrivés sur place après avoir été appelés par des voisins. A côté du corps se trouvaient des jouets d'enfants et le sac à main de la victime. Les policiers apercevaient alors sur le balcon H... Z... qui avait passé une jambe par-dessus la rambarde et tenait des propos incohérents.

L'autopsie du corps de la victime concluait que la mort était due à un polytraumatisme par chute d'un lieu élevé. Des traumatismes cranio-faciaux avec hémorragie, de très

nombreuses fractures sur l'ensemble du corps ainsi que des lésions de prise identifiables étaient relevées. L'expert estimait que la chute avait eu lieu alors que J... X... était encore vivante.

H... Z... regagnait ensuite l'appartement de la famille P... où il tentait à nouveau de forcer la porte de la chambre sur laquelle on retrouvait des traces de sang. Il était finalement interpellé à 5H35, dans la pièce principale, où les policiers, qui étaient parvenu à forcer la porte, le découvraient en train de réciter des prières en arabe.

Au vu de son état particulièrement excité, H... Z... était dirigé aux UMJ de l'Hôtel-Dieu aux fins d'examens médicaux et notamment d'examen de comportement. Ces derniers révélaient des troubles mentaux manifestes nécessitant un transfert à l'Institut Psychiatrique de la Préfecture de Police de PARIS (I.P.P.P.) et son état était jugé incompatible avec la garde à vue.

Une information judiciaire était ouverte le 14 avril 2017 des chefs d'homicide volontaire au préjudice de J... X... et de séquestration avec absence de libération volontaire avant le 7 ème jour au préjudice de I..., K..., L..., M..., N... et AB... P....

H... Z... n'était mis en examen par le magistrat instructeur de ces chefs que le 10 juillet 2017, son audition étant jusqu'alors incompatible avec son état de santé mentale.

Les différentes auditions effectuées, celles des membres de la famille P..., des différents fonctionnaires de police qui étaient intervenus (ceux de la BAC 11 et ceux de la BAC 75) ainsi que de nombreux voisins, témoins, auditifs ou visuels, d'une partie des faits commis dans l'appartement et sur le balcon de Mme X..., permettaient de mettre en évidence que H... Z... avait proféré des mots incompréhensibles, récité des sourates du Coran et fait référence au "*Sheitan*" (diable).

H... Z... lors de son premier interrogatoire, réalisé dans l'enceinte de l'hôpital, expliquait que deux jours avant les faits, il ne se sentait pas bien. Il était comme possédé, marabouté et craignait l'entourage. Il avait eu peur de l'aide soignante venant aider sa soeur handicapée à la suite d'un AVC, qui n'était pas la même que celle qui venait d'habitude qu'il avait soupçonné de *vouloir faire du vaudou parce qu'elle avait craché dans une bouteille*.

Selon ses déclarations, ses parents avaient tenté de lui faire comprendre que ce qu'il voyait (le diable) n'était pas la réalité, mais sans y parvenir. Ils avaient d'ailleurs appelé M. P..., leur voisin qu'il connaissait depuis longtemps, pour tenter de le calmer.

Sa mère avait demandé à CD..., un ami, de veiller sur lui. Il s'était rendu chez CD... le 3 avril et y avait passé une bonne partie de la journée et de la soirée. Il avait fumé une dizaine de joints la veille des faits. Il était allé à la mosquée avec CD... pour essayer de calmer ses angoisses, puis ils étaient rentrés chez CD... et avaient regardé un film "*The punisher*". Il ne comprenait pas pourquoi sa mère ne voulait pas le voir. Il avait quitté CD... vers 3h/3h30. Il n'avait pas les clés de chez lui et était allé chez la famille P.... Quand il était rentré chez les P..., il avait crié "*que satan soit bani*" en arabe. La famille avait eu peur et s'était enfermée dans une chambre. Il ne savait pas pourquoi il avait crié, il était selon son expression "*dans*

son délire". Il s'était battu avec M. P..., peut-être parce que ce dernier voulait le faire sortir de chez lui et qu'il ne voulait pas. Il était finalement resté dans le salon à réciter le Coran. Il précisait qu'il se sentait comme pourchassé.

Il avait ensuite décidé d'aller sur le balcon et de l'enjamber, sans savoir chez qui il allait se retrouver. Il indiquait que quand il avait marché dans l'appartement, il avait vu une Torah et la dame qui s'était réveillée car il faisait du bruit. Il lui avait demandé d'appeler la police car il pensait qu'ils allaient se faire agresser. Elle avait appelé d'un téléphone fixe. Il pensait qu'il était entre 4h et 5h du matin. La dame avait donné comme adresse à la police le ...0 et lui disait le ...2. Elle avait persisté en mentionnant le ...0, alors il l'avait frappée avec le téléphone. Elle avait voulu prendre son sac à main mais il l'avait jeté par la fenêtre. Il s'était mis à la frapper avec le téléphone d'abord puis avec ses poings. Il ne pouvait pas expliquer ce qu'il lui avait pris. Il l'avait ensuite soulevée et jetée par la fenêtre. La femme n'avait pas essayé de se défendre.

Selon ses dires, il connaissait J... X... depuis de nombreuses années. Il savait qu'elle était juive par les vêtements qu'elle portait et se souvenait que ses enfants portaient une kippa. Il indiquait qu'il n'était pas antisémite et n'avait jamais eu de problèmes avec les voisins juifs.

Il pensait que tout ce qu'il s'était passé était horrible et qu'il n'aurait jamais dû faire cela. Sans doute, selon lui, avait-il fumé trop de cannabis.

Les auditions de son entourage familial et amical confirmaient qu'il n'était pas dans son état normal depuis la veille des faits, étant très agité, parlant tout seul et ayant le regard vide, de même que celle de l'auxiliaire de vie venue s'occuper de sa soeur qu'il avait chassée de l'appartement et poursuivie.

Sur le plan toxicologique, il déclarait qu'il fumait du cannabis à raison de 15 joints par jour depuis l'âge de 16 ans.

L'analyse toxicologique réalisée sur H... Z... à partir d'un prélèvement sanguin effectué le 4 avril à 14h concluait à la présence de 4 ug/l de delta 9-tétrahydrocannabinol (THC), deux métabolites d'hydrosytétrahydrocannabinol (2,3ug/l), 83,7ug/l d'acide 11-nor-delta9-THC-Carboxylique, de sorte qu'il était sous l'influence des effets psychotropes du cannabis.

L'expertise toxicologique confiée au docteur BL..., s'appuyant sur l'analyse sanguine réalisée le 4 avril et sur l'analyse pratiquée sur ses cheveux prélevés le 03 juillet, concluait qu'au moment où il était passé à l'acte, s'il n'avait pas consommé de cannabis entre les faits et le prélèvement, il était encore plus sous l'effet du cannabis, avec une concentration en THC très supérieure à 4,0 ng/mL (bien que non calculable) étant donné le délai de quelques heures écoulé entre les faits et le prélèvement sanguin. Il n'était scientifiquement pas possible d'estimer de façon raisonnable le niveau de consommation de cannabis de H... Z... au moment des faits, mais il était sous l'influence du cannabis.

Les effets possibles, mais non certains, de l'importante concentration de THC dans le sang étaient : un état ébrié, appelé ivresse cannabique, assez proche de l'ivresse alcoolique aiguë, avec possiblement, euphorie, humeur changeante, perceptions sensorielles auditives

et visuelles faussées et accrues, yeux rouges et pupilles dilatées, pouls rapide, diminution de la coordination motrice, performances psychomotrices altérées. Les concentrations de THC et de cannabinoles mesurées dans les cheveux de H... Z... étaient compatibles avec une consommation qu'il estimait faible de cannabis entre fin mars 2017 et fin juin 2017.

Par ailleurs, l'analyse de la tablette de H... Z... montrait que parmi les 3652 éléments d'historique internet datés du 04/01/2016 au 20/05/2017, il n'était retrouvé aucun site antisémite ou djihadiste consulté. Il était relevé la présence d'une consultation le 31/03/2017 du documentaire intitulé « L'histoire secrète du 11 septembre documentaire 2016 » sur Youtube.com.

Dans le cadre de l'enquête de voisinage, la famille EF..., voisins de palier de J... X... ne signalait aucun problème, ni racisme, ni antisémitisme. La famille GH..., également de confession juive, ne relevait aucun problème de voisinage, ni d'antisémitisme à leur égard. La gardienne Mme IJ... affirmait qu'il n'y avait jamais eu de problème lié à l'antisémitisme dans la résidence.

Madame KL... , fille de J... X..., expliquait que sa mère vivait seule et que malgré un non-dit, elle craignait les membres de la famille Z..., ayant noté depuis leur arrivée dans l'immeuble une certaine hostilité. Madame MN..., son autre fille, évoquait également l'hostilité de la part de la famille Z..., expliquant que sa mère était sur ses gardes vis à vis de cette famille.

C... X..., frère de la victime, pensait que H... Z... s'était radicalisé en prison et fréquentait une mosquée salafite. Il avait certainement prémédité le meurtre de sa soeur. Il affirmait que sa soeur lui avait confié qu'elle avait très peur de H... Z..., guettant les périodes où il était en prison et celles où il était en liberté.

Il avait conseillé à sa soeur, victime d'insultes antisémites de la part de H... Z..., de crachats et d'invectives, de déposer plainte. Elle avait refusé par crainte que les choses empirent.

Le 20 septembre 2017, le parquet prenait des réquisitions supplétives aux fins de mise en examen de H... Z... du chef d'homicide volontaire au préjudice de J... X... avec cette circonstance que les faits ont été commis à raison de l'appartenance vraie ou supposée de la victime à une race ou une religion déterminée

H... Z... était interrogé le 27 février 2018 par les juges d'instruction, dans leur cabinet, et en présence de personnels hospitaliers. Il se rappelait avoir jeté J... X... par le balcon mais ne pouvait expliquer les raisons de son geste. Il déclarait que c'était la raison pour laquelle il avait expliqué à la police qu'elle s'était suicidée.

Il ne savait pas si les paroles qu'il avait prononcées telles que « *Dieu m'en est témoin Allah Akbar* », entendues par les témoins, étaient liées aux démons qui le poursuivaient.

Il pensait maintenant que son état était lié au cannabis. En effet, après avoir fumé cette substance, rapportée par sa soeur à l'UMD, il avait constaté que les infirmiers étaient des démons. Il consommait du cannabis régulièrement depuis l'âge de 16 ans à raison de 10 à 15 joints par jour.

A l'issue de l'interrogatoire, il était mis en examen pour homicide volontaire au préjudice de J... X... avec cette circonstance que les faits ont été commis à raison de l'appartenance vraie ou supposée de la victime à une race ou une religion déterminée.

Lors d'un interrogatoire postérieur, effectué dans les mêmes conditions que le précédent il se rappelait avoir fait basculer la victime par-dessus le balcon en faisant des invocations, la prenant pour un démon. Selon lui, c'était la première fois que le cannabis avait une influence sur son comportement. Il précisait, sur demande des juges d'instruction, qu'il se sentait capable de commettre un nouvel homicide ou quelque chose de grave s'il consommait à nouveau du cannabis.

S'agissant des faits, il convient enfin de relever que G... O... avait effectué un enregistrement sonore de la scène de violence dont il avait été témoin depuis son domicile mais l'exploitation de celui-ci ne permettait pas une identification certaine des propos tenus et des locuteurs. Par ailleurs, l'analyse des enregistrements des communications avec la police ne conservait aucune trace de l'appel de Mme X... relaté par H... Z....

Trois expertises psychiatriques successives étaient diligentées, étant précisé que les experts prenaient connaissance du dossier médical de H... Z... qui, durant la procédure, était hospitalisé sans consentement à l'hôpital Saint Maurice puis à l'unité pour malades difficiles (UMD) Henri Colin.

Par la première, remise en septembre 2017, le docteur IA... W... concluait à l'altération du discernement de la personne mise en examen consécutive à une bouffée délirante aiguë au moment des faits. Il estimait que ce trouble psychotique aiguë -isolé- était induit par la prise de cannabis et « *qu'en dépit de la réalité indiscutable du trouble mental aliénant, l'abolition du discernement ne peut être retenue du fait de la prise consciente et volontaire régulière du cannabis en très grande quantité* ». Il concluait néanmoins à une altération du discernement dans la mesure où *“la nature des troubles” dépassait “largement les effets attendus”*. Selon lui il n'y avait, par ailleurs *“pas d'argument actuel en faveur de l'évolution d'une schizophrénie”*.

La deuxième expertise était confiée à un collège de trois experts, les docteurs V..., T... et le professeur U..., qui concluaient dans leur rapport remis en juin 2018, à l'abolition du discernement dans la mesure où H... Z... était atteint au moment des faits d'une *“bouffée délirante aiguë”, “inaugurale d'une psychose chronique, probablement schizophrénique”*. Selon ces experts, la consommation de cannabis, *“n'a fait qu'aggraver le processus psychotique déjà amorcé”* et H... Z... ignorait *“comme chez la plupart des consommateurs, des effets possiblement inducteurs d'un délire: il était consommateur chronique depuis l'entrée dans l'adolescence et c'est au moment des faits qu'il a pour la première fois déliré.”*

Enfin, les juges d'instruction, faisant suite à la demande des parties civiles, confiaient une troisième expertise à un second collège de trois experts, les docteurs T..., R... et Q..., qui concluaient dans un rapport déposé le 18 mars 2019 que l'infraction *“ne pouvait être mise en relation avec une pathologie mentale chronique”* mais était *“en lien direct avec une bouffée délirante aiguë d'origine exotoxique”*. Ils considéraient en outre que *“sur le plan du*

diagnostic, l'existence d'une fenêtre thérapeutique permettra de trancher le débat entre bouffée délirante aiguë isolée et glissement dans un mode d'entrée dans la schizophrénie (expérience délirante primaire), voir une pathologie de l'humeur." Ils concluaient ainsi :

"Le sujet a présenté une bouffée délirante caractérisée d'origine exotoxique ; orientant plutôt classiquement vers une abolition du discernement au sens de l'article 122-1 alinéa 1 du code pénal; compte tenu qu'au moment des faits son libre arbitre était nul et qu'il n'avait jamais présenté de tels troubles antérieurement."

Par réquisitoire définitif du 17 juin 2019, le procureur de la République de Paris requérait la mise en accusation devant la cour d'assises de Paris de H... Z... pour avoir volontairement donné la mort à J... X..., avec la circonstance que les faits ont été commis à raison de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une prétendue race, une ethnie, une nation ou une religion déterminée et pour avoir, sans ordre des autorités constituées et hors les cas prévus par la loi, arrêté, enlevé, détenu ou séquestré les membres de la famille P..., lesquels n'ayant pas été libérés volontairement avant le septième jour accompli depuis leur appréhension.

Par ordonnance de transmission de la procédure aux fins de saisine de la chambre de l'instruction, en date du 12 juillet 2019, les juges d'instruction écartaient la qualification d'homicide commis à raison de l'appartenance vraie ou supposée de la victime à une race ou une religion déterminée, et considéraient, d'une part, qu'il existait contre H... Z... des charges suffisantes d'avoir commis les faits d'homicide volontaire et de séquestration qui lui étaient reprochés, et d'autre part, des raisons plausibles d'appliquer le premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal.

Les parties civiles et le parquet interjetaient appel de cette ordonnance.

Les différentes parties civiles sollicitaient le renvoi de M. Z... devant la cour d'assises, au motif que son discernement avait été altéré et non aboli et que la circonstance aggravante d'antisémitisme soit retenue.

L'avocat de H... Z... concluait à l'irresponsabilité pénale en raison d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes au moment des faits et à un non-lieu partiel s'agissant de la circonstance aggravante tenant à l'appartenance vraie ou supposée à une race ou à une religion déterminée.

Le procureur général, par réquisitoire du 20 septembre 2019, sollicitait de la chambre de l'instruction d'une part qu'elle dise qu'il existait de charges suffisantes d'avoir commis les faits d'homicide volontaire en raison de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une prétendue race, une ethnie, une nation ou une religion et de séquestration et d'autre part qu'elle déclare H... Z... irresponsable pénalement.

Par arrêt du 19 décembre 2019, après avoir déclaré irrecevables les appels des parties civiles contre l'ordonnance de transmission de pièces, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris a :

- dit qu'il existait des charges suffisantes contre H... Z..., d'avoir volontairement donné la mort à J... X..., avec la circonstance que les faits ont été commis à raison de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une prétendue race, une ethnie, une nation ou une religion déterminée et d'avoir arrêté, enlevé, détenu ou séquestré les membres de la famille P..., sans libération volontaire avant le septième jour accompli depuis leur appréhension;

- déclaré H... Z... irresponsable pénalement en raison d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes au moment des faits ;

- ordonné l'hospitalisation complète de H... Z... dans un établissement mentionné à l'article L 3222-1 du code de la santé publique ;

- ordonné pour une durée de vingt ans, à titre de mesures de sûreté, l'interdiction d'entrer en contact avec les parties civiles et de paraître au ... et au ... à Paris .

C'est l'arrêt attaqué.

2. analyse succincte des moyens

2-1 Sur les moyens soulevés par les consorts Y...

La SCP Piwnica et Molinié s'est constituée en demande aux intérêts des parties civiles D..., E... et F... Y... (les consorts Y...) et elle soulève par un mémoire ampliatif et deux mémoires complémentaires 4 moyens de cassation. Elle a en outre sollicité la reprise au profit des consorts Y... des moyens soulevés dans le cadre du mémoire déposé par le conseil des consorts X....

-Le premier moyen reproche à la chambre de l'instruction d'avoir rendu son arrêt en audience publique, après des débats tenus en audience publique, en méconnaissance des articles 199, 591 et 593 du code de procédure pénale.

-Le deuxième moyen reproche à la chambre de l'instruction d'avoir déclaré irrecevables les appels interjetés par les parties civiles contre l'ordonnance de transmission de pièces, alors que l'article 186 du code de procédure pénale prévoit que la partie civile peut interjeter appel des ordonnances faisant grief à ses intérêts civils, et que tel est le cas de l'ordonnance de transmission de pièces dans le cadre de la procédure de saisine de la chambre de l'instruction aux fins de statuer sur l'irresponsabilité pénale du mis en examen.

-Le troisième moyen, en 4 branches, reproche à la chambre de l'instruction d'avoir déclaré M. Z... irresponsable pénalement.

Selon la première branche, la toxicomanie n'est pas une maladie mentale et n'entre pas dans le champ des troubles psychiques ou neuro-psychiques visés par l'article 122-1 du code pénal.

Selon la deuxième branche, l'acte volontaire de consommation de stupéfiants est constitutif d'un comportement fautif qui exclut l'irresponsabilité.

Selon la troisième branche, la consommation de cannabis ayant pour but d'obtenir une modification de l'état de conscience, il ne pouvait être déduit du seul fait que H... Z... n'avait pas encore eu de bouffée délirante à la suite de sa consommation de stupéfiants, qu'il n'avait pas conscience des risques encourus par cette consommation.

Selon la quatrième branche, la chambre de l'instruction ne pouvait, sans se contredire, à la fois constater que les propos tenus par le mis en examen « *avant et après de défenestrer J... X...* » « *illustrent un reste de conscience* », que celui-ci a « *volontairement* » précipité la victime de son balcon, a agi en ayant « *conscience du judaïsme de Madame X...* », et en déduire cependant l'abolition de son discernement au moment des faits.

-Le quatrième moyen relève que, à supposer que la consommation de stupéfiants ne fasse pas obstacle à l'application de l'alinéa 1 de l'article 122-1 du code pénal dès lors qu'elle a eu pour effet d'abolir le discernement du consommateur, la chambre de l'instruction aurait du constater qu'il était établi de manière certaine que H... Z... n'avait pas conscience que cet usage de stupéfiants puisse entraîner une bouffée délirante, alors qu'elle s'était contentée de relever qu'aucun élément du dossier d'information n'indiquait que la consommation de cannabis par l'intéressé avait été effectuée avec cette conscience.

2-2 Sur le moyen soulevé par les consorts X...

La SCP Buk Lament-Robillot s'est constituée en demande aux intérêts des consorts X... et soulève un moyen de cassation en 9 branches, faisant grief à l'arrêt d'avoir retenu qu'il existait des charges suffisantes contre H... Z... d'avoir volontairement donné la mort à J... X..., avec la circonstance que les faits ont été commis à raison de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une prétendue race, une ethnie, une nation ou une religion déterminée et déclaré ce dernier irresponsable pénalement en raison d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes au moment des faits.

Selon la première branche, le trouble psychique ou neuropsychique susceptible de conduire à l'abolition du discernement, consécutif à une prise volontaire de stupéfiants, constitutive d'une faute, n'est pas exonératoire de responsabilité.

Selon la deuxième branche, le seul fait pour une personne de consommer des stupéfiants, même sans avoir la conscience des effets potentiels sur son discernement, exclut la prise en considération de l'abolition du discernement en résultant.

Selon la troisième branche, la consommation de stupéfiants, qui constitue un délit et une circonstance aggravante d'infractions, ne peut en même temps constituer une cause d'exonération de la responsabilité pénale.

La quatrième branche soutient que la chambre de l'instruction, tout en retenant l'origine exotoxique de la bouffée délirante aiguë, n'a pas constaté que l'auteur des faits avait consommé des stupéfiants sans avoir conscience des effets susceptibles d'abolir son discernement.

La cinquième branche fait valoir que la chambre de l'instruction ne pouvait à la fois relever l'existence de charges suffisantes de commission des faits à raison de l'appartenance de la victime à la religion juive ce dont il résultait que l'auteur des faits avait conscience de donner à son acte un mobile antisémite tout en retenant néanmoins l'existence d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes, sans violer l'article 122-1 du code pénal.

La sixième branche soutient que la chambre de l'instruction s'est contredite dans la mesure où elle a retenu que les déclarations de H... Z..., disant qu'il s'était senti plus oppressé à cause de la Torah et du chandelier, qu'il pensait que le démon était Mme X..., associées aux cris qu'il avait poussés « *Allah Akbar, c'est le sheitan, je vais la tuer* », « *j'ai tué le sheitan* », « *j'ai tué un démon* » et aux constatations expertales selon lesquelles la conscience qu'il avait eue du judaïsme de Mme X... avait associé cette dernière au diable et avait déclenché le déchaînement de violence contre elle constituaient des charges suffisantes de commission des faits à raison de l'appartenance de la victime à la religion juive, tout en jugeant qu'il n'existait pas de doute sur l'existence, chez H... Z..., au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement.

La septième branche fait grief à la chambre de l'instruction de ne pas avoir répondu au moyen par lequel les parties civiles faisaient valoir que les déclarations de H... Z... lors de son premier interrogatoire, selon lesquelles il se rappelait avoir eu conscience du vide, au moment des faits, impliquaient l'existence d'un discernement.

La huitième branche fait grief à la chambre de l'instruction de ne pas avoir répondu au moyen par lequel les parties civiles faisaient valoir que le Brigadier Sault, entendu en qualité de témoin, avait indiqué que la police avait tenté de négocier avec l'auteur des faits ce dont il résultait que ce dernier conservait tout ou partie de son discernement .

La neuvième branche fait grief à la chambre de l'instruction de n'avoir pas répondu au moyen par lequel les parties civiles faisaient valoir qu'entendu pour la première fois en juillet 2017, H... Z... avait fait une description très précise du déroulement des faits le 4 avril 2017 puisqu'il avait indiqué avoir vu la victime se réveiller, lui avoir dit d'appeler la police, lui avoir arraché le combiné et l'avoir frappée avec avant de la trainer et de la jeter par la fenêtre ce dont il résultait que ce dernier avait un discernement non aboli au moment des faits.

2-3 Sur le mémoire en défense

La SCP Spinosi et Sureau s'est constituée en défense et conclut au rejet de l'ensemble des moyens.

S'agissant en particulier des moyens relatifs à la responsabilité pénale de H... Z..., le mémoire soutient qu'affirmer que la circonstance que le trouble psychique ou neuropsychique, ayant eu pour effet d'abolir le discernement de l'auteur des actes litigieux au moment des faits, résulte d'une intoxication volontaire, constitue un obstacle à une déclaration d'irresponsabilité pénale est contraire à la lettre de l'article 122-1 du code pénal, mais aussi, plus largement, aux fondements et aux finalités du droit pénal moderne.

Le mémoire fait ensuite valoir, à titre subsidiaire, qu'en toute hypothèse, même à admettre que l'origine de l'intoxication, et notamment son caractère volontaire, soit prise en considération, elle ne peut l'être que dans la limite de la conscience qu'avait le sujet de l'effet susceptible d'être provoqué par cette intoxication, laquelle faisait manifestement défaut.

Il soutient en outre que la chambre de l'instruction ne s'est aucunement contredite dans ses motifs en relevant, dans le même temps, des éléments dont il peut se déduire l'existence d'un reste de conscience chez M. Z... au moment des faits, et l'abolition du discernement de celui-ci au sens de l'article 122-1 du code pénal.

Enfin, il estime que la motivation de chambre de l'instruction au regard des circonstances de l'espèce et des observations de la partie civile, sur l'abolition du discernement de M. Z..., est suffisante et exempte de contradictions.

2ème partie

Sur les non admissions proposées et sur la question de recevabilité des appels des parties civiles

1. Sur l'avis de non admission du 1er moyen des consorts Y...

La loi du 25 février 2008 a été adoptée dans le contexte des débats suscités par le non-lieu prononcé par le juge d'instruction suite au double meurtre d'une infirmière et d'une aide-soignante, à Pau, en 2004, par un jeune homme schizophrène et qui avait consommé des stupéfiants. Elle vient parachever un processus initié avec la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes et continué avec la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ¹, visant à mieux répondre aux attentes des victimes, soucieuses à la fois de voir reconnue l'imputation matérielle des faits à leur auteur et, le cas échéant, que sa responsabilité pénale soit discutée au cours d'une audience publique.

Aux termes des articles 706-119 et suivants du code de procédure pénale, lorsque le juge d'instruction estime qu'il existe des charges suffisantes contre la personne d'avoir commis les faits reprochés et qu'il y a des raisons plausibles d'appliquer le premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal, il peut soit rendre une ordonnance d'irresponsabilité pénale, qui précise qu'il existe des charges suffisantes établissant que l'intéressé a commis les faits qui lui sont reprochés, soit, d'office ou à la demande des parties ou du procureur de la République, ordonner que le dossier de la procédure soit transmis par le procureur de la République au procureur général aux fins de saisine de la chambre de l'instruction.

La loi prévoit que devant la chambre de l'instruction, comme on aura l'occasion d'y revenir, se tient une véritable audience, laquelle est publique . Selon l'article 706-122 alinéa 2 du code de procédure pénale en effet "*Les débats se déroulent et l'arrêt est rendu en audience publique, hors les cas de huis-clos prévus par l'article 306 .*"

Le moyen ne saurait donc utilement faire grief à la chambre de l'instruction d'avoir statué en audience publique et la non admission paraît s'imposer.

1

Voir AJ Pénal 2018 p.491 La pénalisation des personnes atteintes de troubles mentaux, Laurence Leturmy, Professeur en droit privé et sciences criminelles, université de Poitiers

2. Sur l'avis de non admission des 7ème, 8ème et 9ème branches du moyen unique des consorts X...

Avant d'analyser ces trois branches du moyen des consorts X..., il convient de rappeler que selon une jurisprudence constante et ancienne, les chambres de l'instruction apprécient souverainement les charges et les éléments qui sont contradictoirement débattus devant elle et la chambre criminelle ne contrôle que la qualité de la motivation qui ne doit être ni insuffisante, ni entachée de contradiction, ni hypothétique et elle s'assure que les juges ont tiré toutes les conséquences de leurs propres constatations.

En l'espèce, la chambre de l'instruction, après avoir rappelé, de manière exhaustive et précise, le contenu des trois expertises successives, a, en premier lieu, fait le constat que l'ensemble des experts (à savoir sept spécialistes) était en accord sur le diagnostic de bouffée délirante aiguë.

Elle énonce en effet que *“l'ensemble des expertises pratiquées a indiqué que H... Z... était, au moment des faits, sous l'emprise d'une bouffée délirante”* et souligne *“l'unanimité des experts sur l'existence d'une bouffée délirante”*(p 24 de l'arrêt).

A cet égard, il faut relever que le docteur W... lui-même après avoir relevé *“la survenue à la période des faits, d'une bouffée délirante aiguë notamment caractérisée par un délire persécutif polymorphe, à thématique mystique et démonopathique, marquée par le manichéisme, avec une extrême variabilité de l'humeur et des émotions, une agitation psychomotrice, un vécu d'angoisse paroxystique et de danger de mort, éprouvé et **agi avec une adhésion totale**”* conclut que *“La description faite par le sujet, les témoignages, les observations de l'IPPP, de l'hôpital de Saint Maurice et de l'UMD Henri Colin étaient convergents et **ne laissent aucun doute sur la réalité symptomatique**”* (p 11 de l'arrêt).

La chambre de l'instruction elle-même, pour corroborer le processus de bouffée délirante aiguë décrit par les experts et qui, selon ses constatations, avait débuté plusieurs heures avant les faits, s'appuie sur la narration de H... Z..., mais aussi sur l'ensemble des témoignages recueillis, auprès de sa famille (notamment sa soeur et sa mère), auprès de l'aide soignante venue voir une de ses soeurs, auprès des membres de la famille P... qui établissent qu'il *“avait vu un exorciste”, “se sentait pourchassé par les démons”, “n'allait vraiment pas bien”, que “son regard était comme vide”, qu'il disait “un commencement de prière en arabe pour chasser le démon”, qu'enfin son attitude était “étrange et menaçante”* (page 26 de l'arrêt) .

Il convient, pour apprécier la pertinence de la réponse apportée par la chambre de l'instruction aux conclusions des parties civiles, de bien mesurer que dans ce dossier il n'y a aucune divergence entre les sept experts sur l'existence d'une bouffée délirante aiguë au moment des faits, de nature, d'un point de vue clinique, comme on le verra ci-dessous, à entraîner une abolition du discernement. La seule divergence (qui n'est pas critiquée ici et qui sera traitée dans la troisième partie du présent avis) tient aux conséquences à tirer de l'origine exotoxique de cette bouffée délirante, origine qui, pour un des experts, doit exclure l'irresponsabilité pénale.

Le mémoire ampliatif fait notamment état, en ses trois branches successives, des circonstances particulières mises en exergue par les conclusions et qui étaient de nature à établir la lucidité et le discernement de H... Z..., à savoir notamment qu'il avait, en réponse à une question du juge d'instruction, écarté la possibilité de prendre la fuite, car *"de l'autre côté c'était le vide"*, de sorte qu'il avait eu conscience du vide, qu'un des brigadiers de police avait déclaré que la police, à son arrivée sur les lieux, avait tenté une négociation avec lui, et qu'enfin lors de son audition plusieurs mois après les faits, il était capable d'en faire une description particulièrement précise. Il soutient que la chambre de l'instruction n'a pas répondu à ces points.

Or, la contradiction apparente entre des éléments de lucidité et l'existence d'une bouffée délirante aiguë avait déjà été soulignée par les parties civiles devant la juge d'instruction qui avait de ce fait ordonné une expertise complémentaire, confiée au docteur W... lui-même, en lui demandant de *"donner une définition de la symptomatologie de la bouffée délirante aiguë"*, et de *"dire si le mécanisme de protection et la lucidité dont a fait preuve le mis en examen avant de défenestrer madame X..., en affirmant que «c'était un suicide» est compatible avec l'existence d'une bouffée délirante"* (côte B 129 et suivantes).

Dans son rapport complémentaire, le docteur W... expose qu'*"aussi profonds soient les désordres psychiatriques, il demeure toujours une part d'appréciation du réel"* dans la bouffée délirante et que *"H... Z... lors de son passage à l'acte criminel, dans le contexte de la bouffée délirante aiguë, peut très bien avoir entrevu fugacement les conséquences possibles de son crime et avoir cherché à le présenter comme un suicide. On conviendra tout de même que sa conduite est loin de s'intégrer dans un système de défense organisé."*

Pour répondre aux conclusions des parties civiles, la chambre se réfère de manière précise à ce rapport complémentaire du 28 octobre 2017 réalisé par le docteur W..., qu'elle résume en page 12 de l'arrêt, et elle motive comme suit sa décision:

"Par ailleurs, les éléments relevés par les parties civiles qui font valoir notamment que H... Z... a tenu des propos avant et après de défenestrer J... X... qui illustrent un reste de conscience, et qu'il n'a pas opposé de résistance lors de son interpellation, ne sont pas incompatibles avec une abolition de son discernement au moment des faits, le Dr W... ayant énoncé dans son rapport complémentaire que " le mécanisme de protection et la lucidité dont a fait preuve le mis en examen avant de défenestrer Madame X... en affirmant que "c'était un suicide" est compatible avec l'existence d'une bouffée délirante, et le rapport du collègue d'experts T..., R... et Q... indiquant " le fait que M. Z... aurait hurlé que Mme Y... allait se suicider avant de la faire basculer par-dessus la rambarde ne saurait être considéré comme un élément stratégique, la réalité d'une bouffée délirante aiguë traduisant un sujet habité, et non raisonnant."

La chambre d'instruction a ainsi souverainement constaté, en s'appuyant sur l'ensemble des constats des experts ainsi que sur la définition médicale de la bouffée délirante aiguë, que H... Z... n'avait pas conservé tout ou partie de son discernement nonobstant les signes apparents d'un reste de lucidité.

La réponse, en particulier lorsqu'elle s'appuie sur l'expertise complémentaire du docteur W..., vaut à l'évidence pour tous *"les restes de conscience"* mis en exergue par les parties

civiles, de sorte qu'il ne peut valablement être soutenu que la chambre de l'instruction, qui n'est jamais obligée de suivre les parties dans le détail de leurs argumentations, n'aurait pas répondu aux conclusions.

J'émet dans ces conditions un avis favorable à la non admission proposée.

3. Sur la question de la recevabilité des appels des parties civiles

Aux termes du deuxième alinéa de l'article 186 du code de procédure pénale, "*la partie civile peut interjeter appel des ordonnances de non informer, de non-lieu et des ordonnances faisant grief à ses intérêts civils*".

Comme le soulignent Frédéric Desportes et Laurence Lazerges-Cousquer dans leur ouvrage de référence², le droit d'appel des ordonnances du juge d'instruction est "*exceptionnel*" et limitativement encadré par la loi.

En l'espèce, l'ordonnance de transmission de pièces n'étant pas visée par l'article 186 du code de procédure pénale précité, son appel par la partie civile n'est susceptible d'être recevable que si elle entre dans la catégorie de celles qui font "*grief à ses intérêts civils*".

La jurisprudence, rappelée par le rapport, entend strictement la notion de grief aux intérêts civils, ayant par exemple admis l'appel³ contre l'ordonnance qui déclare la constitution de partie civile irrecevable, qui fixe la consignation, qui omet de statuer sur certains chefs de poursuite mais ayant refusé l'appel contre l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel ou de mise en accusation requalifiant les faits puisque les droits de la partie civile devant la juridiction de jugement demeurent intacts⁴.

Selon le mémoire ampliatif, l'ordonnance de transmission de la procédure entrerait dans le champ des décisions qui font grief aux intérêts civils dans la mesure notamment où "*l'appel à l'encontre d'une telle ordonnance doit permettre de contester le recours à la procédure visant à déclarer le mis en examen irresponsable en ce que précisément, aucune pièce de la procédure ne permet d'appliquer le premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal.*"

Un tel raisonnement ne paraît toutefois pas pouvoir être suivi.

² Traité de procédure pénale, Economica, 3ème ed, pages 2091 et 1369

³ Crim. 6 avr. 1993, no 92-84.778, Bull. crim. no 147, Crim. 19 juill. 1994, no 94-80.236, Bull. crim. no 283, Crim. 7 mars 1989, no 88-85.384, Bull. crim. no 110 – Crim. 23 nov. 1993, no 92-85.652, Bull. crim. no 349 – Crim. 13 juin 1995, no 93-81.921, Bull. crim. no 215

⁴ Crim., 26 novembre 2003, pourvoi n° 03-82.563, Bull. crim. 2003 n° 225

Comme il a été vu précédemment, dans le souci affiché de donner à la partie civile la possibilité de faire valoir ses intérêts à l'occasion d'une audience publique⁵, la loi du 25 février 2008, a créé une audience dédiée devant la chambre de l'instruction au cours de laquelle il est statué sur l'imputation matérielle des faits et sur la responsabilité pénale. L'article 706-122 du code de procédure pénale, prévoit qu'au cours de cette audience, la partie civile, comme les autres parties, disposent de droits étendus : non seulement la partie civile fait valoir ses observations, mais encore elle peut solliciter du président qu'il ordonne, si son état le permet, la comparution de la personne mise en examen et elle peut lui poser des questions⁶ ainsi qu'aux experts qui l'ont examinée et qui doivent être entendus, et qu'aux témoins qu'elle a le cas échéant pu faire citer. En outre, l'article 706-125 du code de procédure pénale dispose que "*si la partie civile le demande*" la chambre de l'instruction "*se prononce sur la responsabilité civile de la personne, conformément à l'article 414-3 du code civil, et statue sur les demandes de dommages et intérêts*".

L'organisation d'une telle audience peut être consécutive à l'appel par la partie civile d'une ordonnance d'irresponsabilité pénale rendue par le juge d'instruction, comme le prévoit l'article 706-128 du code de procédure pénale, ou bien à une saisine de la chambre de l'instruction par le procureur général suite à l'ordonnance de transmission.

Selon l'article 706-119 du code de procédure pénale, le juge d'instruction doit aviser le procureur de la République et les parties qu'il est susceptible d'appliquer le premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal relatif à l'irresponsabilité pénale d'une personne en raison d'un trouble mental. Les parties ont ensuite la possibilité de demander la saisine de la chambre de l'instruction pour qu'elle statue sur l'irresponsabilité pénale dans les conditions précédemment décrites. Selon l'article 706-120 du code de procédure pénale⁷, si les parties formulent une telle demande, la saisine de la chambre de l'instruction par l'ordonnance de transmission du juge d'instruction est de droit. Le juge d'instruction peut aussi de sa propre initiative, comme cela a été le cas en l'espèce, opter pour la saisine de la chambre de l'instruction en rendant de la même manière une ordonnance de transmission. S'il n'opte pas pour cette voie et n'a aucune demande en ce sens, il rend une ordonnance d'irresponsabilité pénale.

⁵ Le rapport de l'assemblée nationale sur le projet de loi précise : "*Conformément aux souhaits des associations de victimes, l'irresponsabilité pénale de la personne mise en examen ne pourra être déclarée, dans ce cas, qu'après un débat contradictoire portant non seulement sur les éventuels troubles mentaux de la personne mise en examen mais également sur l'imputabilité des faits à cette même personne*" (FENECH, Rapp. relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mentale, AN, n° 497)

⁶ A noter que le droit de se taire doit être notifié à la personne mis en examen depuis un arrêt de la chambre criminelle du 08 juillet 2020

⁷ L'article 706-120 énonce: "*Lorsqu'au moment du règlement de son information, le juge d'instruction estime, après avoir constaté qu'il existe contre la personne mise en examen des charges suffisantes d'avoir commis les faits reprochés, qu'il y a des raisons plausibles d'appliquer le premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal, il ordonne, si le procureur de la République ou une partie en a formulé la demande, que le dossier de la procédure soit transmis par le procureur de la République au procureur général aux fins de saisine de la chambre de l'instruction. Il peut aussi ordonner d'office cette transmission.*

Dans les autres cas, il rend une ordonnance d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental qui précise qu'il existe des charges suffisantes établissant que l'intéressé a commis les faits qui lui sont reprochés"

Ainsi, il apparaît que l'ordonnance de transmission, même lorsqu'elle n'est pas rendue à sa demande, ne peut être considérée comme portant atteintes aux intérêts de la partie civile puisqu'elle lui permet de bénéficier d'un *“double degré de juridiction automatique”*⁸ et de voir la question de la responsabilité pénale soumise à une juridiction collégiale et au débat contradictoire.

Selon le rapport sur le projet de loi de l'assemblée nationale : *“le principe de la transmission du dossier à la chambre de l'instruction permet de répondre aux attentes de nombre de victimes d'avoir un débat public, qui interviendra à l'avenir sans qu'il soit besoin qu'un non-lieu ait été prononcé. (...) Cet appel conduit à une audience devant la chambre de l'instruction qui se déroule selon la même procédure que celle faisant suite à une demande de transmission à cette chambre. Cette transmission doit donc bien être comprise comme un appel.”*⁹

On pourrait éventuellement relever que la transmission automatique du dossier à la chambre de l'instruction a privé les parties civiles de la possibilité de contraindre les juges d'instruction à prendre position sur la responsabilité pénale et les a, ce faisant, privées en quelque sorte du premier degré de juridiction alors qu'en tout état de cause elles auraient pu bénéficier du deuxième degré de juridiction en interjetant appel de l'ordonnance d'irresponsabilité pénale si in fine les juges d'instruction n'avaient pas opté pour la mis en accusation.

Cependant force est de constater que l'ordonnance de transmission a été rendue conformément au mécanisme créé par la loi, qui ne précise pas les critères qui doivent présider au choix du juge d'instruction de saisir la chambre de l'instruction plutôt que de rendre une ordonnance d'irresponsabilité. Le rapport de l'assemblée nationale¹⁰ indique à cet égard : *“Votre rapporteur s'est interrogé sur les motivations qui pouvaient amener un juge d'instruction à ordonner « d'office » la transmission du dossier à la chambre de l'instruction. Deux raisons peuvent justifier un tel cas de figure. Premièrement, le juge peut estimer que la complexité du dossier justifie une transmission à une juridiction collégiale. Deuxièmement, s'il estime que des mesures de sûreté sont susceptibles d'être nécessaires, il peut transmettre le dossier à la chambre de l'instruction qui a la faculté de les prononcer”*.¹¹

De plus, si les juges d'instruction avaient opté, in fine, après avoir estimé qu'il y avait des raisons plausibles de prononcer l'irresponsabilité pénale, pour un renvoi devant la juridiction de jugement, le mis en examen aurait pu lui-même saisir la chambre de l'instruction.

Enfin, les parties civiles ont déposé, dans la procédure d'appel contre l'ordonnance de transmission, des conclusions tendant *“à faire constater qu'il n'y a pas de raisons plausibles d'appliquer le premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal, ainsi qu'au renvoi de*

8 Selon l'expression de la chancellerie citée dans le rapport de l'Assemblée nationale FENECH, Rapp. relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mentale, AN, n° 497 p 44

9 Ibidem, p85

10 Ibidem p 85

11 Il ressort d'ailleurs de l'étude effectuée par l'inspection générale de la justice dans le cadre de son assistance à la mission confiée à D Raimbourg que la saisine de la chambre de l'instruction par le juge d'instruction s'est progressivement imposée comme la règle

l'intéressé devant la cour d'assises de Paris” (arrêt p 20), rejoignant les conclusions déposées dans le cadre de la saisine de la chambre de l’instruction en faveur de la responsabilité pénale.

Or, comme l’indique la chambre de l’instruction, qui a ordonné la jonction des deux procédures (2019/05058 et 2019/05062), *“aucune disposition du code de procédure pénale ne permet à la chambre de l’instruction, saisie d’un appel contre l’ordonnance de transmission de pièces rendue en application de l’article 706-120 du code de procédure pénale au moment du règlement de l’information, de renvoyer le cas échéant la personne mise en examen devant une juridiction de jugement sans que soient observées les garanties prévues par l’article 706-122 du même code, constituées notamment par la comparution personnelle de la personne mise en examen si son état le permet, l’assistance obligatoire par un avocat, l’audition des experts ayant examiné cette personne, et la publicité de l’audience hors les cas de huis clos prévus par l’article 306”*.

L’appel de l’ordonnance de transmission ne tendait donc pas à une autre finalité que celle de voir trancher la question de la responsabilité par la chambre de l’instruction, de sorte qu’on ne voit pas de quels griefs les parties civiles pourraient se prévaloir.

Dans ces conditions, il apparaît que la chambre de l’instruction a pu à bon droit déclarer irrecevable l’appel contre l’ordonnance de transmission.

En tout état de cause, tout en déclarant l’appel irrecevable, la chambre de l’instruction a précisé que *“l’ensemble des expertises pratiquées a indiqué que H... Z... était, au moment des faits, sous l’emprise d’une bouffée délirante.*

Il existait donc, compte tenu de l’unanimité des experts sur l’existence d’une bouffée délirante, des raisons plausibles d’appliquer le premier alinéa de l’article 122-1 du code pénal, et c’est à juste titre que les magistrats instructeurs ont rendu d’office l’ordonnance de transmission de pièces en date du 12 juillet 2019, laquelle sera confirmée en ce qu’elle tendait à la saisine de la cour par le parquet général pour statuer sur l’irresponsabilité pénale de H... Z... pour cause de trouble mental, étant observé qu’il appartient ensuite à la chambre de l’instruction, statuant en application de l’article 706-120 du code de procédure pénale, de qualifier les faits.”

Je conclus donc au rejet de ce moyen.

3ème partie

Sur la déclaration d'irresponsabilité pénale

1. Sur le champ de l'article 122-1 du code pénal (1ère branche du 3ème moyen des consorts Y...)

Selon le mémoire ampliatif présenté par les consorts Y..., la notion de trouble psychique et neuro-psychique de l'article 122-1 du code pénal renverrait à celle de maladie mentale et ne s'appliquerait pas dans l'hypothèse d'un trouble du comportement résultant d'un acte volontaire de consommation d'une substance qui a pour effet de modifier l'état de conscience.

Le mémoire souligne que les articles 706-119 et suivants du code pénal renvoient à la notion de trouble mental et au code de la santé publique qui distingue la « *lutte contre les maladies mentales* » (articles L3211-1 à L3251-6) de la « *lutte contre l'alcoolisme* » (articles L3311-1 à L3355-8) et de la « *lutte contre la toxicomanie* » (articles L3411-1 à L3425-2).

L'article 122-1 du code pénal, demeuré sur ce point inchangé depuis son entrée en vigueur le 1^{er} mars 1994, dispose que :

“N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes.”

Pour déterminer le champ de la notion de trouble psychique ou neuropsychique, comme cause d'irresponsabilité pénale, il convient de revenir à l'historique de ces textes.

L'actuelle rédaction de l'article 122-1 du code pénal est issue de la loi du 16 décembre 1992 qui a abrogé le code pénal de 1810¹². L'article 64 de ce code, demeuré inchangé depuis son origine jusqu'à son abrogation énonçait qu' :

“Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister.”

Le terme de démence utilisé par le législateur de 1810 ne renvoie évidemment pas à la seule pathologie caractérisée par la déchéance progressive des facultés mentales, qui est aujourd'hui qualifiée de démence¹³ par les médecins, mais doit s'entendre dans une acception bien plus large, qui ressort davantage au registre vernaculaire que scientifique.

¹² issu de la loi du 23 février 1810

¹³ sénile lorsqu'elle touche les personnes âgées ou précoce lorsqu'elle atteint des sujets jeunes

Dans l'édition 1964 du "dictionnaire général de la langue française du commencement du XVIIIème siècle jusqu'à nos jours"¹⁴, la démence est définie comme "*dérangement grave de la raison*" et il est précisé que, par hyperbole, le mot peut s'utiliser en parlant d'une "*conduite insensée*".

Si le texte ne définit pas la démence, il renvoie à un "*état*", qui de surcroît peut être passager ou accidentel, puisque la loi pose comme seule exigence la concomitance entre l'état et le passage à l'acte.

Le terme d'aliénation, qui renvoie davantage à la maladie mentale que celui de démence, est d'usage courant au XIXème siècle et il est probable qu'il n' a pas été préféré à celui de démence pour englober un plus grand nombre de situations.

C'est ainsi qu'au XIXème siècle et au début du XXème siècle, les traités classiques de droit pénal, lorsqu'ils abordent la démence, présentée comme une cause de non imputabilité¹⁵, envisagent à la fois la démence entendue comme aliénation mentale d'une part et les états qualifiés de voisins de la démence, que sont notamment le somnambulisme hypnotique et l'ivresse d'autre part¹⁶.

Plus récemment, mais toujours sous l'empire de l'ancien code pénal, les professeurs Merle et Vitu dans leur manuel de référence¹⁷ indiquaient qu'il était évident, qu'avec le terme démence, les rédacteurs du code pénal "*ont entendu se référer au concept de folie et proclamer l'irresponsabilité pénale des individus atteints de n'importe quelle forme d'aliénation mentale : défaut de développement des facultés mentales (idiotie, imbecillité, crétinisme), dissociation de l'esprit (schizophrénie), délire chronique de persécution, confusion mentale, épilepsie, etc.*" De même, ces auteurs considéraient que "*les états voisins de l'aliénation mentale*" qui étaient "*susceptibles, de même que l'aliénation mentale proprement dite, de supprimer le discernement et la volonté de la personne qui en est atteinte*" pouvaient constituer des causes d'irresponsabilité pénale.

En réalité, ce n'est pas tant l'origine de la démence (une pathologie mentale ou pas) qui est prise en compte par le législateur que son effet sur la personne qui agit.

Au fondement de la pénalité classique, dont la dimension rétributive prime sur l'aspect utilitariste, il ne peut en effet y avoir de responsabilité pénale sans libre arbitre.

Comme l'indiquait Faustin Hélie en 1880 dans ses Leçons de droit criminel¹⁸, à propos de l'article 64, "*il faut dans l'auteur du fait, dans l'agent qu'on veut punir, une condition essentielle, c'est-à-dire la volonté. Et quand je dis volonté, j'entends avec le législateur une*

14 Editions Delagrave

15 Distincte des excuses légales

16 Voir par exemple Faustin Hélie, Leçons de droit criminel, Paris, A Cotillon et cie, 1880, p184 ou Code pénal annoté, E Garçon, Sirey 1901 ou encore R Garraud traité théorique et pratique du droit pénal français, ed Sirey, 1913-1935

17 Traité de droit criminel, Cujas, 6^{ème} édition, 1988, p762

18 Op cit, p 184

volonté qui sait et qui peut ; d'un côté, j'entends intelligence, de l'autre, liberté ; intelligence de l'acte auquel on concourt, liberté de s'en abstenir : telles sont les deux conditions¹⁹ dont le concours est nécessaire dans l'agent, dans l'auteur du fait pour légitimer à son égard l'application d'une peine quelconque".

L'article 64 a été entièrement réécrit dans le nouveau code pénal entré en vigueur en 1994 mais ces modifications visent davantage à clarifier le texte et à le mettre en conformité avec la pratique et la jurisprudence qu'à faire évoluer de manière substantielle le droit.

Les rédacteurs du nouveau code pénal ont ainsi introduit l'importante distinction entre l'abolition du discernement, cause d'irresponsabilité pénale et l'altération du discernement cause d'atténuation de la responsabilité, qui s'inscrit dans le sillage de la circulaire Chaumié de 1905. Ils ont supprimé l'affirmation unanimement critiquée et peu compréhensible pour les victimes selon laquelle aucune infraction n'avait été commise et ont en outre remplacé la notion de "démence" par celle de "trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes".

Il ne ressort nullement des travaux préparatoires et des débats que par cette modification terminologique les rédacteurs du code aient entendu modifier le champ de l'article 64. Leur principale préoccupation était de moderniser la rédaction pour tenir compte des évolutions de la psychiatrie et éviter la confusion que le terme de démence pouvait générer dès lors que, dans son acception médicale, il ne visait qu'une pathologie psychique spécifique. Comme le soulignent Frédéric Desportes et Francis Legunehec²⁰, *"le législateur, consacrant l'interprétation extensive que la jurisprudence faisait de l'article 64, veut viser toutes les formes de troubles mentaux, quelle que soit leur origine ou leur nature. Il peut donc s'agir non seulement d'une maladie provenant d'un traumatisme psychique ou d'une lésion organique, congénitale ou accidentelle, mais également d'un trouble non pathologique."* Les auteurs citent à cet égard le somnambulisme naturel ou hypnotique ainsi que l'intoxication due à l'alcool ou aux stupéfiants, dès lors que cette intoxication entraîne une disparition du libre arbitre.

L'analyse littérale de la nouvelle rédaction vient conforter l'idée que l'origine du trouble est indifférente puisque le législateur a fait le choix de clarifier l'ancienne rédaction non pas sur les causes du trouble, qui ne sont pas davantage précisées dans le nouveau texte que dans l'ancien, mais sur ses effets en introduisant les notions d'abolition du discernement et de contrôle des actes.

Ces notions renvoient exactement à la perte du libre arbitre précédemment évoqué, qui suppose à la fois "la conscience (capacité de comprendre) et la volonté (capacité de vouloir)"²¹

19
liberté
20

La condition d'absence de démence est rattachée à l'intelligence et celle d'absence de contrainte à la

21

Droit pénal général, 16^e édition, Economica, 2009 page 607
Frédéric Desportes, Francis Legunehec, op cit

Les auteurs²² s'accordent au demeurant sur la portée de cette modification terminologique, comme le souligne E. Bonis²³:

“En faisant usage de la formule empirique de « trouble psychique ou neuropsychique », le code pénal n'entend pas seulement renvoyer à la maladie mentale, mais aussi à d'autres facteurs pouvant provoquer une perte du discernement, tel le sommeil, l'ivresse, l'hypnose ou le somnambulisme naturel.” (§6)

“L'alinéa 1er de l'article 122-1 du code pénal ne donne pas de définition légale de cette notion de trouble psychique ou neuropsychique, ce qui est regrettable car cette terminologie est sujette à discussion. Pris littéralement, le terme désigne un certain état de la personne quelle qu'en soit la cause, de telle sorte qu'il renvoie à toutes les hypothèses dans lesquelles le discernement est absent : maladie mentale, mais aussi ivresse, hypnose ou perte de conscience consécutive à un malaise cardiaque, par exemple. À l'opposé, le terme peut aussi être entendu dans une acception plus étroite visant plus la cause que les effets, auquel cas il ne renvoie qu'aux affections mentales, d'origine psychique ou neuropsychique. Entre ces deux acceptions, la jurisprudence comme la doctrine contemporaine ont choisi la première, de telle sorte que tout le monde s'accorde aujourd'hui à inclure dans le trouble de l'article 122-1, alinéa 1er, toutes les maladies mentales proprement dites et les troubles de l'intelligence et de la conscience telle la démence (...). L'origine du trouble semble donc indifférente.” (§62)

En conséquence, il ne peut être valablement soutenu que la notion de trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli le discernement ou le contrôle de ses actes devrait s'entendre dans un sens restrictif, excluant par principe toute cause d'abolition distincte d'une pathologie psychiatrique, une telle assertion étant contraire à la lettre et à l'esprit du texte, aux conditions historiques de sa production et à son application jurisprudentielle.

Dès lors, la 1ère branche du 3ème moyen des consorts Y... doit être rejetée.

Il n'en demeure pas moins que ces états voisins de la démence ou du trouble psychique ou neuropsychique²⁴, y compris en cas d'intoxication, peuvent être totalement indépendants d'une faute antérieure, lorsque, par exemple, ils sont consécutifs à une intoxication involontaire ou à une prise de médicament prescrite pas un médecin (la bouffée délirante aiguë constitue ainsi selon la littérature médicale un effet secondaire, rare mais documenté, de certains médicaments), ou au contraire être consécutifs à une faute antérieure.

Dans cette dernière hypothèse, doit-on exclure le principe de l'irresponsabilité pénale?

22 Voir pour des analyses similaires notamment : Le rôle de la faute antérieure en matière de responsabilité pénale, par Corinne Robaczewski, Thèse de doctorat en Droit privé, Sous la direction de Alain Prothais, Soutenue en 2002, à Lille 2 -Pour l'auteur il ne fait pas de doute que l'expression de trouble psychique ou neuropsychique doit être entendue largement et englobe ce que les auteurs appellent les états voisins de la démence

23 Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Troubles psychiques – Malades mentaux

24 Il convient de noter que de nombreux auteurs continuent de présenter l'article 122-1 en traitant successivement des troubles psychiques ou neuropsychiques et des états voisins du trouble psychique ou neuropsychique dont les intoxications volontaires (par exemple J Pradel, ML Rassat) ou bien les troubles d'origine pathologique, et le troubles d'origine toxicologique (E. Bonis)

2. Sur les conséquences de la faute antérieure sur la responsabilité pénale

2-1 La nécessité de circonscrire avec rigueur les données du débat

Avant d'aborder la question juridique posée par les 1^{ère}, 2^{ème} et 3^{ème} branches du 3^{ème} moyen des consorts Y... et les 1^{ère}, 2^{ème} et 3^{ème} branches du moyen unique des consorts X..., il convient de préciser les éléments médicaux de ce dossier afin de circonscrire avec précision le débat en droit et d'éviter les confusions qu'a pu entraîner la très forte médiatisation de cette affaire particulièrement douloureuse pour la famille de la victime du meurtre.

2-1-1 Sur le plan clinique, l'existence d'une bouffée délirante aiguë entraîne en principe une abolition du discernement et du contrôle des actes

Comme il a été vu précédemment, dans ce dossier, les sept psychiatres experts qui ont examiné H... Z... s'accordent à dire qu'il était au moment des faits sous l'emprise d'une bouffée délirante aiguë.

La bouffée délirante aiguë, telle que décrite par le docteur W... dans son rapport complémentaire sus-évoqué, consulté dans le dossier, constitue *"une affection nosographique, (...) décrite par Valentin MAGNAN en 1866. (...)Le début de la bouffée délirante aiguë est brutal, chez un sujet jeune. Elle est souvent précédée d'une courte période prodromique, notamment marquée par des troubles du sommeil (insomnie rebelle). Maurice LEGRAIN, pour décrire la soudaineté de sa survenue, évoquait un "coup de tonnerre dans un ciel serein"*.

Le délire est très riche, non systématisé (c'est-à-dire échappant à toute trame pseudo-logique). Il est polymorphe dans ses thèmes et dans ses mécanismes. La thématique est souvent centrée sur la persécution, la possession, le mysticisme, le messianisme. Les mécanismes du délire sont les hallucinations, les impressions, les intuitions, les interprétations. La tonalité du délire est fréquemment dominée par la mégalomanie.

Vis-à-vis de son délire, le sujet se trouve dans une adhésion totale, sans aucune critique à la phase d'état. Il évolue souvent progressivement vers la perplexité puis la critique de l'épisode délirant.

L'un des traits caractéristiques de la bouffée délirante aiguë est la variabilité extrême de l'humeur et des émotions. Le vécu est chaotique et le sujet alterne des moments d'exaltation et d'abattement. La bouffée délirante aiguë est une expérience vécue dans l'angoisse, qui peut atteindre un niveau paroxystique. L'attention est dispersée. Sa durée va de quelques jours à quelques semaines."

Selon la littérature médicale²⁵, la bouffée délirante aiguë, qui nécessite le plus souvent une hospitalisation et un traitement neuroleptique, peut constituer un épisode aigu isolé qui restera unique dans 25% à un tiers des cas, ou au contraire évoluer vers un trouble chronique (psychoses schizophréniques ou autres et troubles bipolaires)²⁶.

Les ouvrages de psychiatrie ne précisent pas son effet sur le discernement et le contrôle des actes.

Les notions d'abolition et d'altération du discernement et de contrôle des actes ne sont en effet pas définies par la psychiatrie et il n'existe aucune nomenclature des états pathologiques de nature à entraîner une irresponsabilité pénale.

Les Docteurs Gérard Rossinelli et Jean-Claude Penochet²⁷ précisent que *“Le discernement et le contrôle des actes sont laissés à l'analyse du psychiatre. Ces termes ne sont cependant pas des termes spécialisés et sont fréquemment usités dans la langue courante, avec les fluctuations de sens liées à tout terme polysémique. Ils ne sont pas associés à une séméiologie spécifique dont l'étude serait inscrite dans la formation médicale. Leur appréciation renvoie à des conceptions différentes tant chez les cliniciens que chez tout un chacun, puisqu'elle se rattache aussi à notre conception de l'homme et de la liberté individuelle”* et qu’*“il existe inéluctablement une zone d'indétermination dans laquelle l'interprétation médicale atteint ses limites et se trouve contaminée par des considérations philosophiques ou morales quand ne s'y engouffrent pas des positions dogmatiques ou idéologiques.”*

Le raisonnement expertal se déroule en deux temps, le premier est celui du diagnostic rétrospectif (l'état mental au moment des faits), le second celui de l'analyse médico-légale, qui consiste à *“mettre en relation un état mental au moment des faits avec une infraction.”*²⁸

Le docteur W...²⁹ constate que si le diagnostic sur l'état mental est très largement partagé entre les experts, *“il y a le plus souvent débat sur la relation entre cet état mental et l'infraction”*, avec *“des différences d'appréciation majeures entre experts”*, qu'il déplore et qualifie de *“psychiaticide”*.

²⁵ De la plainte du patient à la décision médicale, urgences 2004 -Scolaire / Universitaire , EAN, F. Thibaut, S Dollfus, E Tran, F Limousin, ou encore M Athur, Le premier épisode délirant aux urgences

²⁶ A noter que la terminologie de bouffée délirante aiguë est spécifique à la psychiatrie française ; dans la clinique nord américaine, on parle de schizophrénie aiguë, c'est-à-dire sans lendemain, sans chronicisation dans la schizophrénie. Ainsi le terme n'est pas répertorié comme tel dans le Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux de l'association américaine de psychiatrie (DSM-5)

²⁷ Docteurs Gérard Rossinelli et Jean-Claude Penochet, « Qui est irresponsable? », L'information psychiatrique 90, no 3 (2014): 173-76

²⁸ Docteur Zagury, “Vers une clinique de l'abolition du discernement” Annales Médico Psychologiques 164 (2006) 847-850

²⁹ Docteur Zagury, ibidem ; Voir pour une analyse similaire, L' expertise psychiatrique pénale - 25 et 26 janvier 2007- Ministère de la Santé et des Solidarités, Rapport de la commission d'audition (Haute autorité de la santé)

Caroline Protais³⁰ qui a étudié un échantillon de 270 expertises réalisées des années 1950 à 2010, fait le même constat et souligne que la seconde phase de l'expertise, l'analyse médico-légale, *“apparaît comme la plus variable, puisqu'elle mobilise un savoir qui n'est pas spécifiquement psychiatrique et est encore peu formalisé par les professionnels. Elle est donc davantage susceptible d'être imprégnée par les valeurs de l'expert”*, tandis que la première phase est notamment favorisée par la classification internationale des maladies, qui vise à aligner l'ensemble des diagnostics selon des critères strictement cliniques.

Cette sociologue a montré, même s'il est très difficile de quantifier le phénomène avec précision, qu'on assistait, à compter des années 1950 à un *“mouvement de responsabilisation des malades mentaux”* et à un rétrécissement progressif du champ des pathologies reconnues comme aliénantes, les troubles du comportement, les états limites et la paranoïa, ainsi que les psychoses qui ne sont pas dans un état aigu étant de moins en moins admis comme cause d'abolition du discernement.

Mais, dans le cadre de cette évolution et même si des divergences entre experts perdurent suivant leur école d'appartenance³¹, plus ou moins favorable à l'irresponsabilité pénale, il demeure ce que l'on pourrait nommer un noyau dur de l'irresponsabilité pénale constituée notamment par la psychose clairement décompensée, avec délire et dissociation. Ces manifestations pathologiques sont celles qui altèrent de manière massive les fonctions cognitives et volitives et conduisent à une abolition de l'expérience vécue, en mesure de désorganiser, voire de réorganiser de manière différente, profondément, la personne pour la rendre étrangère à elle-même. Les actes alors commis échappent à toute logique et ne sont plus corrélés à la réalité. En général aucun mobile du passage à l'acte, se rattachant à la réalité, même impulsif ne peut être identifié.

Le docteur W..., dans l'article précité, s'il reconnaît qu'il est impossible de prétendre pouvoir catégoriser toutes les occurrences susceptibles d'entraîner une irresponsabilité pénale *“puisque elles concernent un rapport entre un état mental singulier et un acte particulier”* préconise cependant la définition *“de principes directeurs partagés”*.

Parmi ces principes directeurs partagés, il estime qu'il persiste *“un noyau irréductible de cas répondant aux critères de l'abolition du discernement”*, notamment en cas de déferlante délirante, à l'origine de l'infraction. Il cite en particulier au titre de ces pathologies *“justifiant de retenir l'abolition du discernement non seulement les “hallucinations impératives mais aussi les bouffées délirantes aiguës”*, ainsi que quelques autres troubles³², *“pour autant que le seul tableau psychiatrique puisse rendre compte de l'infraction”*.³³

30 Outre l'article de C. Protais cité par le rapport (AJ Pénal 2018 p.494), il convient de se référer à sa thèse publiée, C Protais, *Sous l'emprise de la folie ? L'expertise judiciaire face à la maladie mentale (1950-2009)*, Paris, EHESS, coll. « Cas de figure », 2016, p. 312

31 C Protais, op.cit.

32 À savoir l'état confusionnel, l'épilepsie, la manie, la mélancolie, la paranoïa délirante, l'impulsivité maligne de l'héboïdophrène, l'état onirique, la démence, l'impulsivité aveugle de l'hébéphrénie

33 Par exemple une personne atteinte de schizophrénie qui vole pour s'acheter à manger pourrait être déclarée responsable puisque le mobile de l'acte est corrélée à la réalité tandis que la même personne qui tuerait une passante sans motif rattachable à la réalité serait irresponsable. L'absence de motif rattachable à la réalité est appréciée

Il faut relever que la Haute autorité de la santé propose de la même manière, et certainement dans le sillage de ces travaux, de définir un corpus restreint d'états mentaux entraînant l'abolition du discernement dans lequel elle range aussi la bouffée délirante aiguë

³⁴.

Il ressort ainsi de cette approche épistémologique de la question, que d'un point de vue médico-légal, la bouffée délirante aiguë constitue en principe une cause d'abolition du discernement.

Si le docteur W... n'a pas retenu d'abolition du discernement, il mentionne dans sa conclusion un *"trouble mental aliénant"* qu'il qualifie d'*"indiscutable"*. La référence à la notion d'aliénation est d'autant moins neutre dans l'analyse du docteur W... que ce dernier indique dans l'article précité que l'état de démence de l'ancien article 64 du code pénal *"était synonyme d'aliénation mentale"*.

Ce n'est pas parce qu'il aurait considéré, par exemple, que l'envahissement de la conscience par ce trouble n'aurait pas été total qu'il a conclu à une simple altération du discernement, mais uniquement, parce que *"ce trouble psychotique aigu a été induit par l'augmentation de la consommation de cannabis"*, et qu'il a estimé que *"son discernement ne peut être considéré comme avant été aboli, au sens de l'article 122-1. alinéa 1 du code pénal, du fait de la consommation volontaire et régulière de cannabis"*.

Ainsi, il est permis d'affirmer que H... Z... était atteint au moment du passage à l'acte d'un trouble mental ayant aboli son discernement, élément qui n'a été discuté par aucun des sept experts et ne le serait vraisemblablement par aucun autre, en l'état actuel de la psychiatrie expertale.

2-1-2 Cette abolition du discernement a une origine exotoxique

En l'espèce, les sept experts s'accordent aussi à reconnaître à la bouffée délirante sous l'emprise de laquelle H... Z... a agi une origine exotoxique.

Ils divergent cependant sur le point de savoir si cette origine exotoxique est associée ou pas à une pathologie mentale.

Pour le docteur W..., la prise de cannabis a été la cause exclusive de la survenance d'une bouffée délirante aiguë, compte tenu notamment de l'absence totale d'antécédent psychiatrique, de l'augmentation récente de la consommation de cannabis, sur fond de

souvent de manière stricte Si le motif du déchainement de violence est futile mais ancré dans la réalité (par exemple par ce que la femme a effectivement refusé de lui indiquer son chemin), la responsabilité pourrait être retenue tandis que s'il tue la femme car il voit en elle un démon, l'irresponsabilité sera plus facilement retenue car alors le passage à l'acte n'a d'autres raisons que celles issues de son délire

³⁴ Audition publique, Expertise psychiatrique pénale, 25 et 26 janvier 2007, Haute autorité de la Santé, Recommandations de la commission d'audition

cannabisme chronique, du caractère extrêmement brutal de l'épisode et de sa résolution assez rapide, sous traitement.

Pour les docteurs V..., T... et le professeur U..., cette cause n'est pas exclusive dans la mesure où la bouffée délirante aiguë, serait "*inaugurale d'une psychose chronique, probablement schizophrénique*", la consommation de cannabis, n'ayant fait "*qu'aggraver le processus psychotique déjà amorcé*". Ce deuxième collègue d'experts appuie son analyse notamment sur le fait que la fenêtre thérapeutique mis en place à l'UMD a été suivie d'une rechute immédiate et spectaculaire. Il envisage une résurgence des symptômes en cas de rupture thérapeutique et une hospitalisation sous contrainte au long cours.

Le dernier collègue d'experts, composé des docteurs T..., R... et Q..., conclut, comme le docteur W..., que l'infraction ne pouvait être mise en relation avec une pathologie mentale chronique et était "*en lien direct avec une bouffée délirante aiguë d'origine exotoxique*". Les experts ne se prononcent cependant pas de manière définitive sur la question d'une éventuelle pathologie mentale associée, considérant que "*sur le plan du diagnostic, l'existence d'une fenêtre thérapeutique permettra de trancher le débat entre bouffée délirante aiguë isolée et glissement dans un mode d'entrée dans la schizophrénie (expérience délirante primaire), voir une pathologie de l'humeur.*"

La chambre de l'instruction a retenu l'origine exotoxique de la bouffée délirante sans se prononcer expressément sur l'existence d'une pathologie mentale associée, soit préexistante, soit dans laquelle l'épisode délirant aurait marqué l'entrée. Toutefois, il ressort implicitement mais nécessairement de cette constatation souveraine qu'elle a estimé que la cause était exclusivement ou en tous cas principalement exotoxique, et qu'elle n'a pas motivé sa décision de déclaration d'irresponsabilité pénale par l'existence de cette pathologie mais par l'absence de conscience chez H... Z... des conséquences de sa prise volontaire de cannabis.

La bouffée délirante aiguë, lorsqu'elle a une origine toxique, est classée dans la catégorie des pharmacopsychoses. Elle peut évoluer pour son propre compte pendant quelques semaines après l'arrêt de l'intoxication. La prise de toxique visée par la littérature médicale est notamment celle des amphétamines, de la cocaïne, du LSD, du cannabis, de l'alcool ou autre psychodysléptiques.

S'agissant du cannabis, ses effets en tant que substance psychoactive sont certainement connus depuis le XIX^{ème} siècle ³⁵ mais la prévalence des troubles psychotiques aigus induits par le cannabis n'a été établie et documentée, selon une expertise collective de l'INSERM³⁶ qu'à partir des années 1970 et les études demeurent rares ; "*la banalisation de la consommation de cannabis dans les sociétés occidentales depuis les années soixante a réactivé ces débats qui avaient jusque là un caractère confidentiel (...) L'existence de troubles psychotiques induits par le cannabis a été largement discutée. Leur individualisation*

³⁵ Voir notamment la thèse de Moreau de Tours, médecin aliéniste, en 1845 " Du haschich et de l'aliénation mentale", ou encore Docteur Lorion, Stock, Lyon 1887, criminalité et médecine judiciaire en Cochinchine , cité par G Tarde, La philosophie pénale, 1890 (Cujas, réédition 1972, p189 et suiv)

³⁶ "Consommation de cannabis et troubles psychotiques", extrait de Inserm (dir.). Cannabis: Quels effets sur le comportement et la santé?. Rapport. Paris : Les éditions Inserm, 2001, XII- 429 p. - (Expertise collective).

par rapport aux troubles schizophréniques a été progressive à travers des études de cas, puis des études comparatives". Les premières études complètes sur les troubles psychotiques aigus toxiques avec caractéristiques organiques ou paranoïdes liés à la marijuana ont été décrits chez des soldats américains au Vietnam en 1967 et 1968³⁷. Cependant, selon ces auteurs, "*Les psychoses cannabiques ou troubles psychotiques induits par le cannabis existent donc de manière incontestable, mais leur fréquence apparaît toutefois extrêmement faible*". Il faut relever au demeurant que les motivations à consommer du cannabis identifiées dans la population générale sont, selon ces auteurs, la recherche d'une euphorie (l'ivresse cannabique) ainsi que la réduction de l'anxiété et de l'humeur dysphorique anxieuse ou dépressive et non la recherche de propriétés hallucinogènes ou délirantes.

A l'inverse, la comorbidité entre la schizophrénie et la consommation de cannabis est mieux documentée et très importante. "*L'association schizophrénie et addiction au cannabis est particulièrement fréquente : jusqu'à 40 % dans certaines études. Si l'hypothèse d'une automédication du trouble schizophrénique garde une certaine pertinence pour certains patients, en réalité, toutes les études montrent qu'au long cours le cannabis aggrave les troubles schizophréniques : il en accélère le cours évolutif, avec des décompensations plus brutales, plus précoces, des rechutes plus nombreuses, une compliance moindre aux soins et un pronostic péjoratif.*

Le risque relatif de développer une schizophrénie est multiplié par quatre chez les consommateurs réguliers de cannabis. Les recherches actuelles s'orientent vers l'étude des mécanismes et structures cérébraux peut-être communs à ces deux affections, notamment ceux impliquant le système endocannabinoïde."³⁸

S'agissant de l'alcool, des complications psychiatriques aiguës peuvent potentiellement survenir durant toute ivresse aiguë, et notamment des troubles hallucinatoires et délirants, les risques étant majorés en cas de jeune âge, de terrain psychiatrique sous-jacent, notamment de troubles bipolaires et d'interactions alcool-médicamenteuses.³⁹

La consommation de drogue ou d'alcool peut, compte tenu de son effet parfois désinhibiteur, favoriser le passage à l'acte criminel. La consommation de toute substance psychotrope est bien évidemment susceptible d'entraîner une modification du comportement (telle l'excitation psychomotrice), une perturbation de la perception et du traitement des informations sensorielles (auditive, visuelle et temporelle), et même une altération du jugement (tendance interprétative, thèmes persécutifs). Pour autant et d'un point de vue médico-légal, ces perturbations de l'état de conscience ne sont pas du registre de l'abolition totale du discernement et de la perte complète du contrôle des actes. Ce n'est que dans des

³⁷ Talbott et Teague (1969), dans leur étude menée chez des soldats américains au Vietnam en 1967 et 1968, rapportent le nombre de cas de troubles psychotiques aigus liés à la marijuana (12 cas) aux 350 000 soldats sur place. Kröll (1975) a estimé l'incidence des psychoses induites par la marijuana à 5 cas seulement parmi les 45 000 soldats des troupes aéroportées américaines en Thaïlande entre septembre 1971 et septembre 1972, alors qu'environ 40 % à 60 % d'entre eux avaient été exposés au moins une fois au cannabis

³⁸ Voir aussi sur ces questions docteur Lisa BLECHA et Amine BENYAMINA, Information Psychiatrique, 2009, volume 85

³⁹ Risques psychiques liés à l'alcool, publication de la société française d'alcoologie, 2009

cas tout à fait exceptionnels que cette consommation peut entraîner un trouble psychotique de nature à abolir le discernement, telle la bouffée délirante, reposant sur un examen clinique psychiatrique certain, qui conduit à se poser la question de l'irresponsabilité pénale.

Cette précision, quoiqu'évidente, méritait d'être apportée à la fois au regard des critiques médiatiques à l'encontre de la décision de la chambre de l'instruction qui a été déformée et présentée comme introduisant une cause d'irresponsabilité pour l'auteur d'une infraction dès lors qu'il a agi sous l'emprise de la drogue ou de l'alcool, mais aussi pour éclairer les analyses qui vont suivre sur l'état de la doctrine et de la jurisprudence, dans la mesure où de nombreux auteurs traitent de la question de manière globale sans opérer cette distinction fondamentale entre les différents degrés d'intoxication.

La question posée par ce dossier est donc celle des conséquences sur la responsabilité pénale d'une intoxication volontaire qui a entraîné une perte totale du libre arbitre, c'est-à-dire du discernement et du contrôle des actes, de la capacité de comprendre et de vouloir, à l'exclusion de l'intoxication à l'origine d'une modification du comportement et de l'état de conscience, constitutive d'une simple altération du discernement.

La question ne relève dès lors plus de l'analyse médicale, puisque, par hypothèse le diagnostic sur l'état mental au moment des faits est posé, ni de l'analyse médico-légale, puisque, de la même manière, le lien entre cet état mental et le passage à l'acte est supposé établi, mais de l'analyse juridique.

2-1-3 La question de l'effet de la faute antérieure sur la responsabilité pénale

Au cas présent, l'intoxication au cannabis, qui remonte à plusieurs années et est massive, doit être qualifiée à l'évidence de volontaire, puisque même si les experts sont en désaccord sur l'existence d'une pathologie mentale associée, il n'a jamais été envisagé que H... Z... ait été atteint d'une pathologie ayant aboli son discernement au moment où il a consommé du cannabis, notamment dans les jours précédant le passage à l'acte.

Cette consommation est à l'évidence fautive puisque l'usage de stupéfiants est sanctionné par la loi pénale. Il apparaît cependant que d'autres types d'intoxication volontaire peuvent relever d'un comportement fautif, sans constituer une infraction pénale, comme la prise d'alcool en quantité excessive dans un espace privé ou la prise de médicaments psychotropes à des doses anormales.

C'est donc sous l'angle des effets de la faute antérieure sur l'irresponsabilité pénale que la question peut être abordée.

En outre, les infractions reprochées à H... Z... entrent dans la catégorie des infractions intentionnelles.

La question est donc de savoir si l'irresponsabilité pénale peut être retenue à l'encontre de la personne, auteur d'un crime ou d'un délit intentionnel, alors même qu'elle a,

antérieurement à la commission de ce crime ou délit, commis une faute, en consommant librement les substances à l'origine de l'abolition de son discernement ou du contrôle de ses actes au moment des faits.

2-2 En l'état du droit positif, la faute antérieure ne permet pas d'exclure l'irresponsabilité pénale pour trouble mental en cas de crime ou délit intentionnel

Pour apprécier, au regard des moyens soulevés, si la décision attaquée est conforme au droit, il convient dans un premier temps de déterminer quel est sur cette question l'état du droit, entendu comme l'ensemble constitué par les normes législatives et le cas échéant supra législatives, la jurisprudence de la Cour de cassation ainsi que, sous certaines conditions, celles des juges du fond et de la doctrine.

2-2-1 La théorie dite de l'innocuité de la faute antérieure doit être privilégiée

Il est possible d'envisager deux types de réponses antinomiques à la question posée, qui opposent, au regard de l'irresponsabilité pénale, pour reprendre la formulation de votre rapporteur, les partisans de "*innocuité de la faute antérieure*" à ceux de "*l'effet exclusif*".

Les manuels contemporains ou les encyclopédies de référence, soit prennent parti pour l'une ou l'autre thèse⁴⁰, soit présentent la question comme de tout temps controversée et la jurisprudence comme ayant connu des états successifs contraires⁴¹, ce qui non seulement paraît inexact mais encore donne à penser que les deux thèses peuvent être placées sur le même plan et qu'il appartiendrait à la Cour de trancher entre l'une ou l'autre.

Or, les deux thèses ne me paraissent pas pouvoir être placées sur le même plan : celle de l'innocuité s'appuie sur l'analyse du droit positif tandis que celle de l'effet exclusif s'en écarte et relève de la seule théorie du droit, ou d'une approche de *lege ferenda*.

En premier lieu, il apparaît, si on s'en tient à la question telle qu'elle a été circonscrite (soit l'effet de la faute antérieure en cas d'abolition du discernement), que ces controverses sont relativement récentes et que la thèse de l'effet exclusif n'a émergé qu'à la fin du XXème siècle, alors que ni les textes ni la jurisprudence n'avait évolué.

40

Pour compléter l'analyse de ces thèses par le rapport, on peut noter que figurent parmi les partisans de la thèse de l'innocuité, outre Philippe Conte et Patrick Maistre du Chambon, Jean Pradel, Francis Le Gunehec et Frédéric Desportes, cités par votre rapporteur, ML Rassat (Droit pénal général, 2ed ellipses) et parmi les partisans de l'effet exclusif, outre Jacques Henri Robert, Bernard Bouloc, Yves Mayaud, Wilfried Jeandier, cités par votre rapporteur, Jacques Léauté et André Vitu

41 Outre E Bonis, dans le Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Troubles psychiques – Malades mentaux, on peut citer le traité de droit criminel de Merle et Vitu (Cujas, 6^{ème} édition, 1988, p 763) qui ne prend pas parti et souligne que c'est une question de fait

La théorie classique du XIX^{ème} siècle peut être utilement rappelée dans la mesure où non seulement l'article 64 du code pénal est demeuré inchangé jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau code, mais encore dans la mesure où l'article 122-1 du nouveau code pénal dans ses diverses versions n'a pas modifié l'état du droit sur la prise en compte de la faute antérieure, comme on le verra.

Pour l'un des fondateurs de la théorie du droit pénal, Faustin Hélie, la thèse de l'innocuité ne fait aucun doute. Cet ancien président de la chambre criminelle distingue ce qu'il qualifie d'ivresse complète de l'ivresse incomplète et, s'agissant de l'ivresse "*absolument complète*", qui "*a enlevé à celui qui y est tombé l'intelligence, le sentiment, la conscience de ses actes présents*", "*l'irresponsabilité pénale s'impose*". Dans ce cas "*nous sommes tout à fait dans l'esprit de l'article 64, et, quoiqu'il n'y ait pas démence dans le sens technique du mot, c'est-à-dire quoiqu'il n'y ait pas état durable, permanent, habituel, il est cependant clair qu'il n'y ait pas eu intelligence, sentiment, conscience de l'acte et que, hors de ces circonstances, aucune peine ne peut être appliquée*". Et il ajoute : "*Quel jurisconsulte, par exemple, oserait déclarer coupable de meurtre, c'est-à-dire coupable d'homicide commis volontairement, un homme dans un état d'ivresse tel que celui que je suppose? Il y aura, si l'on veut négligence imprudence, imputabilité civile ; mais où il n'y a pas eu l'intention de crime, volonté de tuer, volonté d'agir en connaissance de cause, il y aura impossibilité de déclarer l'accusé coupable, impossibilité d'appliquer la peine ordinaire de l'homicide volontaire, la peine du meurtre.*"⁴²

Dans le code pénal annoté de 1901-1906, le professeur E. Garçon fait un commentaire similaire sous l'article 64 et distingue aussi entre l'ivresse qui "*peut être complète et abolir totalement le discernement et le libre arbitre*" et l'ivresse qui "*peut être incomplète et laisser subsister quelque raison et quelque volonté*". Après avoir cité les décisions de la Cour de cassation ayant considéré que l'ivresse n'était pas une excuse légale, E. Garçon précise : "*sans doute l'ivresse n'est pas une excuse légale ; mais autre chose est l'excuse légale, autre chose le fait justificatif résultant de l'irresponsabilité de l'agent. Or il s'agit ici précisément d'une question de responsabilité, qui est abandonnée à la conscience du juge, et le jury a incontestablement le droit de répondre négativement à la question de culpabilité, s'il lui paraît que l'ivresse avait aboli la responsabilité de l'accusé*".

Sans multiplier les références, et sous réserve d'une analyse plus approfondie ⁴³, il apparaît que la controverse qui émerge au XIX^{ème} siècle, souvent citée par les auteurs actuels, porte en réalité non pas sur l'irresponsabilité en cas d'ivresse complète mais sur la possibilité ou non d'accorder des circonstances atténuantes ou de retenir une excuse légale en cas d'ivresse incomplète. Les auteurs précités, plutôt favorables à la possibilité de retenir les circonstances atténuantes en cas d'ivresse incomplète, tout en considérant que tout est affaire d'espèce, font d'ailleurs état eux-mêmes des positions divergentes et des législations étrangères en sens contraire.

42

F Hélie, op. cit, 1880, p186

43

A notre connaissance, il n'existe pas d'étude exhaustive sur cette question précise, notamment en

Sous l'influence de la criminologie naissante, ces courants au demeurant s'affirment de plus en plus ⁴⁴ sans que la théorie de l'irresponsabilité en cas d'ivresse totale ne soit, semble-t-il, remise en cause. La confusion tient certainement au fait que la frontière entre l'ivresse complète et incomplète est une question de fait, complexe et qui renvoie à une science médicale psychiatrique elle-même alors en construction. Toutefois il ne semble faire aucun doute que pour ces auteurs classiques, s'il est établi que l'état d'ivresse a entraîné une abolition du discernement, l'infraction intentionnelle n'est pas imputable.

S'il n'est pas possible de faire dans le cadre de cet avis une analyse historique complète du sujet, on peut relever par exemple que, dans les années cinquante, cette thèse classique ne paraît pas davantage remise en cause dans les ouvrages de référence ⁴⁵.

Cette thèse perdure chez de nombreux auteurs actuels, parmi les plus importants, car elle est à l'évidence conforme à la philosophie du droit pénal moderne, qui selon la formule de P.J. Delage *"est tout entière comprise dans une unique considération : seul celui qui a agi avec discernement et volonté peut être déclaré responsable"* ⁴⁶.

Y. Mayaud lui-même, pourtant fervent partisan de la thèse de l'effet exclusif de la faute antérieure, admet que *"La responsabilité pénale a un fondement moral, et c'est l'imputabilité qui en rend compte. Ce n'est que sous couvert de discernement et de libre arbitre que des poursuites sont possibles. Sauf à verser dans le positivisme, l'homme n'est reprochable, et donc imputable, que dans la mesure de sa capacité à comprendre la portée de ses actes, avec ce que cette solution implique de liberté supposée lorsqu'il commet une infraction."* ⁴⁷

Le droit pénal moderne n'est pas un droit de défense sociale utilitariste, dans lequel la sanction viserait à la seule préservation de l'ordre social et pourrait toucher tout individu présentant une dangerosité, mais conserve une dimension rétributive de sanction d'un acte accompli par une personne dont le libre arbitre est présumé.

Cette thèse est ensuite parfaitement conforme au principe selon lequel une infraction suppose non seulement un élément matériel mais un élément intellectuel. Certes l'article

⁴⁴ En ce sens G Tarde, op cit . Voir aussi les travaux de Martine Kaluszynski, notamment *La République à l'épreuve du crime. La construction du crime comme objet politique, 1880-1920 / Jacques Bourquin* ». in : *Le temps de l'histoire*, Numéro 5, 2003, Pratiques éducatives et systèmes judiciaires

⁴⁵ Par exemple dans l'édition de la pratique criminelle des cours et tribunaux de 1954, dans le chapitre la démence, il est mentionné que si l'ivresse incomplète *"ne peut être admise par les juges comme excuse légale des crimes"*, *"il est toutefois permis à l'accusé de l'alléguer car elle conserve le caractère d'un fait d'atténuation et peut avoir l'effet d'abaisser la peine en motivant la déclaration de circonstance (...)* En théorie, il est certain que l'ivresse complète produit un total aveuglement ; l'homme ivre agit machinalement et sa raison ne participe pas aux actes matériels auxquels ils se livrent. L'agent est donc coupable d'une imprudence d'une faute, mais on ne peut lui imputer un crime qu'il a exécuté après avoir perdu sa raison.(...)" *"l'ivresse incomplète peut seulement avoir l'effet d'excuser l'agent ; une demi- ivresse, qui sans supprimer dans l'homme la conscience de lui-même et du mal qu'il fait, lui ôte l'usage de la réflexion, ne pourrait qu' atténuer le crime"* (page 164) . Voir aussi les écrits du professeur de droit Alfred Legal, notamment *"La prévention des infractions contre la vie et l'intégrité physique commise sous l'influence de l'alcool"*, in *La prévention des infractions de la vie humaine*, 1954, Cujas, p. 129. Selon ce professeur, *"Lorsque l'individu a perdu radicalement sous l'empire de l'alcool, la conscience ou le contrôle de ses actes, l'acquittement s'impose faute d'élément moral tout au moins pour les délits intentionnels"*

⁴⁶ Delage, RSC 2007, p. 797

⁴⁷ AJ pénal, 2004, op. cit.

122-1 du code pénal, comme l'article 64 de l'ancien code pénal, s'applique non seulement aux crimes et aux délits dits intentionnels, mais aussi aux délits non intentionnels et aux contraventions. Ainsi la personne qui commet une faute d'imprudence alors que son discernement est aboli est non imputable. Mais l'exigence du libre arbitre est encore plus prégnante en cas d'infractions intentionnelles. En effet une fois l'imputabilité établie, en l'absence de cause d'irresponsabilité pénale, la culpabilité ne peut être retenue que si l'infraction est constituée tant dans son élément matériel que moral. En matière d'infractions intentionnelles, l'élément moral est constitué a minima d'un dol général, qu'on peut définir comme "*la volonté de commettre un acte en ayant conscience de violer la loi pénale*"⁴⁸. Très souvent est aussi exigé un dol spécial, défini comme "*l'intention d'atteindre un certain résultat prohibé par la loi pénale*"⁴⁹. En particulier pour le meurtre, le dol spécial exigé, qualifié d'*animus necandi*, est l'intention de tuer. Comme l'indique C. Guéry⁵⁰ à propos de l'élément intentionnel du meurtre "*la volonté doit innover à la fois le comportement et porter également sur le résultat*", différence essentielle avec les violences volontaires ou les coups mortels, dans lesquels l'agent a la volonté de provoquer un dommage mais pas nécessairement l'étendue de ce dommage.

On voit mal comment en matière d'infractions intentionnelles, et de manière particulièrement évidente s'agissant du meurtre ou de l'assassinat, même si l'imputabilité était retenue pour un auteur dont l'abolition du discernement résulterait d'une intoxication volontaire, l'élément moral pourrait ensuite être établi et la culpabilité déclarée. A cet égard la règle de l'effet exclusif de l'irresponsabilité pénale de la faute antérieure suppose, sauf à être privée de toute portée, que la juridiction soit ensuite dispensée de la caractérisation de l'élément moral de l'infraction et que la condamnation découle ensuite de la seule imputation matérielle des faits.

Cette thèse classique, enfin, est conforme à la lettre des textes, tant de l'article 64 de l'ancien code, que de l'article 122-1 du nouveau, qui mentionnent l'un et l'autre que l'état de démence ou l'abolition du discernement s'apprécie "*au temps de l'action*" ou "*au moment des faits*" et cette exigence de concomitance temporelle est si forte qu'elle a toujours été interprétée comme se doublant d'une exigence causale (l'état mental doit être la cause du passage à l'acte).

Comme l'indiquent Philippe Conte et Patrick Maistre du Chambon⁵¹, "*si l'ivresse a aboli le discernement au moment de l'action, l'imputabilité disparaît*" et une position contraire est juridiquement contestable : "*il s'agit en réalité de juger un comportement commis en état d'inconscience, par référence à une faute antérieure, en violation de la règle selon laquelle conformément à un principe général du droit pénal et à la lettre de l'article 122-1 ("au moment des faits"), c'est à l'instant de la commission d'une infraction qu'il faut se placer pour apprécier la réunion de ses éléments constitutifs.*"

48 Francis Legunehec, Frédéric Desportes, op.cit. p435

49 Ibidem, p 438

50 Le meurtre, analyse juridique et pratique de l'homicide volontaire, Dalloz, p 93

51 Droit pénal général Paris : Armand Colin, p203-204

Francis Le Gunehec et Frédéric Desportes⁵² ajoutent à propos du trouble mental entraînant une abolition du discernement que *“ce trouble peut aussi provenir d’une intoxication due à l’alcool ou aux stupéfiants, même si cette intoxication est volontaire, puisque l’article 122-1 ne distingue pas selon l’origine du trouble, à condition toutefois que cette intoxication entraîne disparition du libre arbitre”*

Ces arguments de texte ont à l’évidence une portée majeure puisque le droit pénal, comme nous aurons l’occasion de le préciser, est régi par le principe constitutionnel de légalité, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale.

Alors que ces positions fondées sur l’analyse de textes demeurés à cet égard inchangés et sur la théorie classique du droit paraissent ainsi difficilement dépassables, se développent des positions contraires à compter semble-t-il de la fin des années 1970.

A notre connaissance, une des premières positions clairement en ce sens est exprimée par Jacques Léauté dans un article de 1981 sur le rôle de la faute antérieure dans le fondement de la responsabilité pénale⁵³. Cet auteur considère que la notion d’imputabilité, qu’il définit comme *“la capacité d’opter entre le défendu et le permis”* a vieilli et devrait être remplacée par celle de culpabilité qui *“réside dans l’usage délictueux fait par le délinquant de sa liberté morale”*; il estime que la difficulté de l’imputabilité réside dans le fait qu’elle *“se constate uniquement sur le vu d’un cliché instantané pris au moment de l’infraction”* tandis que la culpabilité reconnaît *“que l’instant de l’infraction n’est pas coupé de la chaîne des instants précédents”*. Il déplore que l’article 64 *“ne mentionne aucun rôle attribué à la faute antérieure dans la perte du pouvoir de choisir au moment d’infractions entre ce qui est licite ce qui est interdit”* et que dans la réforme alors envisagée du code pénal, l’avant-projet n’a pas renouvelé la notion d’imputabilité en affaiblissant *“la condition d’instantanéité par l’insertion d’une réserve constituée par le rôle de la faute antérieure”*. Il préconise *“d’ajouter dans le projet après les articles relatifs aux différentes causes de non responsabilité, dont la démence, une disposition selon laquelle ces articles seraient déclarés applicables “sauf si l’absence d’imputabilité au moment de l’acte a pour cause directe une faute antérieure du prévenu”*.

Il convient de noter que Véronique Tellier Cayrol⁵⁴, dans une chronique sur la présente affaire, écrit, en se référant à cet article, que cette évolution *“avait été suggérée dans l’avant-projet de code pénal de 1978”*. Si cette suggestion est bien formulée par J. Léauté, vérification faite et sauf erreur, elle ne figure dans aucune des versions successives de l’avant-projet et n’est pas davantage mentionnée dans les travaux préparatoires. Elle n’a en tout état de cause jamais été adoptée, comme on sait, par le législateur.

Si Jacques Léauté défend une conviction personnelle dont il a bien conscience qu’elle n’est pas conforme à l’état du droit positif, puisqu’il sollicite une modification des textes et non de la jurisprudence, d’autres auteurs, sans prendre la précaution de se situer de lege ferenda,

52 Droit pénal général, Economica, 20ème éd, 2009, n°634

53 Le rôle de la faute antérieure dans le fondement de la responsabilité pénale, Dalloz, Chr XLI, 1981, p 296

54 Véronique Teyllier Cayrol, la turpitude du fou, recueil Dalloz 2020, p349

en viennent progressivement à soutenir la même thèse, comme si elle portait sur l'analyse du droit positif ⁵⁵.

Ces positions s'inscrivent dans un contexte social spécifique marqué, comme on l'a vu, par une baisse constante du nombre des déclarations d'irresponsabilité pénale et par la montée en puissance de courants de la psychiatrie qui remettent en cause l'irresponsabilité pénale et les écoles de psychiatrie qui dans le sillage des idées réformatrices des premiers aliénistes du XIXe siècle, donnaient la priorité aux soins et à la protection du malade dans une institution spécifique exclusivement destinée à la thérapie. Comme l'a montré Caroline Protais ⁵⁶, ces courants favorables à la responsabilité se divisent en deux approches distinctes. La première s'est particulièrement développée dans les années 1970, sous l'influence du discours foucauldien contre la psychiatrie asilaire ; elle préconise la réintégration du malade dans la cité, la responsabilisation ayant alors une visée thérapeutique, pourvu que la sanction s'applique dans des prisons humanisées et permettant une prise en charge psychiatrique. La seconde, que Caroline Protais qualifie de "*responsabilisation de repli*" et qui tend à prendre plus d'ampleur, s'inscrit dans une perspective davantage sécuritaire, visant à garantir la mise hors d'état de nuire de personnes présentant une dangerosité du fait de leur pathologie, alors que l'hôpital psychiatrique n'a ni la volonté ni les moyens d'accueillir ce type de malades, dans un contexte de baisse drastique du nombre des lits d'hospitalisation (moins 50 000 entre 1980 et 2000).

Ces positions s'inscrivent aussi dans le contexte du renforcement des politiques pénales de lutte contre les conduites addictives reconnues comme criminogènes et de l'évolution de la législation sur la pénalisation de l'ivresse et de la prise de stupéfiants.

Mais, indépendamment du bien fondé en opportunité des positions de ces partisans de l'effet exclusif de la faute antérieure sur l'irresponsabilité pénale, qui ont parfaitement leur légitimité, force est de constater que leurs arguments, sur le plan juridique, s'il s'agit non plus de préconiser des évolutions de la loi mais de rendre compte du droit positif, sont manifestement plus faibles que ceux des partisans de la thèse contraire.

Une première série d'arguments repose sur l'existence d'une théorie de la faute antérieure, forgée par la jurisprudence selon laquelle la cause exonérante de la responsabilité pénale ne peut pas être occasionnée par une faute de l'agent.

Comme l'indique votre rapporteur, cette théorie a été effectivement consacrée par la chambre criminelle en matières d'état de nécessité, avec l'arrêt Lesage du 28 juin 1958 ⁵⁷,

⁵⁵ Ainsi Pour A Vitu si l'individu "s'est enivré au point de tomber dans une crise de delirium, au cours de laquelle il a commis l'infraction, alors il faut le tenir pour responsable de cette infraction même s'il y a démence au temps de l'action. La démence en ce cas n'est plus revêtue du caractère d'imprévisibilité qui est d'ordinaire le sien et l'on comprend que les tribunaux puissent alors en une appréciation des faits que la cour de cassation estime souveraine proclamer la responsabilité pénale du prévenu malgré la démence qu'il invoque " A noter que dans cette chronique, A Vitu précise qu'il se sépare de l'opinion exprimée dans l'ouvrage écrit en commun avec R Merle. (RSC, chronique de jurisprudence, droit pénal général, 1985, p 90)

⁵⁶ Op.cit.

⁵⁷ Cet arrêt consacre la notion d'état de nécessité comme fait justificatif et en écarte l'application au cas d'espèce où un automobiliste avait fait une manoeuvre dangereuse pour éviter de percuter ses passagers éjectés et était entré en collision avec un autre véhicule

de légitime défense et de contrainte, avec le célèbre arrêt Trémintin du 29 janvier 1921 par lequel le bénéfice de la contrainte avait été refusé à un marin poursuivi pour désertion parce qu'il n'avait pas rejoint à temps son bâtiment alors que son absence était causée par une garde à vue, consécutive à une permission trop arrosée.

Plusieurs auteurs constatant que la théorie de la faute de l'auteur de l'infraction est ancienne et constante, et procédant ensuite par voie d'affirmation, soutiennent que cette théorie s'applique à toutes les causes d'irresponsabilité pénale.

Ces auteurs⁵⁸, à l'appui de leur assertion, affirment se référer à une jurisprudence constante mais citent des arrêts qui ne traitent nullement de l'irresponsabilité pour trouble mental en matière d'infraction intentionnelle mais de l'état de nécessité et de la contrainte. Véronique Tellier-Carol⁵⁹, par exemple, se réfère exclusivement à la jurisprudence sur l'état de nécessité (arrêt Lesage du 28 juin 1958) ou à des décisions relatives au trouble mental pour des infractions involontaires.

En réalité, il n'existe aucun arrêt de la Cour de cassation, même ancien, comme on le verra, qui aurait fait application de la théorie de la faute antérieure pour exclure l'irresponsabilité pénale d'un auteur d'infraction intentionnelle dont le discernement aurait été aboli.

Ces auteurs opèrent donc une généralisation de la théorie de la faute antérieure à l'ensemble des causes d'irresponsabilité pénale, qui ne paraît pas avoir de fondement jurisprudentiel.

Cette généralisation a-t-elle au moins un fondement théorique solide ? Il est permis d'en douter.

En effet, le trouble mental est une cause d'irresponsabilité entièrement subjective, ce qui n'est pas exactement le cas de la contrainte, de l'état de nécessité et de l'erreur de droit.

Les professeurs Merle et Vitu par exemple distinguent les faits justificatifs de l'infraction, tels la légitime défense et l'état de nécessité, et les causes de non imputabilité. Parmi ces dernières, ils différencient le trouble mental et la minorité, qu'ils traitent dans une section sur la lucidité du comportement pénal, de la contrainte morale ou physique, qu'ils traitent dans une section sur la liberté du comportement pénal.

En cas de contrainte, d'état de nécessité ou de légitime défense, l'agent a toujours son libre arbitre : il n'a certes pas d'autre choix que celui de commettre l'infraction mais il la commet de façon lucide et consciente, ce qui paraît une différence essentielle, au regard du fondement rétributif du droit pénal déjà évoqué.

⁵⁸ Voir par exemple M Herzog-Evans qui cite l'arrêt Trémintin pour affirmer le principe de la responsabilité même lorsque le discernement est aboli au moment des faits, dès lors que l'auteur aurait dû prévoir les conséquences que pouvait avoir son ivresse notamment le risque de ne plus se maîtriser (Droit pénal général, théorie et pratique, deuxième édition, Vuibert

⁵⁹ Op. Cit.

Si la contrainte et la démence faisaient d'ailleurs l'objet d'un seul article dans le code pénal de 1810, le législateur du nouveau code pénal, par souci affiché de clarté et pour mieux distinguer ces deux causes d'irresponsabilité, a scindé l'article 64 en deux articles distincts, l'article 122-1 pour le trouble mental et l'article 122-2 pour la contrainte.

Il faut cependant relever que même lorsque la contrainte était énoncée par l'article 64, le législateur n'avait nullement cantonné l'appréciation du critère d'irresponsabilité au moment des faits, puisque l'expression "*au temps de l'action*" n'était pas en facteur commun et ne s'appliquait pas à la contrainte.

De surcroît, l'application de la théorie de la faute antérieure en matière de contrainte avait été critiquée par la doctrine, qui estimait qu'elle ne pouvait s'appliquer aux infractions intentionnelles. Ainsi H. Donnedieu de Vabres⁶⁰, dans une chronique relative à une décision de la cour d'appel de Paris de 1934 qui avait déclaré coupable d'infraction à arrêté d'expulsion un individu qui alléguait la force majeure et la contrainte, car il s'était fait refouler des pays voisins lorsqu'il avait voulu quitter la France, revenant sur les arrêts Lesage et Tremintin précités, fait valoir qu'assimiler l'imprudence consciente, même constitutive de faute lourde, à l'intention revient à violer le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale.

Frédéric Desportes et Francis Legunehec⁶¹, reprennent ces critiques et font valoir que la jurisprudence a ajouté, s'agissant de la contrainte, à la condition d'irrésistibilité prévue par la loi, celle d'imprévisibilité non prévue par le texte. Selon eux, si la prise en compte de la faute antérieure se justifie pour les délits non intentionnels, puisque "*la prévisibilité de l'événement caractérise en réalité l'imprévoyance*", tel n'est pas le cas des infractions non intentionnelles : "*S'agissant des infractions intentionnelles telles que la désertion ou l'abus de confiance, il n'est pas normal de refuser le bénéfice de la contrainte irrésistible en cas de négligence antérieure car cela revient à transformer ces infractions en délit d'imprudence.*" Ils soulignent que les rédacteurs du nouveau code pénal n'ont pas entériné la jurisprudence de la Cour de cassation en ajoutant à l'article 122-2 du code pénal la condition d'imprévisibilité.

En réalité, comme pour l'irresponsabilité pour trouble mental, l'application de la théorie de la faute antérieure, une fois la cause de non imputabilité écartée, se heurte à l'irréremédiable difficulté déjà évoquée de caractériser l'élément intentionnel de l'infraction.

Une deuxième série d'arguments tient à la nécessité de mettre en cohérence l'article 122-1 du code pénal avec les nouvelles dispositions légales qui ont érigé l'état d'ivresse et la consommation de stupéfiants en circonstance aggravante de certaines infractions, notamment les atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité physique commises par un conducteur de véhicule, avec la loi n° 2003-495 du 12 juin 2003, puis les violences volontaires et les infractions sexuelles avec la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007.

⁶⁰ Sous cour d'appel de Paris, 26 juillet 1934, D.P.1934, II, p 113. Il souligne que le droit allemand ne commet pas cette erreur

⁶¹ Op. Cit. §667

Morgane Daury-Fauveau, dans un commentaire récent relatif à la présente affaire ⁶² soutient que *“cette solution s'impose logiquement puisque l'intoxication volontaire est réprimée, soit directement (délit d'usage de stupéfiants), soit indirectement (conduite en état d'ivresse ou sous l'empire de stupéfiants) et constitue une circonstance aggravante de certains crimes et délits, notamment des violences volontaires et des agressions sexuelles”*. Elle tient pour acquis qu'en cas de violences volontaires, le législateur ayant créé une circonstance aggravante en cas de consommation de stupéfiants, l'intoxication volontaire ne peut constituer une cause d'irresponsabilité pénale et en déduit qu'il serait paradoxal qu'il n'en aille pas de même en cas de meurtre ⁶³.

Le postulat de départ mérite d'être discuté puisque le législateur, s'il a pour certaines infractions érigé la consommation de stupéfiants en circonstance aggravante, n'a, comme on l'a vu, d'aucune manière modifié l'article 122-1 du code pénal.

Il est vrai que, de manière ambiguë, le Rapport ⁶⁴ sur le projet de loi de M. Jean-René LECERF se réfère à l'article 122-1 du code pénal, et mentionne, comme le souligne votre rapporteur, que *“La jurisprudence dominante se refuse à voir dans l'ivresse une cause légale d'exemption de peine, solution satisfaisante sur le plan logique : il y aurait en effet une contradiction évidente, alors que l'ivresse est de plus en plus souvent réprimée en tant que telle par la législation récente, de la retenir comme une cause d'atténuation ou d'exemption de responsabilité dans les hypothèses non visées par le législateur.”*

De même, le rapport M. Philippe HOUILLON ⁶⁵ reprend ces mêmes éléments après avoir énoncé que *“Sur le plan des principes, on peut s'interroger sur la pertinence de cette circonstance aggravante, puisqu'à une époque on a considéré, au contraire, que l'emprise de l'alcool abolit le discernement. Cet état était alors considéré comme une excuse lorsqu'il aboutissait à la commission d'une infraction.”*

Pour autant, ces affirmations non étayées sur une question qui, à cette époque, comme on l'a vu, ne faisait pas, loin sans faut, l'unanimité de la doctrine paraissent procéder de la confusion déjà relevée entre les notions d'excuse légale et de faits justificatifs.

Lors des débats, elles ne sont pas reprises et, au contraire, M. Clément, garde des Sceaux, présente le texte sans se placer sur le terrain de l'abolition du discernement en déclarant :

⁶² “La question du discernement (à propos d'un crime antisémite)” D. 2020 p 341.

⁶³ Elle précise : *“Si Z... avait été interrompu dans son acte, si la police était intervenue pendant qu'il rouait de coups sa victime avant de la défenestrer, il aurait probablement été condamné pour violences volontaires aggravées. Parce qu'il l'a tuée, et parce que, pour une raison mystérieuse, la même circonstance aggravante n'est pas prévue pour l'homicide volontaire, il est irresponsable pénalement. L'issue de ce paradoxe est, en l'état de l'arrêt de la chambre de l'instruction, introuvable : pour en sortir, il faudrait considérer que les violences volontaires doivent également bénéficier de la cause d'irresponsabilité de l'article 122-1 du code pénal. lorsque l'intoxication est telle qu'elle a aboli le discernement. Ce raisonnement est inaudible dès lors qu'une intoxication moindre, qui a altéré le discernement, est une circonstance aggravante...”*

⁶⁴ Rapport n° 476 (2005-2006) de M. Jean-René LECERF, fait au nom de la commission des lois, déposé le 6 septembre 2006 (Projet de loi relatif à la prévention de la délinquance)

⁶⁵ Rapport n° 3436 de M. Philippe HOUILLON, fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 novembre 2006

“Le Gouvernement souhaite ainsi renverser la logique qui prévaut encore aujourd'hui dans les tribunaux correctionnels : le fait d'avoir bu, donc de n'avoir pas été dans son état normal, est présenté par l'auteur de l'infraction comme une circonstance atténuante. Eh bien ! l'intérêt de cet article est de donner un signal fort à l'opinion publique : loin d'être une excuse, c'est une circonstance aggravante”⁶⁶. Les seuls amendements déposés sur le texte sont des amendements de suppression, motifs pris de ce que “l'aggravation des peines n'est pas un gage d'efficacité” et des difficultés à établir, s'agissant des stupéfiants présents dans l'organisme, le moment de leur absorption⁶⁷. S'il s'était agi, par ricochet, de modifier les motifs d'irresponsabilité pénale liés au trouble mental, vieux de plus de deux siècles, les débats auraient, à n'en pas douter, pris une autre ampleur.

Enfin, la circulaire de la DACG d'application de la loi⁶⁸ se contente de mentionner la création de ces nouvelles infractions sans préciser qu'elles ont pour effet, ou supposent, qu'il ne peut y avoir, par principe, d'abolition du discernement en cas de prise de toxiques.

On ne peut davantage soutenir que les circonstances aggravantes sont incompatibles avec la possibilité de retenir l'irresponsabilité pénale en cas de consommation de stupéfiants ou d'alcool. Il faut distinguer en effet la question de l'imputabilité de l'infraction de celle de la culpabilité et de la condamnation. Si l'infraction n'est pas imputable du fait d'une absence totale de discernement, la question de l'application de circonstances atténuantes ou aggravantes ne se pose pas du fait de l'absence de déclaration de culpabilité, de sorte que le paradoxe n'est qu'apparent. Si le discernement est seulement altéré par la consommation de substances psychotiques, les dispositions de l'article 122-1 du code pénal dans sa version en vigueur en 2007 selon lesquelles “la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime”, peuvent être articulées avec celles de la loi de 2007 puisqu'elles renvoient à l'appréciation des juges qui doivent tenir compte de l'altération (laquelle au demeurant ne sera pas retenue dans tous les cas de consommation de toxiques) pour déterminer le quantum de la peine telle qu'aggravée par la loi de 2007.

Nous aurons l'occasion de revenir sur l'articulation de ces deux textes, notamment dans leur version actuelle, mais il résulte de l'ensemble de ces considérations qu'il ne peut être sérieusement soutenu que l'intention du législateur en 2007 a été de modifier l'article 122-1 du code pénal.

Enfin, les derniers arguments procèdent d'une affirmation souvent répétée selon laquelle la jurisprudence dominante serait en ce sens.

On trouve cette affirmation dans de nombreux commentaires de la présente affaire, tels ceux Mme Daury-Fauveau⁶⁹ ou ceux de Véronique Tellier-Carol⁷⁰, qui estiment que “la

66

Compte rendu des débats, sénat, séance du 21 sept 2006

67

Amendement N° 60 présenté par M. Mamère, Mme Billard et M. Yves Cochet

68

Circulaire de la DACG du 27 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance comportant de nombreuses dispositions de droit pénal ou de procédure pénale

69

Op. Cit

70

Op.cit.

jurisprudence majoritaire exclut l'abolition du discernement lorsque les faits se sont produits alors que leur auteur était sous l'emprise de l'alcool ou des stupéfiants".

Cette affirmation est parfois également présente chez les auteurs qui ne prennent pas parti entre les deux thèses, tels M.L. Rassat⁷¹, pour qui *"il reste que la grande majorité des décisions se refuse à voir dans l'ivresse une cause d'exemption de culpabilité, de diminution de responsabilité et même de mitigation de la peine"* ou encore Martine Herzog-Evans⁷².

On la retrouve aussi, avec des nuances, chez Sébastien Fucini selon lequel *"Cette position reprend la jurisprudence dominante : si l'intoxication volontaire écarte l'abolition du discernement lorsqu'elle a déclenché un trouble connu ou qui pouvait être envisagé, il doit en aller autrement lorsqu'elle a déclenché un trouble qui ne pouvait pas être envisagé"*⁷³

Ces affirmations sur *"la jurisprudence dominante"* doivent, à ce stade, être vérifiées.

2-2-2 Il ne peut être valablement soutenu qu'à ce jour la théorie classique a été démentie par la jurisprudence des juges du fond ou de la Cour de cassation

S'agissant de la jurisprudence des juges du fond, il apparaît que ces vérifications sont particulièrement délicates.

Outre l'accès à ces décisions, qui est limité⁷⁴, leur interprétation peut s'avérer malaisée sans consultation des dossiers et le cas échéant des expertises psychiatriques. La problématique, on l'a vu, se limite aux situations dans lesquelles il y a abolition du discernement et du contrôle des actes. Or, si un expert conclut à l'irresponsabilité pénale en cas d'intoxication volontaire, à l'instar du docteur W... dans la présente affaire, il n'utilisera pas, le plus souvent, la terminologie d'abolition du discernement mais une terminologie voisine comme celle d'aliénation. Et en cas de pathologie mentale, il ne sera pas nécessairement aisé de lire dans la décision qu'un transfert a été en réalité opéré du moment de l'appréciation de l'abolition du discernement du temps de l'action vers le temps de la prise de toxiques. De plus, dans de très nombreuses affaires, notamment s'agissant de faits commis en état d'ivresse, il n'y a pas eu, comme le souligne votre rapporteur, d'expertise psychiatrique de sorte qu'on ne peut savoir si l'effet psychotrope de la substance consommée était tel qu'il avait entraîné une abolition du discernement. Cette notion médico-légale suppose en effet un diagnostic médical préalable de l'état mental de l'intéressé au moment des faits, comme on l'a vu, qui peut difficilement être fait par les magistrats, lesquels ne disposent évidemment pas du savoir scientifique requis pour réaliser ce diagnostic, même s'ils ne sont en théorie pas liés par l'avis de l'expert.

71 Art. 122-1 et 122-2 - Fasc. 20 : trouble psychique ou neuropsychique
72 Op.cit
73 Dalloz actualité 03 février 2020 Affaire J... H...: déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental
74 Tel ne sera plus le cas lorsqu'il open data judiciaire donnera accès à l'ensemble des décisions rendues par les juridictions du fond

Il faudrait en réalité qu'une étude complète sur cette question soit confiée à des chercheurs, étude qui à ce jour n'a jamais été faite et, à notre connaissance, n'est pas davantage en cours⁷⁵.

Tout au plus, avons-nous pu étudier une grande partie des décisions citées par ces auteurs comme traitant du sujet ou censées illustrer ce "*courant dominant*".

Il est apparu que la plupart de ces décisions ne pouvait être mise en avant pour soutenir la thèse de l'effet exclusif de la faute antérieure, parce qu'il ressortait de leur motivation que, nonobstant l'absorption volontaire de substances psychotropes, l'agent avait conservé une certaine conscience de ses actes et avait agi de manière intentionnelle⁷⁶.

En fait, et même s'il faut à nouveau rappeler qu'une étude exhaustive de la jurisprudence s'imposerait, nous n'avons pu identifier qu'une seule décision susceptible d'illustrer utilement la thèse de l'effet exclusif de la faute antérieure, il s'agit de celle du tribunal correctionnel de Nevers du 30 janvier 1976.

Dans cette affaire, le tribunal correctionnel a condamné un individu pour coups et blessures volontaires, bris de clôture et violences sur agent de la force publique, alors même que, selon la motivation du jugement, les experts, s'ils n'avaient pas diagnostiqué de maladie mentale, avaient néanmoins conclu à l'irresponsabilité pénale au motif que le prévenu avait « *présenté au moment des faits un état d'ivresse excitomotrice, caractérisée par un taux d'alcoolémie de 3,15 g* » et que "*le sujet devait être considéré comme ayant agi en état de démence au sens de l'article 64 du code pénal*".

La classification des types d'ivresse est sujette à controverses médicales et a évolué. Toutefois l'ivresse excito-motrice est classiquement, depuis le XIXème siècle, classée dans la catégorie des ivresses pathologiques, aux côtés de l'ivresse hallucinatoire et de l'ivresse délirante. Contrairement aux autres types d'ivresse dans lesquels le lien entre les

⁷⁵ On peut préciser que l'inspection générale de la justice, qui assiste la mission Raimbourg dans ses travaux, a adressé un questionnaire aux chambres de l'instruction sur l'application loi de 2008, mais celui-ci porte essentiellement sur la procédure et ne comporte aucune question sur les pratiques jurisprudentielles en cas d'intoxication volontaire ayant aboli le discernement au temps de l'action

⁷⁶ On peut par exemple relever les décisions suivantes, citées par les auteurs :

- Tribunal de grande instance de Paris, 8 septembre 2011 : décision de condamnation pour propos injurieux proférés en état d'ivresse par un styliste. Le tribunal a retenu le caractère intentionnel de l'infraction, qui étaient contestés, au motif que le sujet connaissait les propriétés et effets de ses addictions, rendant inévitable l'absence de contrôle de soi et possible le comportement délictueux mais aussi au motif que le prévenu avait conservé une conscience suffisante de ses actes;
- Cour d'Appel de Grenoble, 12 mars 2004 : le prévenu est condamné pour violences alors qu'il était en état d'ivresse mais la cour d'appel a constaté que les faits étaient commis incontestablement de façon intentionnelle;
- Cour d'appel de Rouen, 24 mai 2006 : le prévenu est condamné pour violences volontaires sur les enfants de sa concubine, la cour précisant que l'état d'ivresse ne saurait constituer un fait exonérant sa responsabilité pénale mais en estimant en même temps que les gestes même non maîtrisés étaient "*délibérément violents*";
- Cour d'appel de Dijon 14 février 2007 : condamnation pour non-assistance à personne en danger après un accident mortel en état d'ivresse. La cour d'appel souligne que l'auteur ne pouvait ignorer le choc en raison de sa violence, qu'il aurait pu déclencher les secours. Même si elle énonce que l'ivresse a été volontairement recherchée, elle n'a pas pour autant constaté de perte totale de discernement;
- Cour d'appel de Douai 9 septembre 2008 : la cour refuse l'expertise psychiatrique alors que le prévenu invoquait son irresponsabilité pénale du fait de son état d'ivresse. Certes la cour énonce que l'ivresse ne constitue pas une cause d'irresponsabilité pénale, mais, en même temps, elle relève que le prévenu avait pris soin de mettre des gants pour commettre le cambriolage, ce qui, loin d'être la marque d'une confusion était au contraire le signe d'une préparation et d'une bonne maîtrise de la commission délictueuse, peu compatible avec l'irresponsabilité alléguée

expériences vécues et l'orientation peut demeurer pour partie, le comportement n'étant pas sans relation avec la réalité, les ivresses pathologiques sont caractérisées par des actions qui ont une "qualité iréelle, fantaisique, onirique ou désintégrée"⁷⁷.

Le tribunal correctionnel a relevé en premier lieu "que les conclusions des experts ne lient jamais le juge". Il a constaté ensuite que le prévenu, selon ces experts n'était pas atteint d'une maladie mentale "et qu'il n'était notamment pas atteint d'alcoolisme chronique, état qui entraîne à plus ou moins longue échéance une détérioration des facultés mentales".

Il admet ensuite que le prévenu "n'avait certainement pas l'intention de commettre des infractions graves à lui reprocher" et, pour écarter cette difficulté, il énonce :

"La jurisprudence dominante se refuse à voir dans l'ivresse une cause légale d'exemption de peine, solution satisfaisante sur le plan logique. Il y aurait en effet une contradiction évidente alors que l'ivresse est de plus en plus souvent réprimée en tant que telle par la législation récente, de la retenir comme une cause d'atténuation ou d'exemption de responsabilité dans les hypothèses non visées par le législateur."

Cette décision, après avoir été publiée dans la *Gazette du palais*⁷⁸, a connu une très grande notoriété par la suite.

En particulier, le paragraphe de la motivation précité relatif à la "jurisprudence dominante" est depuis lors cité dans les notes du code Dalloz, dans ses éditions successives, et très souvent repris in extenso, mais sans être référencé, dans les articles de doctrine, de même par exemple que dans les rapports parlementaires sur la loi du 2007 précités (sans davantage de référence à la source).

Aussi bien motivée et intéressante que soit cette décision, sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir, il me semble que son caractère unique, en l'absence d'études sur la question, ne permet pas d'y déceler le marqueur d'une "jurisprudence dominante" en ce sens, quand bien même ses rédacteurs auraient affirmé que tel était le cas.

Au demeurant, il est possible de citer des décisions contraires. Ainsi la cour d'appel de Douai dans un arrêt du 20 janvier 2010, cité par votre rapporteur, a déclaré, sur réquisitions conformes de l'avocat général, l'auteur d'un vol de scooter sous la menace d'un cran d'arrêt irresponsable pénalement pour cause de trouble mental alors que l'expertise psychiatrique concluait à une abolition du discernement au moment des faits, évoquant un délire hallucinatoire aigu, "très vraisemblablement provoqué par l'usage de produits stupéfiants".

Il peut être signalé aussi une autre décision, de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Douai, en date du 2 décembre 2010, qui a déclaré irresponsable pénalement l'auteur de coups mortels qui, après s'être très fortement alcoolisé avec ses collègues de travail pour fêter la fin de la "campagne betteravière", était rentré dans un immeuble qu'il

⁷⁷ Berner Peter, « Les ivresses pathologiques », dans : Yves Pélicier éd., Les ivresses. Sens et non sens. Le Bouscat, L'Esprit du temps, « Psychologie », 1994, p. 31-43

⁷⁸ Gaz. Pal. 1976 .2. Somm. 227

pensait à tort être le sien, puis dans l'appartement et la chambre de la victime qu'il avait pris aussi pour les siens. Trouvant un homme dans ce qu'il croyait être son lit, il l'avait frappé violemment et déplacé sur le pallier, celui-ci devant décéder ultérieurement des suites de ses blessures, avant de se coucher dans le lit de la victime où il était découvert par la police alertée par des voisins. Une première expertise avait conclu à une altération du discernement, une seconde à une abolition au motif qu'au moment des faits l'intéressé était dans un état "*d'ivresse pathologique amnésiante*" dont, selon l'expert, "*les circonstances cliniques étaient rares mais pas exceptionnelles*". Un collège de deux experts intervenait ensuite qui confirmait le diagnostic d'"*ivresse pathologique exito-motrice*" mais concluait à une simple altération du discernement "*estimant que l'intéressé s'était exposé volontairement à l'alcool dont il ne pouvait ignorer les effets sur son comportement*". Un collège de trois experts parisiens était enfin nommé, qui faisait le même diagnostic mais concluait à l'abolition du discernement. La motivation de la chambre de l'instruction n'évoquait pas la question du caractère volontaire de l'alcoolisation massive et énonçait, après avoir rappelé le diagnostic partagé par les experts "*d'ivresse pathologique*", que "*de la synthèse des conclusions de experts, notamment de celles de la dernière expertise diligentée par un collège de trois experts, il se dégage une conclusion d'irresponsabilité pénale*".

Ainsi, rien ne permet de manière objective de considérer que "*la jurisprudence dominante*" des juges du fond irait dans le sens des tenants de la thèse de l'effet exclusif, et viendrait de ce fait la conforter en ce qu'elle devrait être prise en compte dans l'appréhension de l'état du droit positif.

Qu'en est-il maintenant de celle de la Cour de cassation ?

Si la question de l'accessibilité aux décisions ne se pose évidemment pas ici, l'examen de la jurisprudence de la Cour montre cependant que beaucoup d'auteurs ont, comme pour la jurisprudence de fond, procédé à des "*sur interprétations*" des décisions rendues par la chambre criminelle.

S'agissant, en premier lieu, des arrêts les plus anciens, on a déjà vu que les arrêts relatifs à l'état de nécessité et la contrainte ne peuvent être utilement cités puisque par hypothèse, ils ne portent pas sur l'état de démence.

Les autres arrêts souvent cités, et rendus en matière d'état d'ivresse, ont une portée qui paraît ambiguë.

Une série d'arrêts est ainsi relative non pas à la cause d'imputabilité pour cause d'état de démence, mais à "*l'excuse légale*" : il s'agit d'espèce où l'état d'ivresse était invoqué, sans qu'il apparaisse qu'il était établi, ou même dans le débat, qu'il s'agissait d'une ivresse complète.

Ainsi, dans un arrêt du 23 avril 1824⁷⁹, dans une affaire de rébellion, la chambre criminelle a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui avait énoncé "*que l'espèce de lutte qui a eu lieu entre les*

79

Bull. N° 57

gendarmes et des hommes ivres n'a point les caractères d'une rébellion", en énonçant "que l'état d'ivresse des coupables ne doit point excuser ni empêcher de punir selon la loi".

Dans un arrêt du 27 août 1868⁸⁰, la Cour de cassation refuse de censurer un président de cour d'assises "ayant refusé de poser la question de savoir si, au moment du crime, l'accusé était en état d'ivresse" au motif que "l'état d'ivresse d'un accusé ne peut être considéré comme une excuse légale".

Cette solution est réaffirmée par un arrêt du 1er mai 1919⁸¹ (Bull 94), de manière il est vrai plus radicale dans une affaire de meurtre qui énonce : "aucune question relative à l'état d'ivresse de l'accusé ne pouvait être posée, l'ivresse ne pouvant jamais constituer une excuse légale", alors que le moyen soutenait que "le demandeur était accusé d'avoir commis un homicide et l'acte d'accusation précisant qu'il était alors en état d'ivresse, le jury n'a pas été interrogé par question séparée sur l'élément de volonté, élément essentiel pour l'existence même du crime".

Dans un arrêt du 14 novembre 1924⁸², la chambre criminelle ne reprend pas ce principe exprimé sous une forme générale, mais renvoie au pouvoir souverain des juges du fond. Dans cette affaire, le moyen, pris d'une contradiction de motifs et d'un manque de base légale, faisait grief à l'arrêt d'avoir "déclaré le demandeur coupable de violences volontaires tout en constatant en fait l'existence d'une circonstance de nature à faire complètement disparaître l'élément d'intention, essentiel à la caractérisation légale du délit". La chambre criminelle énonce que "l'arrêt attaqué a pu, sans commettre de contradictions, déclarer le prévenu coupable de violences volontaires après avoir constaté que celui-ci était un alcoolique et avait été vu en état d'ivresse, le jour où il s'est livré à ces violences, les juges du fond n'ayant fait qu'user ainsi du pouvoir d'appréciation de la responsabilité pénale qui leur appartient souverainement".

La notion d'excuse légale n'est pas définie dans le code pénal de 1810 et l'article 64 figure dans un livre II "Des personnes punissables, excusables ou responsables pour crimes ou pour délits". Mais on a vu que la doctrine distinguait alors entre excuse légale et faits justificatifs. Ces quelques arrêts semblent devoir être lus en tenant compte de la controverse déjà évoquée sur le point de savoir si l'ivresse incomplète peut être ou non une circonstance atténuante, ou de nature à faire disparaître l'intention. Dans la mesure où rien n'indique que dans ces affaires les juges du fond avaient souverainement constaté une ivresse complète, de nature à abolir le discernement, il paraît difficile d'en déduire que la chambre criminelle s'est alors prononcée en faveur de la théorie de l'exclusion de principe de la non imputabilité pénale en cas d'état de démence provoquée par l'ivresse.

Dans l'encyclopédie Dalloz sur l'article 122-1 du code pénal, E. Bonis⁸³, après avoir analysé les controverses doctrinales sur le trouble d'origine toxicologique, indique à propos de la jurisprudence que la chambre criminelle a ensuite "abandonné toute position dogmatique" à

80 Bull. 1868, n° 196
81 Bull. 1868, n° 196
82 Bull. N° 381
83 Op.cit.

partir d'un arrêt du 5 février 1957⁸⁴ que d'autres auteurs⁸⁵ citent aussi comme un arrêt charnière sur la question. Or, outre que la position "dogmatique" de la chambre criminelle avant cet arrêt n'est guère lisible, au vu de l'analyse de la jurisprudence précitée, la décision du 5 février 1957 ne porte que sur une partie de la question, qui n'est pas celle qui nous intéresse. En effet, dans cette affaire, le moyen reprochait à la cour d'appel qui avait déclaré le demandeur coupable de blessures involontaires et de contraventions au code de la route, d'avoir violé les règles d'imputabilité pénale « *en tenant compte du fait considéré comme une circonstance aggravante, qu'il était ivre au moment de l'accident, alors que l'ivresse, qui diminue l'intelligence et la responsabilité de l'agent, doit être considérée comme une circonstance atténuante et non comme une circonstance aggravante* ». La chambre criminelle n'a pas tranché la question renvoyant au pouvoir souverain des juges du fond en ces termes : "Attendu que les juges du fond ayant régulièrement constaté les imprudences, maladresses, et inobservations des règlements imputables au prévenu, il leur appartenait d'apprécier souverainement le montant de la peine dans les limites fixées par la loi compte tenu des diverses circonstances dans lesquelles le délit a été commis." Non seulement cet arrêt porte sur une infraction involontaire mais surtout il est expressément cantonné à la question de la possibilité de retenir l'ivresse incomplète (qui diminue la responsabilité selon le moyen) comme circonstance atténuantes

Cet arrêt montre, s'il en était encore besoin, l'importance de la controverse sur l'effet de l'alcool ou des stupéfiants sur l'appréciation de la culpabilité, controverse qui ne concerne pas le sujet de l'imputabilité, et à laquelle, comme on a vu, le législateur tentera ensuite de mettre un terme en érigeant pour certaines infractions la consommation de toxiques en circonstance aggravante.

S'agissant en second lieu des arrêts plus récents, cités par les mémoires ampliatifs et de manière plus générale de la jurisprudence contemporaine de la chambre dont votre rapporteur a effectué une recension complète, force est de constater, de la même manière, qu'aucune décision n'est venue consacrer la théorie de l'effet exclusif et affirmer le principe selon lequel l'irresponsabilité pénale en cas d'intoxication volontaire ayant entraîné une abolition du discernement devait être écartée.

En matière d'ivresse, les arrêts susceptibles⁸⁶ d'être invoqués ont été rendus dans des affaires où il ne pouvait être établi que l'ivresse était telle qu'elle avait aboli le discernement, soit parce qu'il n'y avait pas d'expertise, soit parce que les expertises avaient conclu à une simple altération en considération de l'état mental au moment de l'action.

Dans un arrêt du 2 septembre 2014⁸⁷, la chambre criminelle a rejeté un pourvoi contre l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour déclarer le prévenu coupable de violences aggravées et outrage à personne chargée d'une mission de service public, avait notamment énoncé que "*l'ivresse manifeste ne constitue pas un cause d'irresponsabilité pénale ou d'atténuation de responsabilité pénale mais au contraire une circonstance aggravante*". La chambre

84 Bull. n° 112

85 Ainsi A Vitu, RSC, op.cit.

86 Outre les deux analysés ici, voir aussi Crim., 12 février 2002, pourvoi n° 01-84.046

87 Crim. 2 septembre 2014, n°13-84.787

criminelle s'est contentée de renvoyer la question à l'appréciation souveraine des juges du fond⁸⁸, étant précisé qu'une expertise unique avait conclu à l'altération du discernement sans qu'il ressorte des moyens que l'expert avait écarté l'abolition sur la seule considération du caractère volontaire de l'intoxication.

De même, dans un arrêt du 21 juin 2017⁸⁹, la chambre criminelle a rejeté le pourvoi d'un prévenu condamné pour exhibition sexuelle alors qu'il était placé en cellule de dégrisement en énonçant que *« l'état d'ivresse du prévenu, s'il a justifié le report de la notification de ses droits lors de sa garde à vue, faute de lucidité suffisante pour en comprendre le sens et la portée, ne constitue pas, en soi, une cause d'irresponsabilité pénale »*. Si dans cet arrêt publié, un principe est bien énoncé, il n'a pas d'autre portée que celle de préciser que l'état d'ivresse d'une personne qui n'est pas en état de se voir notifier ses droits en garde à vue n'est pas nécessairement constitutif d'une irresponsabilité pénale. L'ivresse, en effet, peut-être suffisante pour empêcher la notification des droits, mais évidemment insuffisante pour entraîner une abolition totale du discernement et du contrôle des actes.⁹⁰ Dans cette affaire, il n'y avait eu aucune expertise psychiatrique, mais uniquement un contrôle d'imprégnation alcoolique qui avait révélé un taux de 0,73 milligramme d'alcool par litre d'air expiré.

S'agissant des stupéfiants, trois arrêts, un de confirmation d'une chambre de l'instruction ayant conclu à la responsabilité et deux de chambre de l'instruction ayant conclu à l'irresponsabilité, méritent de retenir l'attention.

Dans une décision du 13 février 2018⁹¹, la chambre criminelle a rejeté le pourvoi formé par le prévenu renvoyé devant la cour d'assises pour tentative d'assassinat sur la personne de sa compagne, dont il venait de se séparer, en renvoyant à l'appréciation souveraine, par les juges du fond, de l'absence d'abolition, au moment des faits, du discernement de la personne mise en examen en relevant *« qu'en l'état de ces énonciations, exemptes d'insuffisance comme de contradiction, qui procèdent d'une analyse des expertises psychiatriques et psychologique ainsi que des déclarations des experts et répondent aux articulations essentielles des mémoires des parties, la chambre de l'instruction a justifié sa*

88 En énonçant selon la formule d'usage *« qu'elle était en mesure de s'assurer que la cour d'appel a sans insuffisance ni contradiction, répondu aux chefs péremptoires des conclusions dont elle était saisie et caractérisé en tous leurs éléments tant matériels qu'intentionnels les délits dont elle a déclaré le prévenu coupable »*

89 Crim. 21 juin 2017, n°16-84.158

90 Le commentaire d'Yves Mayaud (RSC 2017 p.517, Exhibition sexuelle dans une cellule de dégrisement...) selon lequel cet arrêt serait un rappel de la théorie classique de la faute antérieure paraît à cet égard quelque peu abusif. *« Et de fait, comment reprocher une intention là où les facultés intellectuelles ou mentales ne sont plus ? Mais c'est oublier que « l'état d'ivresse [...] ne constitue pas, en soi, une cause d'irresponsabilité pénale », ce que la Cour de cassation rappelle fort opportunément, peu importe que cet état ait, en l'espèce, justifié le report de la notification des droits du prévenu lors de sa garde à vue, faute de capacité suffisante pour en comprendre le sens et la portée. Il s'agit là d'une donnée comptant parmi les plus classiques du droit pénal général. Si l'ivresse est bien une cause factuelle de non-imputabilité au temps de l'action, elle n'en devient pas pour autant une cause juridique d'irresponsabilité, parce qu'il y a faute à agir en connaissance des effets négatifs qui peuvent suivre, parce qu'il y a faute à s'enivrer, et à se placer dans une situation à même d'être constitutive d'infractions. Alors la responsabilité pénale ne s'analyse plus au regard de l'événement se trouvant en phase directe avec les poursuites, elle est davantage considérée dans ce qu'elle représente d'antériorité par rapport à cet événement : c'est la théorie de la "faute antérieure" »*

91 n°17-86.952

décision". Dans cette affaire, où l'intéressé avait présenté des troubles d'origine exotoxique (dus à une importante consommation de cannabis) deux expertises avaient conclu à l'abolition du discernement et la troisième à l'altération, mais contrairement au cas présent, où comme on a vu les sept experts s'accordent sur le diagnostic de bouffée délirante aiguë, les experts divergeaient sur le diagnostic, comme cela ressort de l'arrêt attaqué : un des collègues d'expert concluait à l'existence au moment des faits "*d'une bouffée délirante aiguë de type psychotique*", un autre "*à un état maniaque aigu que l'on peut considérer comme une fureur maniaque, s'inscrivant dans des troubles thymiques de type bipolaire*" et le troisième (dont faisait partie le docteur Q...), qui concluait à une altération, diagnostiquait une simple "*composante dysthymique dans son fonctionnement au moment des faits*" et précisait qu'il "*n'avait nullement perdu le contact avec la réalité pendant les faits, ce qui est incompatible avec un diagnostic de bouffée délirante aiguë*". La chambre criminelle, pour confirmer la cour d'appel mentionne, certes que "*les juges évoquent ensuite la consommation importante de stupéfiants, qui ne doit pas s'analyser comme une cause d'abolition du discernement mais au contraire comme une circonstance aggravante*", étant précisé qu'il s'agit là de l'exacte reprise de l'arrêt attaqué, et non de l'énoncé d'un principe par la chambre criminelle elle-même. Mais elle constate au préalable que "*l'arrêt énonce que si deux expertises concluent à l'abolition du discernement de M. DG... et une expertise ne retient que l'altération, il résulte des pièces de la procédure ainsi que des débats que plusieurs éléments objectifs militent cependant en faveur non d'une abolition mais d'une simple altération de son discernement au moment des faits ; que la chambre de l'instruction examine tour à tour à ce sujet les souvenirs précis du mis en examen, le mécanisme de son état au domicile de sa victime, le choix d'armes en contradiction avec un état de démence ou de fureur maniaque décrit par certains experts, le doute très sérieux sur la réalité d'une amnésie qui a pu apparaître comme particulièrement fluctuante*". Le débat porte sur l'état dans lequel se trouvait l'intéressé au temps de l'action, ce qui constitue bien une question de fait, laissée à l'appréciation des juges du fond et non sur une question de principe relative à l'effet de la faute antérieure sur la responsabilité. Dès lors, il ne saurait s'évincer de cet arrêt, non publié, que la chambre aurait validé un principe de portée générale selon lequel une consommation volontaire de stupéfiant, même en cas d'abolition du discernement, constitue une cause d'irresponsabilité pénale.

Dans un arrêt 12 avril 2016 ⁹², la chambre a rejeté le pourvoi des parties civiles formé contre l'arrêt d'une chambre de l'instruction ayant déclaré irresponsable pénalement un étudiant qui avait notamment assassiné une secrétaire d'université. Dans cette affaire l'ensemble des experts concluait à l'abolition du discernement au moment des faits. L'intéressé était atteint d'une schizophrénie paranoïde mais stabilisé et il était sorti d'hôpital psychiatrique plusieurs mois avant les faits. Il avait ensuite décompensé et sa rechute, selon les parties civiles, avait pu être favorisée par la prise d'alcool ou de drogues et l'arrêt volontaire du traitement. Le moyen faisait grief à la chambre de l'instruction de ne pas avoir répondu sur ce point et d'avoir insuffisamment justifié sa décision. La chambre criminelle a ici encore limité son contrôle en considération du principe selon lequel l'appréciation, par une chambre de l'instruction de l'abolition, pour cause de trouble psychique ou neurologique, du discernement d'une personne mise en examen, est souveraine.

92

n° 15-80.207

Enfin, dans une affaire assez similaire au cas présent, l'affaire dite RO...⁹³, l'auteur de l'assassinat d'un ami qu'il connaissait depuis l'enfance, et qui était de confession juive, a été déclaré irresponsable après que trois collègues d'experts ont conclu à une abolition du discernement du fait "*d'une schizophrénie paranoïde*", les faits ayant "*été commis sous l'influence directe et exclusive des troubles délirants, hallucinatoires avec syndrome d'automatisme mental et discordance*". S'il existait une pathologie mentale préexistante chez l'auteur des faits, contrairement au cas présent, l'arrêt attaqué, après avoir rappelé les conclusions unanimes des experts quant à "*une abolition du discernement consécutive à une schizophrénie paranoïde*", comportait les éléments de motivation suivants : "*Considérant qu'à la question portant sur une éventuelle responsabilité de l'auteur dans la consommation de cannabis, les docteurs IJ..., Q... et VX... ont répondu clairement que la maladie mentale sévère du sujet le privait de la lucidité minimum sur son état soulignant "qu'il n'a pas la capacité efficace d'agir volontairement quand il omet de prendre ses médicaments ou quand il fait usage de toxiques et d'alcool", qu'en conséquence la consommation de cannabis, seule mise en évidence par les analyses le jour des faits, ayant été effectuée sans conscience des conséquences possibles de cet usage de stupéfiant ne peuvent davantage fonder la responsabilité pénale*".

Une des branches du moyen reprochait à l'arrêt de n'avoir pas répondu à l'argumentation péremptoire des parties civiles selon laquelle l'auteur des faits ne pouvait être considéré comme inconscient des conséquences de la drogue sur son état mental alors qu'il avait été déclaré responsable pénalement de détention de stupéfiants quelques jours avant le meurtre.

Comme précédemment la chambre criminelle, dans un arrêt du 12 mai 2010⁹⁴, a rejeté l'ensemble des branches du moyen en ce qu'il se bornait à remettre en question l'appréciation souveraine des juges du fond. Il ne s'évince donc nullement de cette motivation que la Cour de cassation aurait validé la thèse, reposant de surcroît sur un raisonnement par a contrario, selon laquelle si la consommation de toxiques à l'origine de l'épisode délirant n'avait pas été déterminée par la maladie mentale préexistante, elle n'aurait pas pu justifier l'irresponsabilité pénale.

En conclusion, il n'apparaît pas possible de soutenir que la théorie classique de l'innocuité de la faute antérieure en cas de perte totale du discernement et du contrôle des actes, théorie qui a été largement dominante pendant près de deux siècles, a été démentie par la jurisprudence à ce jour.

Dés lors, il me semble que la thèse dite de l'effet exclusif constitue une construction théorique qui ne repose sur aucun texte et ne peut rendre compte d'aucune manière de l'état du droit positif.

Dans ces conditions, force est de constater que la décision attaquée de la chambre de l'instruction de la cour d'appel du Paris, rendue par trois magistrats, sur avis conforme du parquet général et sur saisine de deux juges d'instruction, est conforme à l'état du droit.

93 Du nom de la victime S... RO...
94 n°10-80.279

A ce titre, la 2^{ème} branche du 3^{ème} moyen des consorts Y... et la 1^{ère} branche du moyen unique des consorts X..., en ce qu'elles reprochent à la chambre de l'instruction de n'avoir pas appliqué le principe selon lequel l'acte volontaire de consommation de stupéfiants est constitutif d'un comportement fautif qui exclut l'irresponsabilité devraient être rejetées.

La chambre de l'instruction a de surcroît ouvert une brèche dans la théorie classique de l'innocuité de la faute antérieure, en admettant d'envisager, comme on le verra, que dans certaines conditions, cette faute antérieure puisse exclure l'irresponsabilité, même si au cas présent elle a estimé ces conditions non remplies. Les parties civiles estiment cette brèche insuffisante, et ces critiques pourraient de la même manière être rejetées au nom du principe de l'innocuité de la faute antérieure.

Cependant, la conformité à l'état du droit de l'arrêt, qu'il est important de souligner ici tant la décision a pu être critiquée comme erratique sur la scène médiatique, n'interdit pas de s'interroger, bien évidemment, dans un second temps, sur la nécessité - ou pas - de faire évoluer le droit et partant, de remettre en cause la décision attaquée.

Ces interrogations renvoient alors à l'office de la Cour de cassation, dont le rôle créateur de droit admet certaines limites, dans la garantie de l'équilibre des pouvoirs en démocratie.

2-3 Est-il juridiquement possible de modifier cet état du droit positif pour, de manière prétorienne, énoncer un principe d'exclusion systématique de l'irresponsabilité pénale en cas de trouble mental provoqué par une prise volontaire de toxiques ?

2-3-1 Un état du droit certainement insatisfaisant

Le développement, ces dernières décennies, au sein de la communauté des juristes universitaires, de théories en faveur de l'effet exclusif de la faute antérieure sur l'irresponsabilité pénale en cas d'abolition du discernement au moment des faits interroge nécessairement.

De plus, la décision attaquée a suscité une très forte opposition d'une partie du corps social, qui s'est notamment exprimée au travers de tribunes de personnalités de la société civile, de signatures de pétitions en ligne ou encore de manifestations citoyennes.

L'ampleur inhabituelle de cette incompréhension doit de la même manière interroger.

Cette incompréhension peut, il est vrai, apparaître, notamment à la lecture de la relation de l'affaire dans les médias, comme liée à une méconnaissance du dossier. En particulier n'a guère été relevé le fait que la totalité des 7 experts se soit accordée sur le diagnostic de bouffée délirante aiguë de nature à entraîner l'abolition du discernement et que ce diagnostic, contesté par les parties civiles, et nonobstant les éléments apportés à cet égard par ces dernières, réaffirmé par les experts, notamment par le docteur W..., a été souverainement retenu par les juges du fond, comme il a été vu ci-dessus, pour justifier de

l'avis favorable donné à la non admission proposée par votre rapporteur sur les branches du moyen relatives à ce point.

Mais au-delà, cette incompréhension est incontestablement liée à un sentiment d'impunité qui paraît légitime, dans la mesure où, en l'espèce, l'application du droit positif selon laquelle l'origine exotoxique du trouble mental ayant aboli le discernement n'exclut pas, par principe, l'irresponsabilité pénale, a abouti à une impunité totale, ce qui heurte d'autant plus, que les faits commis sont d'une extrême gravité et que la consommation des produits toxiques est d'autant plus fautive qu'elle est en elle-même pénalement sanctionnée, s'agissant de produits stupéfiants.

A ce sentiment d'impunité qui renvoie à la fonction rétributive du droit pénal s'ajoute un sentiment éventuellement d'insécurité, qui répond aux fonctions dites utilitaristes du droit pénal, de prévention et de dissuasion.

D'aucuns pourraient, en effet, considérer que la réponse thérapeutique induite par la déclaration d'irresponsabilité, serait moins protectrice de la société car moins efficace, même si les dispositions du code de la santé publique permettent l'hospitalisation sous contrainte des personnes nécessitant des soins et dangereuses pour autrui. En outre, si l'effet dissuasif de la sanction pénale est incertain, ou en tous cas discuté, sur les personnes qui souffrent de pathologies addictives graves, à l'alcool ou aux stupéfiants, on peut supposer qu'il pourrait en être autrement sur ceux qui cherchent, de manière occasionnelle, à expérimenter l'effet de la prise de toxiques et sauraient qu'ils risquent de devoir rendre compte de leurs actes sur le plan pénal si cette consommation entraîne exceptionnellement un trouble mental de nature à abolir leur discernement, de sorte que cet état du droit priverait ainsi la société d'un instrument de dissuasion.

De plus, force est de constater que le droit actuel manque de lisibilité dans la mesure où la Cour de cassation en s'en remettant, comme on l'a vu, au pouvoir souverain des juges du fond, n'a qu'implicitement écarté, en ne la consacrant pas, la théorie de l'effet exclusif de l'irresponsabilité pénale de la faute antérieure.

De plus, si l'interprétation de la jurisprudence de la chambre ne paraît faire aucun doute, ce n'est qu'au prix d'une longue exégèse. Cette absence de netteté de la jurisprudence contribue très largement au développement des analyses contradictoires de la doctrine sur l'état du droit positif que l'on a évoquées, comme à la critique de certaines décisions difficilement compréhensibles pour les parties civiles.

Il est probable aussi qu'elle soit à l'origine de divergences entre les juges du fond. Certes, comme cela a été dit, aucune étude des décisions et des dossiers traités par les juges du fond ne permet de dire dans quel sens serait la jurisprudence dominante sur les conséquences juridiques de la faute antérieure, contrairement à ce que d'aucuns ont pu affirmer. Pour autant, il apparaît probable qu'il existe, en amont de la décision judiciaire, d'importantes divergences entre experts dans leur manière d'appréhender, sur le plan médico-légal, le trouble mental d'origine exotoxique, comme le présent dossier le montre au demeurant. Ces divergences ont certainement pour conséquence de déterminer ensuite la décision des juges qui suivent dans la quasi-totalité des cas la position des experts.

Trois thèses de médecine psychiatrique récentes, qui traitent incidemment de cette question, peuvent à cet égard retenir l'attention.

La première⁹⁵, consacrée à l'analyse de la littérature médicale, de questionnaires et d'entretiens semi-directifs avec des psychiatres, fait état des divergences d'interprétation entre psychiatres sur les conséquences sur la responsabilité pénale de l'intoxication aiguë, et relève que cette question est "délicate" et "évoquée avec prudence", mais que la situation est "généralement non déresponsabilisante dès lors qu'elle est volontaire".

La deuxième⁹⁶, relative à l'étude épidémiologique descriptive rétrospective de 129 dossiers de cinq experts psychiatres inscrits près des cours d'appel d'Aix-en-Provence et de Nîmes, constitués entre 2001 et 2015, repère les mêmes divergences mais considère "Quant à la notion sujette à débat de l'imprégnation de toxiques au temps de la commission de l'infraction, le consensus expertal s'oriente vers une tendance à exclure les consommations de toxiques du champ de la discussion médico-légale du discernement et du contrôle des actes, s'alliant à la position pénale qui tend à « sur-responsabiliser » le prévenu qui au temps de l'action, s'était volontairement exposé à un état dont il ne pouvait ignorer les effets néfastes sur lui-même."

La troisième⁹⁷ a porté sur l'analyse de 604 expertises, réalisées en 2010 et 2011 en France, et son auteur, s'agissant de la prise de toxiques au moment des faits, a repéré de la même manière des divergences importantes. "Certains experts considèrent ainsi que des sujets ayant connaissance des effets d'une substance sur leur personne (pour l'avoir déjà expérimentée) ne doivent pas relever de l'article 122-1 du CP, quand bien même la symptomatologie se rapproche d'un tableau psychotique du fait même de cette capacité préservée à anticiper ces effets potentiels. D'autres considèrent qu'il s'agit là d'une interprétation partielle de la loi." Ces derniers estiment devoir "s'en tenir strictement aux termes de leur mission", soit seulement examiner "si les sujets sont au moment des faits atteints d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré ou aboli leur discernement ou le contrôle de leurs actes", "laissant le magistrat trancher quant à la punition."⁹⁸

Même parmi les experts qui choisissent de se prononcer sur le caractère volontaire de l'intoxication, les divergences d'appréciation, dictées non par les spécificités de l'espèce mais pas des positions théoriques antagonistes, sont parfois majeures.

⁹⁵ Thèse de Benjamin Godechot 2014, Psychiatrie et droit pénal : discernement ou contrôle des actes, un dilemme médico-légal? Analyse de la littérature professionnelle et de la position d'un échantillon d'experts psychiatres

⁹⁶ L'altération du discernement dans l'expertise psychiatrique pénale : quels critères médico-légaux ? Université de Nice Sophia Antipolis faculté de médecine de Nice thèse d'exercice en médecine / 2017 Léna La bataille-Verrando méthodologie

⁹⁷ Thèse pour le diplôme d'Etat de docteur en médecine spécialité psychiatrie présentée et soutenue publiquement par Christophe Perrault le 25 octobre 2013

⁹⁸ L'auteur préconise "une solution médiane serait peut-être, dans ces circonstances, de souligner la conséquence manifeste de la consommation sur le discernement tout en argumentant la connaissance préalable des effets de celle-ci par le sujet ainsi que la préservation des capacités d'anticipation et volitionnelle de celui-ci. Ces précisions pourraient entrer dans le cadre de la mission souvent adressée aux experts du type « faire tout commentaire susceptible de concourir à la manifestation de la vérité »

Certains s'en tiennent, comme au cas présent le docteur W..., au caractère volontaire de la consommation, procédant en quelque sorte à une analyse in abstracto, les dangers de la consommation de drogues étant censés être connus, pour conclure à l'absence d'abolition. D'autres, procédant à une analyse in concreto, recherchent, comme l'ont fait au cas présent les deux collègues d'experts, si l'intéressé avait une connaissance des effets possiblement inducteurs d'un délire de la consommation des drogues utilisées, et, si tel n'est pas le cas, concluent à l'abolition. S'agissant du cannabis, qui est surtout consommé à des fins anxiolytiques, et qui semble ne provoquer de bouffées délirantes, que de manière exceptionnelle et uniquement en cas d'intoxication chronique, contrairement à d'autres produits qui peuvent être consommés dans le but d'obtenir un effet de perte de conscience totale et de déréalisation, ces psychiatres répondront le plus souvent à cette question par la négative sauf si l'intéressé a déjà fait un trouble psychotique aigu induit par la prise de cannabis.

En outre, si les états psychotiques d'origine exotoxique peuvent survenir chez des consommateurs occasionnels de drogues ou d'alcool, ils sont le plus souvent liés à une consommation régulière de ces toxiques, laquelle est souvent associée à une pathologie mentale, soit induite par cette consommation régulière, soit préexistante.

En particulier, et comme il a été vu, la comorbidité entre la consommation de cannabis et la schizophrénie est désormais bien établie. Certains psychiatres abordent alors la question du caractère volontaire de la consommation sous l'angle de la capacité du sujet à résister à son addiction, ainsi que l'a fait un des collègues d'experts au cas présent, tandis que d'autres s'y refusent. En cas de pathologie associée, certains auront tendance à tenir compte de ces éléments pour conclure plutôt à l'abolition du discernement tandis que d'autres, si la pathologie associée n'est pas dans une phase critique, de nature à abolir le discernement au moment de la consommation des substances stupéfiantes, concluront dans ce cas à l'altération même si le trouble mental d'origine exotoxique a aboli le discernement au moment des faits.

Les mêmes divergences enfin sont visibles en cas d'arrêt du traitement volontaire (et le cas échéant associé à la reprise de stupéfiants) par un malade stabilisé qui commet une infraction lors d'un épisode psychotique aigu provoqué par cet arrêt du traitement. Certains experts seront enclins à conclure à l'abolition du discernement tandis que d'autres, en considération de la faute commise par l'individu alors qu'il n'est pas sous l'emprise d'une maladie de nature, à ce moment-là, à abolir son discernement concluront plutôt à l'altération, dans le souci de responsabiliser le malade.

A ainsi été investi par les psychiatres un champ qui n'est ni celui du diagnostic médical de l'état mental au moment des faits, ni celui de l'appréciation médico-légale du lien entre le trouble mental et les faits, mais celui de l'appréciation de la faute antérieure, de son degré et de son effet sur la responsabilité, notion davantage juridique que scientifique et qui n'est suffisamment cadrée, comme on l'a vu, ni par la loi ni par la jurisprudence. Cette insuffisance de cadrage et de clarification des rôles de chacun ne peut que favoriser le développement des divergences entre experts et constitue ainsi une source d'insécurité juridique et potentiellement d'inégalité de traitement, tant pour les auteurs que pour les victimes.

Ainsi, en cas de trouble mental d'origine exotoxique, les difficultés d'application de l'article 122-1 du code pénal et les questionnements qu'il génère conduisent nécessairement à envisager si des évolutions sont possibles.

2-3-2 Enoncer un principe d'exclusion de l'irresponsabilité pénale à portée générale outrepasserait cependant l'office du juge de cassation

L'évolution préconisée de manière prioritaire par les demandeurs au pourvoi aboutirait à poser un principe d'exclusion de l'irresponsabilité pénale à portée générale dont l'application en l'espèce permettrait le renvoi de H... Z... en cours d'assises et son éventuelle condamnation ensuite pour meurtre.

La deuxième branche du troisième moyen des consorts Y... invite la chambre criminelle à poser en effet un principe selon lequel *“l'acte volontaire de consommation de stupéfiants est constitutif d'un comportement fautif qui exclut l'irresponsabilité.”*

Les première et deuxième branches du moyen unique des consorts X..., invitent, de la même manière, la chambre à poser le principe selon lequel *“le trouble psychique ou neuropsychique susceptible de conduire à l'abolition du discernement, consécutif à une prise volontaire de stupéfiants, constitutive d'une faute, n'est pas exonératoire de responsabilité.”* La deuxième branche précise ainsi le principe : *“le seul fait pour une personne de consommer des stupéfiants, même sans avoir la conscience des effets potentiels sur son discernement, exclut la prise en considération de l'abolition du discernement en résultant”*.

Les moyens vous invitent ainsi à énoncer un nouveau principe, inspiré de la théorie de la faute antérieure, qui vaudrait dans tous les cas sans qu'il soit besoin de rechercher si l'agent avait connaissance de ce que la prise de toxiques risquait d'entraîner une abolition de son discernement et la commission d'infractions.

Telle que posée par le moyen, la question est limitée à la consommation de stupéfiants, laquelle constitue une infraction en elle-même mais pourrait être notamment élargie à la consommation d'alcool en quantité excessive puisque l'ivresse, par ailleurs aussi sanctionnée dans certaines circonstances, a un effet perturbateur sur l'état de conscience, connu de tout un chacun.

On a vu qu'un tel principe visant à créer de manière prétorienne une exclusion générale de l'application de l'article 122-1 du code pénal en cas de trouble mental provoqué par la faute de l'agent serait contraire à la tradition juridique française, contreviendrait à la lettre et à l'esprit, tant de l'article 64 de l'ancien code pénal que de l'article 122-1 du nouveau, qui ne distinguent pas suivant l'origine de l'état de démence ou du trouble ayant aboli le discernement, et qu'il serait enfin incompatible avec la nécessité de caractériser l'élément moral de l'infraction en cas d'infractions intentionnelles.

A première vue, donc, se diriger vers cette voie heurterait le principe de légalité posé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en vertu duquel *“nul ne peut*

être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliqué".

Est-il cependant envisageable de s'écarter du principe de légalité pour créer de manière prétorienne une telle exception à l'application de l'article 122-1 du code pénal ?

Le principe de légalité, au fondement du droit pénal moderne⁹⁹, revêt une double dimension.

Il s'agit d'une part de garantir la liberté individuelle et de lutter contre l'arbitraire, en permettant à chaque citoyen de régler sa conduite en toute connaissance des interdits et des sanctions encourues. Sous cet aspect, il est renforcé par l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁰⁰, lequel ne fait pas partie des droits dérogeables en cas d'urgence au titre de l'article 15 de la CEDH.

Il s'agit d'autre part, de garantir que "*les valeurs essentielles protégées par le droit pénal*" ne puissent "*être déterminées que par les représentants du corps social dont elles émanent*"¹⁰¹. Sur cet aspect, il faut noter qu'il n'est pas partagé par tous les Etats et que la Cour de Strasbourg admet que la notion de droit de l'article 7 de la CEDH puisse renvoyer à la loi comme à la jurisprudence, dès lors qu'elle est accessible et prévisible.

Il résulte du principe de légalité sous ces aspects tant conventionnels que constitutionnels une exigence d'interprétation stricte de la loi pénale. Selon la Cour de Strasbourg, l'application de ce principe de légalité interdit notamment d'appliquer la loi pénale de manière extensive (par exemple en vertu d'un raisonnement par analogie) au détriment de l'accusé¹⁰². De même, ce principe a pour corollaire celui de la non rétroactivité de la loi pénale plus sévère, principe susceptible de s'appliquer à la jurisprudence en tant qu'elle contribue à la constitution du droit.

Le principe d'interprétation stricte de la loi pénale ne s'applique pas de manière rigoriste. Si la jurisprudence prohibe l'interprétation par analogie *in defavorem*, elle n'impose pas l'interprétation littérale et admet l'interprétation téléologique, qui peut être entendue au sens large de référence à la *ratio legis*, dès lors soit qu'il faut adapter le droit pénal à l'évolution des techniques et de la société, soit que la loi est insuffisamment claire, voire incohérente, du fait par exemple de contradictions entre les textes.

En outre, le principe de légalité en droit pénal, si on l'entend par stricte référence à la loi pénale, peut évidemment céder aussi si la loi apparaît contraire à une norme supra

⁹⁹ Voir Beccaria, Traité des délits et des peines, chapitre III, "seules les lois peuvent fixer les peines qui correspondent aux délits, ce pouvoir ne pouvant être détenu que par le législateur, qui réunit toute la société réunie par un contrat social"

¹⁰⁰ "Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international.

¹⁰¹ Il Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées". Il résulte des travaux préparatoires de la Convention que ce dernier alinéa ne constitue pas une exception générale à la règle de non rétroactivité mais vise les crimes de guerre et crimes contre l'humanité.

¹⁰² F. Desportes, F. Legunehec, Droit pénal général, 16^{ème} édition, p 148, Economica

¹⁰² Kokkinakis c. Grèce, 25 mai 1993, § 52

législative, conventionnelle, ce qui contraint le juge français à en écarter l'application, ou à une norme constitutionnelle, ce qui peut conduire le juge judiciaire, qu'il soit saisi ou non d'une question prioritaire de constitutionnalité, à modifier l'interprétation du texte afin de garantir sa compatibilité avec la Constitution.

Enfin, à l'heure où, dans un contexte mondialisé, le rôle créateur de droit du juge de cours suprêmes s'affirme de plus en plus, le conduisant à arbitrer entre des droits et des valeurs qui s'opposent, il apparaît que lorsqu'une question nouvelle se pose, qui n'est pas traitée par le législateur, il peut combler ce vide législatif en se référant à des principes généraux et en tenant compte des consensus sociétaux et le cas échéant des jurisprudences des autres cours suprêmes.

Il convient donc de rechercher si au regard de la question posée, nous nous trouvons dans une de ces situations qui autoriseraient, de manière exceptionnelle, à s'écarter de l'interprétation stricte de la loi pénale.

S'agissant, en premier lieu, des textes qu'il convient d'appliquer, ils paraissent dénués d'ambiguïtés ou d'incohérences véritables.

L'article 122-1 du code pénal, comme son ancêtre l'article 64, pose clairement une exigence temporelle d'appréciation de l'état mental au moment des faits. On ne peut sérieusement soutenir, comme d'aucuns ont pu le faire, que cette précision temporelle n'aurait d'autre effet que d'exclure l'irresponsabilité pénale lorsque l'intéressé était en état de démence avant les faits mais a retrouvé sa lucidité lors du passage à l'acte ou lorsque, ayant agi avec discernement, il a ensuite été atteint de démence, puisque la nécessité de se placer au temps de l'action en ressort, en tout état de cause, directement. L'interprétation littérale ne souffre à cet égard d'aucune ambiguïté.

Au demeurant ce qui est proposé ici par les moyens, ce n'est pas tant de promouvoir une lecture différente de l'article 122-1 du code pénal visant à le préciser ou à l'amender, que d'en écarter purement et simplement l'application dans certains cas. On se saurait donc soutenir que l'article souffre d'imprécisions ou de malfaçons.

Il est aussi invoqué une incohérence de la loi, l'article 122-1 du code pénal ne pouvant plus être appliqué comme tel depuis que d'autres dispositions légales que nous avons rappelées supra, sont venues ériger en circonstance aggravante la commission de certaines infractions intentionnelles sous l'empire des stupéfiants ou de l'alcool. Parce que la conciliation de ces textes serait impossible, il conviendrait de créer un nouveau principe prétorien qui permette de dépasser cette contradiction.

Cette incohérence ne paraît cependant qu'apparente. D'une part, s'agissant de l'abolition du discernement, elle intervient, comme on l'a vu, au niveau de l'appréciation de l'imputabilité et non de la culpabilité. Or, la circonstance aggravante est conçue, pour, dans un deuxième temps, si l'infraction est caractérisée, venir aggraver le quantum de la peine encourue. Par définition, en cas d'irresponsabilité pénale la question de la peine ne se pose pas. S'agissant d'autre part de l'altération du discernement, la situation est certes plus complexe puisqu'en ce cas l'imputabilité est acquise. Cependant, la peine encourue est alors aggravée par la circonstance de l'usage de stupéfiants et le cas échéant réduite ensuite du tiers, par

application du deuxième alinéa de l'article 122-1 du code pénal¹⁰³, si les magistrats n'écartent pas, par décision spécialement motivée, l'application de cet alinéa. Les effets de l'alcool ou des drogues sur le discernement et le contrôle des actes connaissent des degrés variables et l'altération est entendue par les rédacteurs du nouveau code pénal et par les experts dans leur suite, comme une forme dégradée mais proche de l'abolition qui ne peut évidemment être retenue dans tous les cas de consommation de produits toxiques. A cet égard, la *ratio legis* peut se comprendre: il s'agit de sanctionner moins celui qui, atteint de pathologies associées et souffrant d'addictions, n'a pas eu la pleine conscience de ses actes du fait d'un fort amoindrissement de ses capacités volitives et cognitives parce qu'il relève davantage du soin, que celui qui, tout en ayant bu ou consommé de l'alcool ou des stupéfiants et sans présenter par ailleurs de pathologie psychiatrique, a agi sous leurs effets désinhibiteurs et euphorisants, mais de manière délibérée. En tout état de cause, si l'articulation de ces textes gagnerait éventuellement à être précisée, force est de constater que, d'une part, le juge demeure libre, nonobstant ces dispositions, d'apprécier le quantum de la peine et de l'adapter à la personnalité de l'auteur et aux circonstances de l'espèce, sous réserve du respect des règles de motivation et que, d'autre part, la question posée par les pourvois a trait au premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal et non au second.

S'agissant, en second lieu, d'éventuels principes supra législatifs qui viendraient en concurrence sinon en contradiction avec les dispositions de l'article 122-1 du code pénal, en cas d'abolition du discernement d'origine exotoxique, il paraît difficile d'en identifier.

Sur le plan constitutionnel, on pourrait se demander si l'article 122-1 du code pénal ne contreviendrait pas à l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de la sécurité des personnes et des biens.

Cependant, le législateur a, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, toute latitude pour parvenir à un tel objectif, la réponse pénale n'étant évidemment pas la seule possible pour prendre en compte la dangerosité que peuvent représenter pour le corps social des personnes atteintes de troubles mentaux, durables ou transitoires. S'agissant en particulier des auteurs de délit ou de crime déclarés irresponsables pénalement en application de l'article 122-1 du code pénal, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 25 février 2008, la chambre de l'instruction dispose de la possibilité de les soumettre à un certain nombre d'obligations à titre de mesure de sûreté et d'ordonner leur hospitalisation d'office complète en soins psychiatriques *"s'il est établi par une expertise psychiatrique figurant au dossier de la procédure que les troubles mentaux de l'intéressé nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public"*.

Au cas présent la chambre de l'instruction a rendu une ordonnance prononçant l'hospitalisation d'office et complète, en considérant que *"les troubles mentaux de H... Z... nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes, et que l'intéressé dont est*

103

La version actuelle du deuxième alinéa de l'article 122-1 du code pénal issue de la loi n°2014-896 du 15 août 2014 précise qu'en cas de discernement altéré *"la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime. Si est encourue une peine privative de liberté, celle-ci est réduite du tiers ou, en cas de crime puni de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à perpétuité, est ramenée à trente ans. La juridiction peut toutefois, par une décision spécialement motivée en matière correctionnelle, décider de ne pas appliquer cette diminution de peine"*

relevée l'extrême dangerosité, durable en dehors d'un milieu psychiatrique, doit faire l'objet d'une hospitalisation d'office complète en milieu psychiatrique en application de l'article 706-135 du code de procédure pénale".

La chambre de l'instruction s'est appuyée expressément, d'une part, sur les conclusions du premier collège d'experts (composé des docteur V..., le professeur U... et le docteur T...) selon lesquels H... Z... était "*dangereux du fait de sa personnalité pathologique antisociale (impulsivité, colère, intolérance à la frustration et propension à la violence) et de son trouble psychotique*" et qui avait relevé que "*le cannabis est un facteur de mauvais pronostic de l'évolution de pratiquement tous les troubles mentaux et un facilitateur de passage à l'acte, on ne peut que constater l'extrême dangerosité psychiatrique de ce patient, que nous considérons, hélas, comme durable en dehors d'un milieu psychiatrique.*"

La chambre de l'instruction s'est, d'autre part, appuyée sur le rapport d'expertise établi par le docteur T..., le professeur IA... R... et le docteur Q... qui indiquaient que : "*Sa dangerosité psychiatrique persiste. Il relève toujours d'une hospitalisation en milieu spécialisé ; et un protocole de soins devra être établi, selon les résultats de la fenêtre thérapeutique. Par ailleurs, l'abstention de toute prise de toxique est un impératif absolu.*"

En l'espèce, l'état délirant de H... Z..., qui a été hospitalisé en unité pour malade difficile, unité psychiatrique très sécuritaire, dès la garde à vue, s'est maintenu plusieurs semaines avant de s'améliorer. S'il existait des divergences entre experts, comme on l'a vu, sur l'interprétation à donner à cette évolution (le docteur W... étant le seul à exclure nettement une évolution possible vers la schizophrénie), la chambre de l'instruction a souverainement constaté que H... Z... relevait d'une hospitalisation d'office. Il faut noter à cet égard que le risque de survenance d'un nouvel épisode psychotique aigu en cas de reprise de stupéfiants est pointé par tous les experts, et constitue au regard de la personnalité de l'intéressé un élément de dangerosité incontestable, et de nature, d'un point de vue médical, à justifier l'hospitalisation d'office sur le critère "*des troubles mentaux nécessitant des soins et compromettant la sûreté des personnes ou portant atteinte, de façon grave, à l'ordre public*" de l'article L3213-1 du code de la santé publique.

L'autorité judiciaire, selon le droit français et contrairement à ce qui peut exister dans d'autres législations, ne fixe pas la durée de l'hospitalisation d'office. Néanmoins, la levée de la mesure d'hospitalisation sous contrainte de la personne déclarée irresponsable pénalement, en application de l'article 122-1 du code pénal, relève d'un régime spécifique plus restrictif qu'en droit commun, issu de la loi du 1er septembre 2011 et modifié par la loi du 27 septembre 2013. Le représentant de l'Etat ne peut en effet prendre de décision de mainlevée qu'après avoir recueilli, outre l'avis d'un collège composé d'un psychiatre participant à la prise en charge du patient, d'un psychiatre ne participant pas à la prise en charge du patient et d'un représentant de l'équipe pluridisciplinaire participant à la prise en charge du patient, l'avis de deux experts psychiatres inscrits sur une liste établie par le procureur de la République ou la liste des experts judiciaires et lorsque ces deux avis confirment l'absence de nécessité de l'hospitalisation complète.

Ainsi, et compte tenu de la latitude que le Conseil constitutionnel laisse au pouvoir législatif pour assurer l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, il paraît difficile de soutenir que le dispositif actuel serait contraire à cet objectif.

Sur le plan conventionnel, les mémoires ampliatifs n'invoquent pas davantage la violation d'un article de la Convention européenne des droits de l'homme ; et à notre connaissance, aucun arrêt de la Cour de Strasbourg ne traite de la question des critères de la responsabilité pénale en cas de trouble mental.

La jurisprudence de la Cour européenne s'est principalement attachée, au visa des dispositions de l'article 6 § 1 et 3 a et c de la Convention à garantir la "capabilité" de la personne atteinte de troubles mentaux à être jugée, qui "*présuppose que l'accusé comprenne globalement la nature et l'enjeu pour lui du procès, notamment la portée de toute peine pouvant lui être infligée*", qu'il soit "*à même d'exposer à ses avocats sa version des faits, de leur signaler toute déposition avec laquelle il ne serait pas d'accord et de les informer de tout fait méritant d'être mis en avant pour sa défense*"¹⁰⁴, jurisprudence dont a fait application à plusieurs reprises la chambre criminelle¹⁰⁵.

De même, la jurisprudence européenne, au visa de l'article 3 de la CEDH et dans le sillage des recommandations européennes¹⁰⁶, veille à ce que les malades mentaux au sein des établissements pénitentiaires ou psychiatriques, bénéficient d'un traitement adapté à leur état qui ne soit pas contraire à leur dignité¹⁰⁷ et au visa des articles 5 § 1 e), 5 § 4 et 13 de la Convention bénéficient du droit, au moins en l'absence de contrôle juridictionnel périodique et automatique, d'introduire à des intervalles raisonnables un recours devant un tribunal pour contester la « légalité » – au sens de la Convention – de leur internement¹⁰⁸.

104 Stanford c. Royaume-Uni, 23 février 1994 ou AFFAIRE G. c. FRANCE (Requête no 27244/09) 23 février 2012

105 Crim. 11 juill. 2007, no 07-83.056, Bull. crim. no 185 et Crim., 19 sept. 2018, n° 18-83.868, Bull. crim. n° 161
A noter que depuis la loi du 23 mars 2019 qui a modifié l'article 10 du code de procédure pénale, l'action civile n'est plus paralysée si l'action publique est suspendue du fait d'un trouble mental rendant la comparution de l'auteur présumé devant la juridiction impossible

106 Les Règles pénitentiaires européennes de 2006 (Recommandation REC(2006)2), Point 12.1 de l'annexe à la Recommandation) et Recommandation REC(2004)10 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux États membres relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux, du 22 septembre 2004

107 Ainsi la France a-t-elle été condamnée pour violation de l'article 3 de la CEDH dans une affaire où un détenu, souffrant d'une psychose chronique de type schizophrénique générant des troubles hallucinatoires et délirants, ainsi que des conduites agressives et additives, condamné par une première cour d'assises pour avoir mis le feu au matelas de sa cellule et provoqué le décès de son co-détenu, puis déclaré irresponsable pénalement par la cour d'assises d'appel, avait entre 2005 et 2009 (soit avant l'ouverture des UHSA) alterné les périodes de détention en cellule ordinaire ou au SMPR et d'hospitalisation d'office, ordonnées chaque fois que son état de santé n'était plus compatible avec la détention, ce qui avait empêché la stabilisation de son état. Affaire G. c. FRANCE (Requête no 27244/09) du 23 février 2012. De même, la Belgique a-t-elle été condamnée dans une affaire où le requérant poursuivi pour attentat à la pudeur et déclaré irresponsable avait été maintenu dans l'annexe psychiatrique de la prison de Merksplas pendant plus de neuf ans sans thérapie adaptée à son état de santé mentale pour violation de l'article 3 de la Convention et faute de recours effectif pour violation des l'article 5 § 1 e), 5 § 4 et de l'article 13. AFFAIRE W.D. c. BELGIQUE, 6 septembre 2016 n° 73548/13

108 Ainsi, la Suisse a été condamnée dans une affaire où le requérant avait tué son épouse sous l'emprise de l'alcool et de la cocaïne et déclaré irresponsable de ses actes au moment des faits, le diagnostic de schizophrénie paranoïde ayant été posé puis interné dans un établissement psychiatrique pénitentiaire pour une durée illimitée.

18 février 2014 n° 8300/06, affaire Ruiz Rivera c. Suisse .

La Cour européenne, compte tenu de la grande diversité des systèmes mis en oeuvre¹⁰⁹ par les Etats en cas d'infractions pénales commises par des personnes atteintes de troubles mentaux laisse toute latitude aux Etats pour opter pour la réponse pénale ou pour des mesures de sûreté, judiciaires ou administratives, ou encore pour un système mixte, dès lors que le traitement est conforme à la dignité de la personne et adapté à la nécessité des soins et qu'il existe un recours.

La Cour européenne, à notre connaissance, n'a pas davantage abordé la question des critères de l'irresponsabilité pénale sous l'angle du droit à la vie de l'article 2 de la Convention.

La Cour européenne a en effet déjà énoncé que *“La première phrase de l'article 2 § 1 astreint l'Etat non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière, mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction”*¹¹⁰.

Dans deux décisions¹¹¹ où l'article 2 de la CEDH était invoqué par des requérants dont les fils avaient été tués par des personnes condamnées et qui bénéficiaient d'aménagements de peine, la Cour européenne a énoncé que *“L'obligation de l'Etat va au-delà du devoir primordial d'assurer le droit à la vie en mettant en place une législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, réprimer et sanctionner les violations. Aussi, dans certaines circonstances bien définies, l'article 2 peut mettre à la charge des autorités l'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui”*. Cependant, dans les deux cas la Cour européenne a écarté la violation de l'article 2 de la CEDH en rappelant *“qu'il y a une obligation positive lorsqu'il est établi que les autorités connaissaient ou auraient dû connaître l'existence d'une menace réelle et immédiate pour la vie d'un ou de plusieurs individus et qu'elles n'ont pas pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, auraient sans doute pallié ce risque”* et en considérant *“la nécessité politique de réinsertion sociale progressive des personnes condamnées”*, les garanties du système concerné au regard de la protection de la société et le fait, dans l'affaire concernant l'Italie, que le pourcentage de crimes commis par des détenus en semi-liberté est très bas, tout comme le pourcentage d'évasions survenues lors d'une sortie autorisée.

Au cas présent, l'invocation de l'article 2 de la Convention ne paraît pas pertinente. D'une part, l'article 122-1 du code pénal est fondé sur le principe classique du droit pénal français selon lequel on ne peut imputer à un individu qu'un acte accompli avec discernement et libre arbitre, d'autre part, le risque d'une crise psychotique aiguë délirante suite à une

109 Voir à cet égard la note de la délégation des affaires européennes et internationales du ministère de la justice de janvier 2020 versée aux débats

110 Osman c. Royaume-Uni du 28 octobre 1998

111 Affaire Mastromatteo c. Italie, 24 octobre 2002 et affaire Chorefakis et choreftaki c. Grèce, 17 janvier 2012

consommation de drogues est, comme on l'a vu, exceptionnel et encore plus rarement associé à un passage à l'acte criminel, de sorte qu'il paraît difficile d'y voir une menace "réelle et immédiate pour la vie", que de surcroît les politiques publiques préventives et répressives de lutte contre la toxicomanie, comme la possibilité d'hospitaliser sous un régime de contrainte les personnes qui présenteraient au titre de leur pathologie addictive une dangerosité, doivent être prises en compte pour apprécier le système de protection de la société mis en oeuvre.

Enfin, sur le terrain de l'article 6 de la CEDH, relatif au droit à un procès équitable qui n'est pas davantage invoqué ici, il faut relever que les parties civiles, notamment depuis l'entrée en vigueur de la loi du 25 février 2008 sont parties prenantes des différentes phases de la procédure, peuvent faire valoir leur point de vue sur la responsabilité pénale lors de l'audience devant la chambre de l'instruction, exercer des recours et obtenir réparation de la juridiction pénale nonobstant la déclaration d'irresponsabilité.

En conséquence, il me semble qu'aucune disposition supra législative n'est de nature à autoriser la chambre à passer outre l'interprétation stricte et classique de l'article 122-1 du code pénal pour poser un principe nouveau et prétorien selon lequel la prise volontaire de toxiques serait exclusive de l'irresponsabilité pénale.

Par ailleurs, il faut relever qu'il n'existe pas davantage de principes généraux du droit qui, même sans avoir de valeur supra législative, permettrait de contredire les dispositions de l'article 122-1 du code pénal et d'autoriser en conséquence une interprétation sinon contra legem, du moins extra legem.

A cet égard, et en matière de droit pénal fiscal et du travail, la chambre criminelle a pu par exemple s'inspirer de l'adage "*fraus omnia corrumpit*", pour justifier une interprétation plus répressive des éléments constitutifs d'une infraction.

Toutefois, le principe de légalité prohibe théoriquement les sources non écrites du droit pénal et lorsque la chambre criminelle a recours à des formulations générales (par exemple lorsqu'elle invoque le principe de personnalisation des peines ou le principe ne bis in idem), la référence à des normes conventionnelles et/ou constitutionnelles est implicite. En tout état de cause, ce qui est invoqué ici ce n'est pas un principe général du droit mais une théorie, celle de la faute antérieure, forgée comme on l'a vu par la doctrine. De plus, si cette théorie a pu inspirer la jurisprudence sur l'état de nécessité et la contrainte, on a vu qu'elle n'était pas transposable à l'abolition du discernement et absolument incompatible avec la possibilité de retenir une infraction intentionnelle.

En conséquence, nous ne nous trouvons pas dans une des situations juridiques susceptibles d'autoriser a priori la Cour de cassation à s'écarter de la loi pour aller sur la voie de la création d'un principe prétorien posant une exception générale à l'application de l'article 122-1 du code pénal en cas d'intoxication volontaire.

Il me semble qu'une telle entorse au principe de légalité pourrait éventuellement néanmoins se justifier s'il existait un motif d'intérêt supérieur à faire oeuvre prétorienne et qu'un certain consensus juridique, politique et sociétal se dessinait sur cette question, à la fois sur le plan

national et en considération des législations des autres pays, si sa résolution s'imposait par exemple de manière évidente, sans qu'il n'y ait lieu à arbitrage politique entre différentes options ou encore s'il fallait anticiper l'absence d'évolutions législatives prévisibles .

Qu'en est-il à cet égard ?

S'agissant en premier lieu des législations étrangères, force est de constater qu'elles ne traitent pas de manière globalement identique ou voisine la question.

L'approche comparatiste s'avère particulièrement complexe, puisqu'elle doit porter tant sur les sources textuelles que sur la jurisprudence et la pratique, et qu'elle suppose d'intégrer le traitement de cette question ciblée dans l'économie globale des systèmes de droit. Ainsi, un système juridique qui admet de manière assez large l'irresponsabilité pénale, comme l'Allemagne¹¹², peut prévoir un régime d'internement de sûreté en cas de trouble mental particulièrement rigoureux, même si la Cour européenne ne l'a pas assimilé à une peine et a à plusieurs reprises écarté à cet égard l'application du principe de non rétroactivité. En outre, comme pour le droit français, l'analyse du droit étranger traite souvent de manière globale de l'ivresse ou de la consommation de stupéfiants sans distinguer suivant le degré de perte de conscience provoqué par l'intoxication. L'étude des textes, pour éviter toute fausse interprétation, doit être éclairée par celle de la jurisprudence pour notamment déterminer par exemple si des dispositions érigeant l'intoxication en circonstance aggravante—s'appliquent dans tous les cas, ou doivent être articulées avec celles sur l'irresponsabilité pénale dans les situations, rarissimes, où cette intoxication a entraîné une abolition totale du discernement.

En l'état, il n'existe pas d'étude complète sur cette question effectuée par un universitaire spécialiste de droit comparé, même si de manière éparsée quelques éléments peuvent être glanés dans des ouvrages plus généraux¹¹³. Au cours de l'instruction de ce pourvoi, le ministère de la justice, saisi d'une demande d'étude comparée par mes soins, a produit une note, versée aux débats, laquelle demeure toutefois très générale, ayant été effectuée en janvier 2020 dans le cadre des réflexions conduites par le ministère de la justice sur ce sujet à la suite de la décision de la chambre de l'instruction dans cette affaire.¹¹⁴

Une fois ces précautions méthodologiques formulées et sous les réserves qu'elles induisent, il apparaît que la question du trouble mental lié à une intoxication volontaire est réglée de manière très différenciée suivant les Etats.

S'agissant des pays de droit continental, certaines législations comportent des dispositions sur cette question, soit des dispositions ad hoc, soit sous forme de dérogation aux règles relatives à l'irresponsabilité pénale, tandis que d'autres n'en contiennent pas.

112 Voir à ce sujet la thèse de Camille Lancelvée, *Quand la prison prend soin: enquêtes sur les pratiques professionnelles de santé mentale en milieu carcéral et France et en Allemagne*, EHESS, 2016

113 Il y a notamment un paragraphe consacré à ce sujet dans l'ouvrage de J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, n°114

114 A noter que cette étude ne paraît toutefois pas avoir donné lieu à une interrogation des magistrats de liaison en poste dans les pays européens

Sur le fond, J. Pradel¹¹⁵ estime que certains Etats posent le principe d'une responsabilité normale tandis que d'autres appliquent des règles de responsabilité particulière.

Un premier groupe de pays paraît poser un principe d'exclusion de l'irresponsabilité pénale en cas d'intoxication volontaire.

Ainsi, l'article 92 alinéa 1 du code pénal italien dispose-t-il que « *l'ivresse ne découlant pas d'un cas fortuit ou de force majeure n'exclut, ni ne diminue l'imputabilité* ».

De même l'article 2-08 du code pénal modèle américain adopte une solution très proche en décidant que « *si l'auteur, en raison d'une ivresse volontaire, n'est pas conscient d'un risque dont il aurait eu conscience s'il avait été sobre, il n'est pas tenu compte de cette circonstance* ».

Selon J. Pradel, il en est de même en l'Angleterre où la jurisprudence a posé le principe selon lequel « *l'intention d'un ivrogne reste une intention* »¹¹⁶.

Toutefois, pour ces Etats, il conviendrait de s'assurer si, au-delà de l'imputabilité de principe de l'infraction dans ce cas, l'élément intentionnel peut être caractérisé en cas d'abolition totale du discernement ou si l'auteur ne peut être condamné que pour une infraction non intentionnelle.

Ainsi selon J. Pradel, le droit américain reconnaît que « *le dessein peut être exclu par l'intoxication mais pas l'imprudence* ».

Au Royaume-Uni, au vu de la note de la DACG, il semble que si l'agent, du fait de l'intoxication, n'a pu former de *mens rea*, seul pourra être retenue une infraction dite à intention spécifique, comme l'homicide involontaire. J. Pradel indique que la règle posée par la jurisprudence vaut « *sauf dans le cas rare où le défendeur n'a pas de mens rea* ».

D'autres pays semblent ne pas exclure, par principe, l'irresponsabilité pénale en cas de trouble mental d'origine exotoxique.

Il en serait ainsi de l'Allemagne. En effet l'article 20 du code pénal dispose que « *n'est pas responsable de son acte celui qui, lors de la commission de l'acte, est, en raison d'un trouble psycho-pathologique, d'un trouble profond de la conscience ou d'une faiblesse d'esprit ou de tout autre anomalie mentale grave, incapable d'en apprécier le caractère illicite ou d'agir selon ce discernement* » tandis que l'article 64 du même code prévoit que lorsqu'une personne souffrant d'une addiction a commis une infraction alors qu'elle se trouvait en état d'intoxication et qu'elle n'a pas été condamnée faute d'avoir vu sa responsabilité pénale retenue, elle peut être placée dans un centre de désintoxication si son addiction fait craindre un risque de récidive.

115 Op cit

116 Chambre des Lords, affaire D.P.P v Majewki (1977)

Certains pays ont créé un régime spécifique permettant expressément et à certaines conditions d'exclure la responsabilité pénale en cas d'intoxication volontaire ayant provoqué une abolition du discernement.

Ainsi le droit espagnol, pour une présentation détaillée duquel il convient de se référer au rapport, érige "*l'état d'intoxication totale du fait de la consommation de boissons alcoolisées, de drogues, de stupéfiants, de substances psychotropes ou d'autres produits entraînant des effets similaires*" en cause spécifique d'exclusion de la responsabilité pénale, aux côtés d'autres causes, comme l'anomalie ou l'altération psychique qui prive l'agent de sa capacité de comprendre l'illicéité du fait ou d'agir conformément à cette compréhension.

L'article 20-2 du code pénal relatif à l'exonération de responsabilité pénale vise ainsi :

"2. Celui qui, au temps de la commission de l'infraction, se trouve dans un état d'intoxication totale pourvu qu'il n'ait pas recherché cet état dans le but de commettre l'infraction ou qu'il n'ait pas prévu ou n'ait pas eu à prévoir cette commission ou qu'il se trouve sous l'influence d'un syndrome de manque à cause de sa dépendance à l'égard de telles substances l'empêchant de comprendre l'illicéité du fait ou d'agir conformément à cette compréhension."

3. Celui qui, en raison d'altérations de perception depuis la naissance ou depuis l'enfance, a une conscience gravement altérée de la réalité".

Ainsi, comme l'indique votre rapporteur, l'intoxication exclura la responsabilité dans trois cas seulement :

- si elle n'a pas été recherchée dans le but de commettre l'infraction,
- si la commission de l'infraction n'avait pas été prévue ou n'aurait pas dû l'être,
- et, enfin, si la personne se trouve dans une situation de manque à cause de sa dépendance à de telles substances.

Selon Miren Ortubay Fuentes¹¹⁷, cette intoxication totale s'entend d'une annihilation des "*capacités cognitives et volitives du sujet.*" Cet auteur précise encore que cette intoxication peut "*être habituelle ou non, ainsi que volontaire ou imprudente, pourvu que cet état d'altération n'ait pas été atteint dans l'intention de commettre l'infraction ou que, sans l'avoir recherché, il n'ait pas été prévu de commettre l'infraction une fois sous l'influence de drogue. Ainsi, l'effet d'exemption de la peine est expressément exclu en cas d'actio libera in causa intentionnelle ou par négligence.*"

La notion de prévision de la commission de l'infraction semble viser à la fois la situation dans laquelle l'intéressé savait qu'il pourrait commettre une infraction dans l'état dans lequel il allait se trouver, comme celle où il aurait dû le savoir.

Il semble que la jurisprudence espagnole dans ce dernier cas où l'intéressé aurait dû savoir, ne retienne qu'une infraction d'imprudence, faute de pouvoir caractériser l'intention. En tout

¹¹⁷ Addictions et infractions pénales en Espagne", « Archives de politique criminelle », 2009/1 n° 31 | pages 195 à 219

état de cause dans les deux situations, il faut que l'intéressé ait, sinon recherché spécialement l'état dans lequel il allait se trouver, du moins su qu'il pouvait se trouver dans un tel état.

Le droit espagnol est inspiré de la théorie de *l'actio libera in causa*, qui permet de prendre en compte les situations dans lesquelles, au moment de l'action, l'individu était "non imputable", mais au moment précédent (*actio libera*) s'est placé -de façon intentionnelle- dans cette situation.

Par ailleurs, on peut relever que le droit espagnol, loin d'ériger en circonstance aggravante la consommation de stupéfiants en cas de responsabilité pénale "*lorsque la personne coupable des faits a agi à cause d'une grave addiction*", en fait au contraire dans certains cas une circonstance atténuante¹¹⁸, ce qui renvoie aux spécificités de chaque Etat dans l'approche du traitement de la toxicomanie, davantage axée sur la répression ou sur le soin. Il faut par ailleurs préciser que le juge, notamment en cas de déclaration d'irresponsabilité, peut prononcer à titre de mesure de sûreté l'internement dans un centre de désintoxication¹¹⁹. L'article 101 du code pénal espagnol prévoit que le juge fixe la durée maximum de l'internement qui "*ne pourra excéder la durée de la peine de prison qui aurait été prononcée si le sujet avait été déclaré responsable*". Conformément aux dispositions de l'article 97 du code pénal espagnol, en fonction de l'évolution de l'individu, la mesure d'internement peut être suspendue ou remplacée, à n'importe quel moment, par une autre mesure plus appropriée, sur proposition du juge d'application des peines.

Enfin, certains pays ont créé une infraction spécifique pour incriminer spécialement, en cas d'irresponsabilité pénale, le comportement fautif antérieur qui est à l'origine de la commission des faits.

Ainsi, l'article 263 du code pénal suisse dispose que « *celui qui, étant en état d'irresponsabilité causée par ivresse ou intoxication dues à sa faute, aura commis un acte réprimé comme crime ou délit sera puni de l'emprisonnement pour six mois au plus ou de l'amende* ».

Cet article permet en cas de déclaration d'irresponsabilité de garantir la possibilité d'une sanction contre l'agent "*qui a menacé la paix collective en se rendant irresponsable et l'a ensuite troublé par un comportement criminel ou délictueux*" selon le rapport de l'office fédéral de justice sur l'avant projet cité par J. Pradel.

Cette disposition semble cependant devoir être articulée avec celle de l'article 19 du même code relatif à « *l'irresponsabilité et la responsabilité restreinte* » qui dispose :

« *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.*

118 Article 21 du code pénal
119 Article 96 du code pénal

Le juge atténue la peine si, au moment d'agir, l'auteur ne possédait que partiellement la faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte ou de se déterminer d'après cette appréciation.

Les mesures prévues aux art. 59 à 61, 63, 64, 67, 67b et 67e peuvent cependant être ordonnées.

Si l'auteur pouvait éviter l'irresponsabilité ou la responsabilité restreinte et prévoir l'acte commis en cet état, les al. 1 à 3 ne sont pas applicables ».

Il semble ressortir du dernier alinéa de cet article, dont il conviendrait de connaître les modalités d'application par la jurisprudence, que si l'agent qui s'est volontairement intoxiqué avait prévu qu'il risquait de commettre l'acte réalisé, l'irresponsabilité pénale serait exclue. Ainsi, le délit spécifique précité ne s'appliquerait que lorsque la personne qui a consommé les toxiques ignorait l'état dans lequel elle allait se trouver et le risque de passage à l'acte criminel.

Ainsi, il apparaît au vu de ces quelques éléments, il est vrai très lacunaires, que l'idée d'une responsabilisation systématique de la personne dont le discernement a été aboli consécutivement à une consommation de stupéfiants ou a fortiori de tout autre produit toxique, le cas échéant licite, ne fait pas consensus dans les autres Etats.

Sur le plan national, en second lieu, aucun consensus ne semble davantage se dessiner.

On a vu combien la doctrine souvent erratique dans l'analyse de l'état du droit positif se divisait de *lege ferenda*.

Le corps social, quant à lui, est de la même manière traversé de courants divers sans qu'aucun ne se détache de manière dominante, tant dans les milieux de spécialistes du monde médical ou du monde judiciaire, qu'au sein de la société civile ou du monde politique.

De plus et surtout, la question est désormais dans le débat public et plusieurs parlementaires ont déposé des propositions de lois au Sénat en vue de modifier le droit en vigueur.

Ainsi une première proposition de loi, *“tendant à revoir les conditions d'application de l'article 122-1 du code pénal sur la responsabilité pénale des auteurs de crimes et délits”* prévoit que *« les dispositions de l'article 122-1 du code pénal ne s'appliquent pas lorsque l'état de l'auteur résulte de ses propres agissements ou procède lui-même d'une infraction antérieure ou concomitante”*¹²⁰.

Une seconde proposition de loi envisage quant à elle d'ajouter un alinéa supplémentaire à l'article 122-1 du code pénal selon lequel *“les causes d'exemption ou d'atténuation de la responsabilité pénale prévues au présent article ne s'appliquent pas lorsque l'état de la*

120

prop. de loi n° 232, présentée par N. Goulet et enregistrée à la présidence du Sénat le 8 janv. 2020

personne concernée est dû à ses propres agissements et notamment à la consommation volontaire de substances hallucinogènes ou autres”¹²¹ ».

En outre, la garde des Sceaux a installé en juin 2020 une mission sur la responsabilité pénale, composée de praticiens du droit et de médecins psychiatres, confiée à deux anciens présidents de la commission des lois, Dominique Raimbourg et Philippe Houillon. Cette mission est chargée de faire, d'une part, un bilan de l'état du droit et de la jurisprudence ainsi que des pratiques de psychiatrie médico-légale en France et à l'étranger concernant l'impact de l'absorption de substances exogènes sur la responsabilité pénale d'un auteur d'infraction et d'autre part, de faire un bilan de l'application de la loi de 2008, et de proposer toutes réformes utiles. La lettre de mission comporte les questions suivantes: *“les termes de l'article 122-1 du code pénal sont ils-satisfaisants ? Une évolution législative vous paraît-elle opportune afin notamment d'exclure, soit de manière systématique, soit dans certaines hypothèses, la possibilité de déclarer l'auteur d'une infraction irresponsable en raison de l'abolition du discernement lorsque cette dernière résulte d'une intoxication volontaire”¹²².*

Cette commission a d'ores et déjà procédé à de nombreuses consultations et auditions et devrait rendre son rapport au ministre courant janvier 2021¹²³. A ce stade, elle n'a pas

121 prop. de loi n° 252, présentée par J.-L. Masson, C. Herzog et C. Kauffmann et enregistrée à la présidence du Sénat le 16 janv.

122 La lettre de mission a été versée aux débats

123 La commission a procédé aux auditions suivantes :

-des représentants d'associations dont : M. STAWOSKI (Association Delphine Cendrine, association de lutte pour les victimes de l'irresponsabilité pénale), M. BOULAY (association des parents d'enfants victimes), Mme Claude FINKELSTEIN, présidente La FNAPSY (Fédération Nationale des Associations d'usagers en psychiatrie), UNAFAM 3 bénévoles : Marie-Jeanne Richard, Présidente et deux administrateurs : Michel Doucin et Martine Fragerberlet

-des médecins dont : Docteur Daniel ZAGURY, Docteur Roland COUTANCEAU, Docteur Paul JEAN-FRANÇOIS Praticien hospitalier au Groupe Hospitalier Paul Guiraud à Villejuif, Expert près la cour d'appel de Paris Membre du syndicat des psychiatres des hôpitaux (SPH), docteur LAYET (CNEPCA), docteur Jean-Louis SENON, Professeur des universités-praticien hospitalier, consultant en psychiatrie et ex-responsable de l'unité d'accueil médico-psychologique aux urgences du CHU de Poitiers, Dr Michel DAVID pédopsychiatre, président de la FFP, président de l'Association des Secteurs de Psychiatrie en Milieu Pénitentiaire (ASPMP)

-des représentants des Ministère de la Santé : direction générale de la Santé (Raphaël CAPIAN), de la direction Générale de l'offre de soins (Sophie TERQUEM) et le délégué ministériel à la santé mentale et à la psychiatrie (F. BELLIVIER)

- des magistrats dont Alain BLANC, magistrat honoraire, ancien président de cour d'assises, ancien président de la Commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté de Lille et vice-président de l'association française de criminologie

- des représentants des syndicats de magistrats,

- des avocats dont : Me METZKNER, Avocat de la famille de [...], Bâtonnier Jérôme Dirou, président de la commission Droit pénal, Conférence des bâtonniers, Gilles BOXO (Commission Libertés et droits de l'homme du Conseil national des barreaux), Mme Anne-Charlotte Varin, directrice des affaires publiques du CNB, Mme Corinne Méric, juriste au CNB

- des universitaires dont : professeur Yves MAYAUD, professeur Xavier PIN et professeur Philippe CONTE, M. CARIO, Professeur émérite de criminologie Collège Sciences sociales et humanité (UPPAu), Jean DANET (Ancien membre du Conseil supérieur de la magistrature, maître de conférences à l'université de Nantes)

- des personnalités dont Francis KALIFAT (président du Conseil représentatif des institutions juives de France) ,

- des élus dont Denys ROBILIARD Ancien député de Blois rapporteur du rapport d'information sur la santé mentale et avenir de la psychiatrie

souhaité transmettre à la Cour les consultations écrites et les procès-verbaux des auditions qu'elle a pu effectuer et dont certains devraient être annexés au rapport, mais il est hautement probable qu'ils refléteront la diversité des opinions et des expertises sur le sujet tant de l'irresponsabilité pénale en cas de trouble mental d'origine exotoxique que de la nécessité de réformer ou pas la loi de 2008.

La commission sera amenée le cas échéant à proposer des réformes législatives auxquelles il pourra être donné suite.

D'ores et déjà, et sur la seule question de la responsabilité pénale en cas d'intoxication volontaire, on perçoit que se posent des questions complexes, dont certaines peuvent rapidement être listées.

Faut-il distinguer en fonction du type de produits consommés suivant qu'ils sont ou ne sont pas classés comme stupéfiants ? Cette question peut être abordée sous un angle purement juridique (le critère étant le caractère licite ou illicite de leur usage) ou sous un angle médico-social qui renvoie aux débats autour de la dangerosité spécifique des drogues, alcool et médicaments psychoactifs et aux comportements des personnes concernées tels qu'étudiés notamment par la Mission interministérielle de lutte contre les drogues et les conduites addictives (MILDECA). Quelle est la prévalence des épisodes psychotiques aigus chez les consommateurs de ces différents produits ?

Faut-il distinguer suivant que l'origine du trouble ayant aboli le discernement est exclusivement d'origine exotoxique ou partiellement ? Une telle distinction est-elle d'un point de vue psychiatrique ou toxicologique pertinente ? Pour les auteurs atteints de pathologies mentales associées qui, en elles-mêmes, ne seraient pas de nature à abolir le discernement, faute d'être en phase aiguë, mais constitueraient un terrain favorable à la survenance d'un épisode délirant sous l'emprise des toxiques (pour lesquelles l'origine du trouble serait donc partiellement d'origine exotoxique) doit-on envisager un régime spécifique ? Comment, en termes de politique de santé publique, ces personnes sont-elles prises en charge ?

Comment apprécier le comportement fautif lorsque le trouble mental n'est pas provoqué, comme souvent en matière de bouffée délirante d'origine cannabique, par une consommation à un instant précis mais par une intoxication chronique, parfois sur de nombreuses années ?

Est-il conforme au principe de proportionnalité que la peine encourue par l'auteur d'un crime soit identique qu'il ait commis les faits avec un discernement normal ou en étant totalement privé de son libre arbitre ? Ne faut-il pas, à tout le moins, une disposition spécifique de réduction de peine dont l'application ne puisse être, comme c'est le cas actuellement, écartée par la cour d'assises ?

Ces questions supposent des expertises préalables, de véritables études d'impact qui engagent l'ensemble des politiques publiques de lutte contre la toxicomanie, et leur résolution relève à l'évidence davantage de choix politiques entre des options plus ou moins répressives que d'analyses juridiques ou techniques. De plus, elles montrent qu'une nouvelle interprétation jurisprudentielle du premier alinéa de l'article 122-1 ne permettrait pas d'appréhender le sujet dans son ensemble, qui relève certainement de plusieurs évolutions législatives conjuguées.

Ainsi, en l'absence de consensus national ou international, ou de solution imposée de manière évidente par un impératif d'intérêt public, et au vu de l'intensité du débat démocratique autour de cette question, qui n'est laissée de côté ni par le pouvoir législatif, ni pas le pouvoir exécutif, puisqu'ils s'en sont au contraire emparés et qu'ils seront amenés prochainement à la traiter dans un sens ou dans un autre, il me semble qu'aucun des critères, qui auraient pu, éventuellement, autoriser la Cour à introduire par voie prétorienne un nouveau principe selon lequel l'article 122-1 ne s'appliquerait pas en cas de trouble mental provoqué par la consommation de stupéfiants, ne sont réunis.

En conséquence, si la Cour de cassation posait un tel principe, il me semble qu'elle s'écarterait du principe de légalité de manière infondée, et sortirait ce faisant des limites de son office.

Je conclus donc au rejet de la deuxième branche du troisième moyen des consorts Y... et des première et deuxième branches du moyen unique des consorts X..., rejet qui me paraît incontournable.

En tout état de cause, s'agissant d'une règle nouvelle, plus répressive, s'éloignant de la lettre et de l'esprit du texte, des fondements du droit pénal moderne et que la Cour s'était jusqu'alors et depuis plus de deux siècles toujours refusée de poser, si vous deviez aller dans cette voie, il me semble que la question de l'application rétroactive de ce principe à l'affaire en cours se poserait et que la cassation de l'arrêt attaquée ne pourrait être prononcée.

2-4 Quelles autres voies sont possibles ?

2-4-1 Une limitation de l'effet exclusif de la faute antérieure à certaines situations

Sans poser un tel principe général, qui par sa radicalité heurterait de manière rédhitoire le principe de légalité, est-il possible, avec prudence, en s'écartant le moins possible sinon de la lettre, du moins de l'esprit du texte, sans bouleverser les catégories du droit pénal relatives à la responsabilité et dans les limites d'un certain consensus, de préciser quelles situations permettraient, le cas échéant, en cas de trouble mental d'origine exotoxique, de déroger au premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal ?

Il s'agirait, dans le respect du pouvoir souverain des juges du fond, mais sans se contenter d'y renvoyer, de clarifier la question, de sortir du désordre juridique que les discussions autour de cette affaire ont mis en lumière et de favoriser l'unification des pratiques expertales et judiciaires et ce, dans l'attente d'une éventuelle intervention du législateur.

En premier lieu, une exception apparaît absolument consensuelle : elle fait l'unanimité de la doctrine et ce depuis l'origine puisqu'elle était déjà, comme on l'a vu, énoncée par Faustin Hélie, elle figure dans de nombreux droits étrangers et enfin elle s'impose avec évidence. Il s'agit de l'hypothèse où l'auteur qui a agi sous l'emprise de stupéfiants, d'alcool ou de toute autre substance toxique, a consommé ces produits après avoir forgé son projet criminel "*pour se donner du courage*", c'est-à-dire se mettre dans un état psychique qui favorise son passage à l'acte, et cela même si son discernement s'en est trouvé ensuite aboli. Dans ce cas, exclure l'irresponsabilité pénale ne bafoue pas le principe selon lequel il ne peut y avoir crime ou délit sans intention de le commettre, puisque l'appréciation de l'existence de l'élément moral est seulement décalée par rapport au temps de l'action et anticipée. On peut soutenir que l'agent qui a forgé son projet criminel et s'est intoxiqué pour en faciliter la commission est, à ce moment-là, entré en phase d'exécution.

En second lieu, une autre exception, moins évidente toutefois, pourrait être néanmoins envisagée, lorsque l'agent consomme des produits toxiques alors qu'il a conscience que cette consommation est susceptible de le placer dans un état d'abolition de conscience qui pourra le conduire à un passage à l'acte criminel. Dans ce cas, à défaut d'avoir voulu commettre le crime, l'agent n'en a, à tout le moins, pas exclu la commission puisqu'il s'est intentionnellement mis dans un état dont il savait qu'il pouvait le conduire à le commettre. L'action criminelle dont la consommation est la cause s'inscrit, comme précédemment dans un continuum temporel et l'élément intentionnel est décalé du temps de l'action au temps de l'intoxication, puisque l'action est envisagée dans sa cause et non dans ses effets. La théorie dite de "*l'action libre dans la cause*"¹²⁴ suppose que l'agent a eu l'intention à la fois de s'intoxiquer et de commettre réellement ou éventuellement l'infraction de sorte qu'il faut pouvoir établir que l'agent connaissait au préalable la possibilité du lien causal entre l'infraction et l'intoxication. La preuve de cette connaissance est d'autant plus importante qu'elle a vocation à se substituer à l'appréciation de l'élément moral de l'infraction intentionnelle (que l'on ne pourra, par hypothèse, comme on l'a vu, pas rechercher au moment des faits, chez un agent privé de la totalité de ses capacités volitives et cognitives). Ayant prévu comme possible la commission de l'infraction, l'intéressé s'est rendu coupable d'un dol éventuel¹²⁵. Même si, en théorie, le dol éventuel ne peut être assimilé à l'intention, il s'en rapproche car le risque est pris en toute connaissance de cause. Il ne s'agit alors pas seulement d'établir que la personne aurait dû connaître le risque encouru en consommant des toxiques, comme lors d'une simple imprudence ou négligence, mais bien qu'elle le connaissait.

La question de savoir si l'agent a agi en toute connaissance des effets possibles des toxiques et du risque de passage à l'acte criminel constituerait alors une question de fait soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond. Elle dépendrait, en effet, de leur appréciation des circonstances de l'espèce, de l'analyse de la personnalité de l'auteur, le cas échéant de ses antécédents médicaux, psychiatriques et toxicomaniaques, du type de produits utilisés, des finalités de son usage par la personne (finalités euphorisante, anxiolytique ou recherche d'une perte totale de conscience) et ne pourrait se déduire in

124 J Wessels , W. Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil , 2002, C.F. Müller

125 J Pradel, Droit pénal général, 5ème ed Cujas,§530

abstracto du seul fait que la substance consommée est interdite ou susceptible de modifier l'état de conscience.

Le mémoire ampliatif des consorts Y... soutient à juste titre que la consommation de cannabis a pour but d'obtenir une modification de l'état de conscience, selon la définition qu'en donne la MILDECA qui considère comme drogue "*toute substance qui modifie la manière de percevoir les choses, de ressentir les émotions, de penser et de se comporter*". Pour autant, les effets sur la conscience admettent, comme on l'a vu, des différences de nature et de degré, et ne sont pas nécessairement connus de l'agent qui s'intoxique, de sorte que dans le cadre de la recherche de l'action libre dans la cause, il est indispensable de procéder à une telle recherche *in concreto*. Se dispenser d'une telle recherche reviendrait à se placer sur le terrain de la faute d'imprudence alors qu'il s'agit de rechercher une faute intentionnelle et aurait le même effet que d'appliquer le principe de l'exclusion systématique de l'irresponsabilité pénale en cas de faute antérieure constituée par la consommation volontaire de stupéfiants, que nous avons écarté au nom du principe de légalité.

Tel qu'encadrée dans ces limites, une telle dérogation au principe du premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal paraît pouvoir être utilement énoncée par la chambre criminelle.

On peut d'ailleurs relever que le jugement du tribunal correctionnel de Nevers du 30 janvier 1976 précité, qui est souvent présenté, comme on l'a vu, sans fondement rigoureux, par une partie de la doctrine comme représentatif de la "*jurisprudence dominante*" n'adopte pas, comme d'aucuns ont pu le soutenir, un principe d'exclusion systématique de l'irresponsabilité pénale en cas de consommation volontaire de stupéfiants mais tend à cantonner, de la même manière, l'exclusion de l'irresponsabilité à la situation où l'agent a recherché spécialement l'état d'abolition du discernement à l'origine du passage à l'acte.

Le jugement énonce en effet : "*dans le cas présent, le sujet connaissant bien les propriétés enivrantes des multiples boissons par lui consommées, ce qui est significatif de son intention de parvenir graduellement, en fin de soirée, à un point de non-retour dans l'état d'ivresse, et à une excitation particulièrement dangereuse pour un buveur d'habitude, rendant inévitable l'absence de contrôle de lui-même et possible un comportement délictuel en tous domaines, il échet de considérer la responsabilité du prévenu comme entière dans la mesure où il a été volontairement l'auteur de la seule pathologie révélée par l'expertise psychiatrique, soit l'ivresse excito-motrice.*"

2-4-2 Application de l'évolution jurisprudentielle préconisée au cas d'espèce

S'agissant du premier principe selon lequel l'irresponsabilité pénale ne pourrait être retenue si la consommation a été effectuée dans le dessein de faciliter la commission des faits ou de faits de même nature, force est de constater que l'arrêt, qui au demeurant n'est pas contesté sur ce point, n'y a pas dérogé.

En effet, après avoir relaté les éléments de l'enquête sur d'éventuelles manifestations d'antisémitisme de la part de H... Z... au sein de son quartier et dans la résidence (p. 8), son absence d'intention terroriste et de pratique religieuse assidue selon le docteur W... (p. 12), ou les dires de Monsieur C... X..., non corroborés par l'enquête, selon lequel H... Z... s'était radicalisé en prison et fréquentait une mosquée salafiste (p. 8), l'arrêt énonce dans sa motivation, en vertu de son pouvoir souverain d'appréciation des faits de l'espèce :

“Aucun élément du dossier n'indique que cet homicide volontaire ait été prémédité par H... Z... et qu'il se soit rendu dans l'appartement de Madame X... avec l'intention de la tuer” (p. 23).

Même si aucune branche des moyens ne conteste ce point, il me semblerait utile d'énoncer que la lettre de l'article 122-1 du code pénal n'aurait pas été un obstacle, dans l'hypothèse inverse, à l'exclusion de l'irresponsabilité pénale afin de lever toute ambiguïté sur ce point qui a aussi participé de l'incompréhension suscitée par l'arrêt attaqué.

S'agissant du second principe, qui viserait à élargir l'exclusion de l'irresponsabilité lorsque l'agent a consommé les produits dans l'intention de se trouver dans un état d'abolition de son discernement, dont il savait qu'il était susceptible de le conduire à commettre une infraction, force est de constater que la chambre de l'instruction n'y a pas davantage dérogé.

En l'espèce, la chambre de l'instruction a d'abord, comme on l'a vu, souverainement constaté que la bouffée délirante aiguë était la cause exclusive du meurtre commis par H... Z... et avait aboli son discernement.

Elle a ensuite considéré que l'origine exotoxique de la bouffée délirante ne s'opposait pas à ce que soit reconnue l'existence d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli le discernement de M. Z... ou le contrôle de ses actes *« puisqu'aucun élément du dossier d'information n'indique que la consommation de cannabis par l'intéressé ait été effectuée avec la conscience que cet usage de stupéfiants puisse entraîner une telle bouffée délirante »* (p. 27).

Si la motivation est un peu lapidaire, force est de constater que pour étayer cette affirmation, la chambre de l'instruction a précisé *“La circonstance qu'il ait été condamné à trois reprises pour infraction à la législation sur les stupéfiants n'établit pas qu'il savait que la consommation de cannabis risquait de déclencher chez lui une bouffée délirante aiguë”*.

Elle s'est appuyée de surcroît sur l'analyse des experts, citant notamment dans la motivation le 1er collègue d'experts composé du docteur V..., du professeur U... et le docteur T..., qui affirme être *“en désaccord avec le docteur W...(...) qui a considéré que son discernement était altéré puisque Monsieur Z... avait délibérément consommé du cannabis, en toute connaissance de cause. Or, comme nous l'avons vu, cette augmentation toute relative (puisque les taux plasmatiques sont restés modérés) de la consommation s'est faite pour apaiser son angoisse et son insomnie (comme l'alcoolique qui boit de l'alcool pour calmer son anxiété), prodromes probables de son délire, ce qui n'a fait qu'aggraver le processus psychotique déjà amorcé. De surcroît, nous avons vu qu'il avait peu conscience, comme une immense majorité de consommateurs en raison de la banalisation de l'image du cannabis,*

de la dangerosité de ce produit et, enfin, qu'il était dépendant de cette drogue" et relève "l'inconscience, chez Monsieur Z... comme chez la plupart des consommateurs, des effets possiblement inducteurs d'un délire. Il était consommateur chronique depuis l'entrée dans l'adolescence et c'est au moment des faits qu'il a pour la première fois déliré."

La chambre de l'instruction a aussi cité l'expertise psychiatrique du docteur T..., du professeur IA... R... et du docteur Q..., qui concluait que *"la possibilité de l'émergence d'un état délirant aigu n'était pas forcément pensé par l'intéressé. Ce qui est toutefois le cas désormais."*

La chambre de l'instruction a déduit de l'ensemble de ces éléments que H... Z... n'avait pas conscience que la consommation de cannabis pouvait entraîner une bouffée délirante. Cette appréciation, pour les raisons précédemment exposées, ne peut être que souveraine.

Le mémoire ampliatif des consorts Y... relève que M. Z... aurait *"expliqué avoir changé de fournisseur de cannabis, en recherche de quelque chose de plus fort « qui me défonce »"*. Cet élément figure effectivement dans l'expertise de M. W..., qui, après avoir procédé à l'étude du scellé médical concernant le dossier médical de l'unité pour malades difficiles Henri Colin, relate ici les propos que, selon le docteur PS..., H... Z... aurait tenus. Outre que cet élément ne suffit pas à établir que *"la défonce"* s'entendait dans le langage du patient d'un état d'abolition totale du discernement, force est de constater que les juges du fond, en ne retenant pas ce point et en s'appuyant sur les conclusions des deux autres collègues d'experts, n'ont fait qu'user de leur pouvoir souverain d'appréciation des faits.

Le mémoire ampliatif des consorts Y... fait grief à l'arrêt d'avoir déduit l'irresponsabilité pénale du mis en examen du seul fait qu'il n'avait pas encore eu de bouffée délirante à la suite de sa consommation de stupéfiants. Il paraît manquer en fait puisque la chambre de l'instruction n'a pas déduit de ce seul élément que H... Z... ignorait que les produits consommés pouvaient le placer dans un état d'abolition de sa conscience (en l'occurrence provoquer une bouffée délirante) et s'est appuyée sur l'ensemble des analyses des deux collègues d'experts qui concluaient en ce sens, sur la base de considérations liées à la personnalité de H... Z... et à ses pratiques toxicomanes.

Enfin, il ne saurait être reproché, comme le font le 4^{ème} moyen des consorts Y... et la 6^{ème} branche du moyen de consorts X..., à la chambre de l'instruction de s'être contentée de relever qu'aucun élément du dossier n'indiquait que l'intéressé avait consommé des stupéfiants, tout en ayant conscience que cet usage put abolir son discernement, alors qu'il lui appartenait de constater avec certitude que ce dernier ignorait que sa consommation régulière et récemment augmentée put entraîner la bouffée délirante aiguë.

Cette phrase n'introduit en effet pas d'incertitude mais vise à souligner l'absence d'élément de nature à contredire les rapports d'expertise évoqués.

A cet égard, on peut relever que le docteur W... lui-même n'a nullement soutenu que H... Z... savait que cette consommation pouvait entraîner une bouffée délirante, mais il s'est référé implicitement au fait que le cannabis était un produit interdit et qui pouvait avoir un tel effet. Il

reconnaît de plus que *“la nature des troubles a dépassé largement les effets attendus”* et justifie d’ailleurs sur ce motif de retenir une altération de sa responsabilité (p. 12) .

Il précise au demeurant, dans un passage de l’expertise que la chambre de l’instruction ne reprend pas dans l’arrêt mais qui éclaire son assertion négative et qui mérite d’être à ce titre cité in extenso :*“ Le but recherché n’était certes pas l’agression, comme on peut l’observer chez certains sujets provoquant délibérément la désinhibition, et encore moins la survenue d’un épisode psychotique dominé par l’anxiété.”*

De surcroît, dans sa motivation conclusive, la chambre de l’instruction énonce de manière nette qu’ *“il n’existe donc pas de doute sur l’existence, chez H... Z..., au moment des faits, d’un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes”*.

En conséquence, même si vous deviez introduire de manière prétorienne un motif, ainsi limité et encadré, d’exclusion de l’irresponsabilité pénale en cas de trouble mental ayant aboli le discernement d’origine exotoxique, la 3^{ème} branche du troisième moyen et le moyen complémentaire des consorts Y... ainsi que la 4^{ème} branche du moyen des consorts X... ne pourraient être que rejetés. La chambre de l’instruction a, en effet, recherché si H... Z... avait consommé des stupéfiants en étant conscient que cette consommation était de nature à le placer dans un état d’abolition de conscience susceptible de le conduire à un passage à l’acte criminel et les critiques des pourvois ne font que remettre en question à cet égard son appréciation souveraine.

2-4-3 La possibilité d’envisager une qualification d’homicide involontaire

Cette évolution de la jurisprudence aurait le mérite de clarifier la question mais elle vous conduirait en l’espèce au rejet du pourvoi et maintiendrait l’impunité totale de l’auteur des faits, dont on a vu qu’elle posait une vraie difficulté.

Cette difficulté serait susceptible d’être utilement résolue par la création d’une infraction ad hoc, le cas échéant sanctionnée lourdement, lorsqu’il aura résulté d’une consommation volontaire de toxiques ayant entraîné l’abolition du discernement la mort d’autrui, à l’instar du choix opéré par certaines législations étrangères. Cette solution ne vaudrait évidemment que pour l’avenir par application du principe de non rétroactivité de la loi pénale d’incrimination.

A droit constant cependant, il me semble que la qualification d’homicide involontaire prévue par l’article 221-6 du code pénal pourrait être envisagée, même si à première vue, par sa nature et le quantum de la peine encourue, cette infraction paraît sans rapport avec l’extrême gravité des faits commis et peut susciter l’incompréhension.

Déjà, comme on l'a vu, Faustin Hélie ¹²⁶ préconisait de rechercher la solution au problème posé par l'ivresse complète entraînant l'irresponsabilité pénale du côté des infractions d'imprudence. En effet, contrairement aux infractions intentionnelles dans lesquelles la volonté libre est tendue vers le résultat incriminé par la loi, avec des nuances en cas de dol praeter intentionnel mais toujours prévues par la loi¹²⁷, dans les infractions non intentionnelles, c'est la faute d'imprudence ordinaire ou qualifiée qui est incriminée. Certes l'article 122-1 du code pénal s'applique aussi en cas d'infractions non intentionnelles, mais les capacités volitives et cognitives de l'auteur s'apprécient alors au moment de la commission de la faute d'imprudence (à savoir l'intoxication) et non au moment de la survenance du dommage. L'intoxication volontaire d'un individu exempt d'une pathologie mentale aliénante constitue précisément l'imprudence que la loi vient sanctionner. Si l'auteur, par imprévoyance et indiscipline, commet la faute alors que son discernement n'est pas aboli, sa responsabilité pénale est engagée. La faute d'imprudence s'apprécie en effet par référence au comportement de l'homme moyen.

Au cas présent, il me semble qu'il y a bien une faute d'imprudence puisque H... Z... a consommé régulièrement du cannabis, dont il n'a pas apprécié convenablement les risques, faisant à la fois preuve d'imprévoyance puisqu'il ne s'est pas suffisamment renseigné et d'indiscipline sociale puisqu'il a agi en violation de la loi pénale, qui interdit l'usage de stupéfiants. Cette faute a entraîné la bouffée délirante aiguë et, de l'avis de tous les experts, cette bouffée délirante est la cause exclusive du passage à l'acte criminel et donc de la mort de Madame X.... S'agissant de la violation d'une obligation préexistante (l'interdiction de l'usage des stupéfiants), il me semble que la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par les règlements pourrait être éventuellement retenue dès lors que la jurisprudence n'exige pas que l'auteur de la violation ait eu connaissance de la nature possible des conséquences dommageables de son imprudence consciente.

Le fait de pouvoir envisager a minima les faits sous cette qualification d'homicide involontaire paraît alors interdire de faire application du premier alinéa de l'article 122-1 du Code de procédure pénale.

Dès lors la chambre de l'instruction se trouverait dans la situation prévue à l'article 706-124 du Code de procédure pénale, selon lequel *"Si elle estime qu'il existe des charges suffisantes contre la personne mise en examen d'avoir commis les faits qui lui sont reprochés et que le premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal n'est pas applicable, la chambre de l'instruction ordonne le renvoi de la personne devant la juridiction de jugement compétente."*

La détermination de la juridiction compétente pourrait éventuellement, dans cette situation particulière, être envisagée au regard de l'existence des seules charges matérielles puisque l'appréciation par la chambre de l'instruction de l'existence d'un trouble mental de nature à abolir le discernement au temps de l'action ne saurait lier la juridiction de jugement. Dans la

126 Op cit (voir note n°42)

127 Par exemple en matière de coups ayant entraîné la mort sans l'intention de la donner ou d'incendie volontaire ayant entraîné la mort d'autrui

mesure où de la réponse à la question de l'existence d'un tel trouble mental dépendra la qualification pénale des faits (infraction volontaire ou involontaire), il pourrait paraître plus cohérent de renvoyer la personne contre laquelle il existe charges suffisantes d'avoir commis les faits devant la cour d'assises, qui a plénitude de juridiction. Dans cette hypothèse, il appartiendrait à la cour d'assises de rechercher si H... Z... a agi sous l'emprise d'une bouffée délirante aiguë le privant de la totalité de ses capacités volitives et cognitives et s'il n'avait pas, au moment de la consommation du cannabis, anticipé la possibilité de la commission du crime et dans l'affirmative, faute de pouvoir caractériser l'élément intentionnel du crime, d'envisager la qualification d'homicide involontaire. Dans la négative, la qualification de meurtre resterait possible. Il s'agirait en quelque sorte de considérer qu'en cas de faute antérieure à l'origine d'une abolition du discernement seule la juridiction de jugement pourrait décider de son incidence sur la responsabilité pénale et sur la qualification des faits. Cette règle procédurale serait certes érigée de manière prétorienne mais resterait compatible avec la règle qui me paraît en l'état des textes intangible selon laquelle la faute antérieure ne peut exclure par principe l'irresponsabilité pénale, que si le projet criminel a été forgé antérieurement ou que si la prise de toxiques l'a été en toute connaissance des risques.

Je propose dans ce cadre et de manière subsidiaire une cassation, au motif que l'irresponsabilité pénale ne peut être déclarée sans que les faits aient été envisagés sous toutes leurs qualifications pénales.

3. Sur l'office de la chambre de l'instruction dans le cadre de la procédure des articles 706-125 et suivants du code de procédure pénale

Pour une présentation exhaustive de la loi du 25 février 2008, de son dispositif et de sa genèse, nous renvoyons au rapport de Monsieur le conseiller ainsi qu'à ce qui a été dit précédemment. On peut rappeler qu'un bilan de l'application de la loi est en cours d'élaboration par la mission Raimbourg, avec le soutien de l'Inspection générale de la justice (IGSJ) et qu'il entre dans la mission de la commission de proposer toutes modifications de la loi qu'elle estimerait nécessaires.

Il convient d'examiner ici, au titre de l'application de la loi de 2008, les branches des moyens relatives à la compatibilité entre le mobile antisémite retenu par la chambre de l'instruction et l'abolition du discernement (5ème et 6ème branches du moyen unique des consorts X... et 4ème branche du 3ème moyen des consorts Y...) d'une part, et, plus rapidement, les conditions du renvoi en cour d'assises lorsqu'il existe un doute sur la responsabilité pénale d'autre part (4ème moyen des consorts Y... et 4ème branche du moyen unique des consorts X...).

3-1 Sur la circonstance aggravante d'antisémitisme

Selon la quatrième branche du 3ème moyen des consorts Y..., la chambre de l'instruction ne pouvait sans se contredire à la fois constater que H... Z... avait "*volontairement*" précipité la victime de son balcon et avait agi en ayant "*conscience du judaïsme de Madame X...*", et en déduire cependant l'abolition de son discernement au moment des faits. Nous avons déjà rejeté en partie cet argument au motif que la chambre de l'instruction avait souverainement constaté, au vu des expertises concordantes des 7 experts, que la bouffée délirante n'était pas incompatible avec des bribes de conscience. Cette argumentation rejoint, sous un autre aspect, les 5ème et 6ème branches du moyen unique des consorts X... qui font grief à l'arrêt d'avoir relevé l'existence de charges suffisantes de commission des faits à raison de l'appartenance de la victime à la religion juive, ce dont il résultait que l'auteur des faits avait conscience de donner à son acte un mobile antisémite tout en retenant néanmoins l'existence d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes.

Les mémoires ampliatifs des deux pourvois visent à contester la déclaration d'irresponsabilité compte tenu de la contradiction alléguée, mais ils posent aussi inmanquablement la question sous l'angle de la possibilité pour la chambre de l'instruction de relever une telle circonstance aggravante.

L'article 706-125 du code de procédure pénale, dans sa version actuelle, en vigueur depuis la loi du 25 février 2008, prévoit que :

" la chambre de l'instruction rend un arrêt de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental par lequel :

1° Elle déclare qu'il existe des charges suffisantes contre la personne d'avoir commis les faits qui lui sont reprochés ;

2° Elle déclare la personne irresponsable pénalement en raison d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes au moment des faits".

Cette disposition est l'aboutissement d'un mouvement législatif amorcé avec le nouveau code pénal qui s'est attaché à supprimer la formulation de l'ancien article 64 qui niait, en cas d'irresponsabilité pour cause de démence, l'existence même du crime ou du délit, alors que des faits avaient bien été commis, ce qui apparaissait à la fois insupportable pour les victimes et déniait de manière totale la qualité de sujet de l'auteur atteint de troubles mentaux. Ensuite, une seconde étape a été franchie avec la loi du 9 mars 2004, qui a complété l'article 177 du code de procédure pénale pour prévoir qu'en cas d'ordonnance de non-lieu motivée par le premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal ou par le décès de la personne mise en examen, le juge d'instruction doit également préciser dans l'ordonnance "*s'il existe des charges suffisantes établissant que l'intéressé a commis les faits qui lui sont reprochés.*" Cette nouvelle disposition a été introduite à l'initiative de M. Jean-Luc

Warsmann, rapporteur de la commission des lois de l'assemblée nationale ¹²⁸. Comme l'indique le rapport du sénat ¹²⁹, il s'agissait de répondre aux attentes des victimes qui, lorsqu'une personne est déclarée irresponsable ou décède au cours de l'instruction, sont privées du procès qui aurait permis un débat public sur les faits qu'elles ont subis, ainsi que du jugement de condamnation reconnaissant la culpabilité de la personne poursuivie. Le rapport précisait que cette nouvelle disposition *"s'inspirait de l'article 349-1 du code de procédure pénale qui prévoit que lorsqu'est invoquée devant une cour d'assises comme moyen de défense une cause d'irresponsabilité pénale, la juridiction est invitée à répondre successivement aux deux questions suivantes : - l'accusé a-t-il commis tel fait ?- l'accusé bénéficie-t-il pour ce fait d'une cause d'irresponsabilité pénale ?"*

Comme le souligne votre rapporteur, l'examen préalable des charges en cas d'irresponsabilité pénale pose *"un important problème théorique"* puisque l'élément moral de l'infraction, en cas d'abolition du discernement, ne peut a priori être apprécié en l'absence des capacités de vouloir et de comprendre.

Certains auteurs tels Jean Pradel ou Stéphane Détraz, que cite votre rapporteur, voient dans cet examen des charges une simple imputabilité matérielle¹³⁰ ou culpabilité matérielle¹³¹, ce qui tendrait à exclure la qualification juridique des faits, qui implique de caractériser l'imputabilité psychologique, opération impossible en cas de trouble mental ayant aboli le discernement.

Yves Mayaud¹³² semble admettre, quant à lui, que : *"l'irresponsabilité pénale n'est pas en soi un obstacle à la reconnaissance de la matérialité des faits, la non-imputabilité personnelle une entrave à l'imputation objective"* et souligne que *"les faits méritent d'être exploités dans leur dimension causale afin de les rattacher aux dommages des parties civiles"*.

Pour certaines infractions, l'imputabilité matérielle ne peut faire l'économie de l'examen de l'intention, par exemple de s'approprier la chose d'autrui ou de tuer. Cette difficulté est encore plus prégnante, comme le souligne votre rapporteur, s'il s'agit de prendre en compte des circonstances aggravantes, comme la préméditation en cas d'assassinat ou un mobile spécifique (tel le meurtre commis sur un témoin pour l'empêcher de porter plainte, le meurtre commis sur une personne en raison de son refus de contracter mariage, le meurtre sur l'ancien conjoint en raison de relations ayant existé entre l'auteur ou la victime).

La question s'est déjà posée à votre chambre dans un arrêt 14 avril 2010¹³³. L'arrêt attaqué avait déclaré qu'il existait des charges suffisantes contre un jeune homme d'avoir volontairement donné la mort à son ancienne compagne avec préméditation, et que ce

¹²⁸ Rapport N° 784 sur le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, par M. Jean-Luc WARSMANN

¹²⁹ Rapport n° 441 (2002-2003) de M. François ZOCCHETTO, fait au nom de la commission des lois, déposé le 24 septembre 2003

¹³⁰ J. Pradel, "Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux", D. 2008 p.1000

¹³¹ S. Détraz, « La création d'une nouvelle décision de règlement de l'instruction : la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », RSC 2008 p.873

¹³² AJ Pénal 2004 p.303 Les malades mentaux entre non-imputabilité et imputation

¹³³ Crim 14 avril 2010, no 09-82.291 Gaz Pal 28-29 juill. 2010

dernier, atteint de psychose dissociative non encore contrôlée et qui avait agi dans le contexte d'une poussée délirante, était irresponsable pénalement.

Le moyen, pris d'un simple défaut de réponse à conclusions, reprochait à l'arrêt d'avoir retenu la circonstance de préméditation alors que le mis en examen avait fait valoir, dans son mémoire, qu'il était venu sur le lieu de travail de son ex compagne pour essayer de "se remettre avec elle" et sans intention de lui donner la mort et qu'ensuite il avait eu un accès de folie.

Cependant le conseiller Pometan, dans un mémoire complémentaire, relevait la difficulté. Il faisait état de la différence terminologique entre l'article 176 du code de procédure pénale selon lequel "*le juge d'instruction examine s'il existe contre la personne mise en examen des charges constitutives d'infraction, dont il détermine la qualification juridique*" ou l'article 214 selon lequel "*si les faits retenus à la charge de la personne mise en examen constituent une infraction qualifiée de crime par la loi, la chambre de l'instruction prononce la mise en accusation devant la cour d'assises*" et l'article 706-125 du code de procédure pénale selon lequel la chambre de l'instruction "*déclare qu'il existe des charges suffisantes contre la personne d'avoir commis les faits qui lui sont reprochés*". Il en déduisait que "*les termes de ce texte paraissent exclure que la chambre de l'instruction puisse, en se prononçant sur l'existence d'une intention criminelle ou délictuelle, donner une qualification pénale aux faits dont elle est saisie*" et posait la question suivante :

"La chambre de l'instruction n'aurait-elle pas dû, en l'espèce, se borner à constater qu'il existait, à l'encontre de la personne mise en examen, des charges suffisantes d'avoir commis des faits d'homicide et de blessures ?"

A cette question, l'avocat général Davenas, dans un avis complémentaire, répondait que tant le juge d'instruction que la chambre de l'instruction devaient se limiter "*à un constat sur l'imputabilité matérielle des faits reprochés à la personne concernée, sans pouvoir qualifier juridiquement ces faits*", tout en déplorant que le législateur n'ait pas davantage précisé la notion de faits reprochés. Il proposait en conséquence de relever le moyen d'office pris de la violation des dispositions de l'article 706-125 du code de procédure pénale et de casser l'arrêt, par voie de retranchement, en substituant au dispositif de l'arrêt une disposition selon laquelle il existait des charges suffisantes contre le prévenu d'avoir donné la mort à la victime et commis des violences sur les autres.

La chambre criminelle refusait de s'engager dans cette voie et se contentait de rejeter le moyen en considérant, au vu de la motivation de l'arrêt selon laquelle "*il ressort des déclarations du mis en examen que les coups et blessures ont été portés volontairement ; que, compte tenu de leur localisation et du nombre, ils étaient destinés à provoquer la mort de UP... OG... ; que le caractère prémédité de l'acte est établi par le fait que le mis en examen avait harcelé durant les jours précédents la victime, qu'il s'était rendu sur les lieux armé d'un couteau dissimulé dans une chaussette et qu'il est passé à l'acte sans autre préalable*" que la chambre de l'instruction avait justifié sa décision et que le moyen se bornait à remettre en cause son appréciation souveraine.

Ultérieurement, dans un arrêt du 29 novembre 2017¹³⁴, la chambre criminelle a été saisie d'une question similaire dans une espèce voisine où la chambre de l'instruction, tout en déclarant le prévenu, atteint de schizophrénie paranoïde, irresponsable pénalement, avait retenu qu'il existait des charges suffisantes d'avoir commis le crime d'assassinat. La chambre criminelle, alors que le moyen était pris d'une contradiction entre le fait d'avoir "*sciemment mis en oeuvre un mécanisme en vue d'un assassinat*" et le fait d'avoir agi "*sous l'emprise d'un trouble psychique ou neuropsychique*", a considéré que ce moyen revenait "*à remettre en question l'appréciation souveraine, par les juges du fond, de l'existence de charges suffisantes à l'encontre de la personne mise en examen d'avoir commis les faits reprochés*".

On peut relever que la chambre de l'instruction avait motivé comme suit la caractérisation de l'intention homicide : "*Les circonstances de la mort de la victime, plus particulièrement le nombre important de coups délibérément portés dans une zone vitale par un tiers (puisque l'arme n'a pas été retrouvée entre les mains du défunt) démontrent que, sous réserve de la responsabilité pénale de leur auteur, les faits de l'espèce répondent en tous leurs éléments matériels et intentionnels à la définition légale du meurtre (mort d'autrui volontairement donnée)*" et comme suit la préméditation : "*l'appel téléphonique de la veille et l'attente au petit matin de l'arrivée de la victime démontrent que M. FN... a projeté à l'avance son passage à l'acte, puisqu'il n'est fait état d'aucun autre dessein qui pourrait les expliquer, de sorte que la circonstance aggravante de la préméditation doit être retenue en l'espèce*".

Cette position de la chambre criminelle me paraît devoir être approuvée.

En effet, si on suit la logique de la stricte imputabilité matérielle de faits, il ne serait jamais possible en cas de déclaration d'irresponsabilité pénale non seulement de retenir les circonstances aggravantes relevant du mobile, mais encore toute infraction supposant un dol spécial, voire un élément intentionnel. Ainsi, non seulement l'assassinat ne pourrait être retenu, mais encore le meurtre, faute de pouvoir caractériser l'intention homicide : la chambre de l'instruction ne pourrait que constater que des coups ont été portés par l'auteur et que ces coups ont entraîné la mort ce qui renverrait à une qualification de coups mortels .

En réalité, envisager des faits indépendamment de leur qualification pénale paraît intellectuellement impossible, sauf à ne les appréhender que de manière très incomplète .

Il ne paraît pas qu'on puisse tirer argument, pour soutenir l'absence de possibilité de qualification pénale, de la lettre de l'article 706-125 du code de procédure pénale en ce qu'il ne fait référence qu'à des faits .

En effet, comme on l'a vu, le législateur de 2004 s'est expressément inspiré des questions en cour d'assises. Il me semble en conséquence que le terme de "*faits*" dans la notion de "*charges d'avoir commis les faits*" renvoie aux questions que doit poser la cour d'assises selon les termes de l'article 349 ("l'accusé est-il coupable d'avoir commis tel fait ?"). L'obligation de rédiger les questions en fait renvoie, comme l'indique Henri Angevin¹³⁵, à la

134 N° 16-85.490

135 La pratique de la cour d'assises, Lexis Lexis, 5^{ème} édition page 316 et suivantes

nécessité que la Cour et le jury soient interrogés “sur les faits de l'accusation considérés en eux-mêmes” et ne puissent l'être sur des questions de droit. Pour autant les faits sont bien appréhendés en fonction de leur qualification pénale, qui suppose que les différents éléments constitutifs, matériels et moraux, soient caractérisés. La question sur le meurtre (l'intéressé est-il coupable d'avoir volontairement donné la mort à la victime ?) comporte ainsi nécessairement l'élément moral de l'infraction qui est contenu dans l'adverbe “volontairement”. Comme l'indique H. Angevin, en cas d'irresponsabilité pénale, le fond des questions reste identique, seule la manière de les poser diffère puisqu'il est demandé non pas si l'accusé est coupable d'avoir commis les faits mais seulement s'il a commis les faits.

Cette analyse est confortée par l'économie générale de la loi de 2008. L'article 706-119 du code de procédure pénale précise que le juge d'instruction doit s'interroger sur l'application du 1er alinéa de 122-1 du code pénal “lorsque l'information lui paraît terminée”, ce qui suppose qu'il la conduise à son terme alors qu'auparavant le non lieu était fréquemment prononcé dès que les expertises établissaient l'irresponsabilité pénale. En outre, il s'évince de l'article 706-122 du code de procédure pénale que l'audience devant la chambre de l'instruction a bien pour objet, non pas seulement de statuer sur la responsabilité pénale, mais encore et au préalable sur l'établissement des charges, puisque l'article prévoit expressément que la juridiction peut procéder à l'audition des témoins si elle s'avère nécessaire pour établir l'existence des charges. Ainsi, la juridiction est en mesure de disposer de tous les éléments qui lui permet d'envisager les faits sous leurs diverses qualifications possibles.

Cette analyse est enfin parfaitement conforme à la *ratio legis* du texte de 2004 conforté à cet égard par celui de 2008 : il s'agit non seulement de permettre à la victime de savoir que celui qui a bénéficié d'un non lieu ou a été déclaré pénalement irresponsable est reconnu comme étant l'auteur des faits dont elle a été victime, mais aussi de voir ces faits qualifiés pénalement, c'est-à-dire reconnus comme établis dans toutes leurs dimensions, y compris en cas de circonstances aggravantes. Cette opération de qualification renvoie à la dimension expressive du droit pénal, réparatrice tant pour la victime que pour l'ensemble du corps social dont elle renforce la cohésion.

Plutôt que d'imputation strictement matérielle, on pourrait parler d'imputation de faits, pénalement qualifiés de manière “fictive” : il s'agit en quelque sorte pour la juridiction de déterminer, au vu de l'ensemble des éléments du dossier, y compris des déclarations de l'auteur, s'il a conservé des éclairs de lucidité, comment auraient été qualifiés les faits s'ils avaient été commis par un être dont le discernement n'avait pas été aboli.

En l'espèce, par exemple, on peut relever que la qualification de meurtre, qui au demeurant n'est pas contestée, a été retenue sans difficulté au vu de la violence des coups portés, de la vulnérabilité de la victime et du fait qu'elle a été défenestrée depuis le 3^{ème} étage, et éventuellement des propos tenus par H... Z... pendant la scène, quoi qu'ils fussent incohérents. Ces éléments auraient pu justifier que la chambre de l'instruction renvoie H... Z... pour meurtre devant la cour d'assises, s'il avait eu toute sa conscience et s'était défendu en soutenant, par exemple, qu'il n'avait commis que des violences sans intention de donner la mort.

S'agissant de la circonstance aggravante liée au mobile raciste ou discriminatoire, l'article 132-76 du code pénal, qui a une portée générale, dispose désormais que "*lorsqu'un crime ou un délit est précédé, accompagné ou suivi de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature qui soit portent atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une prétendue race, une ethnie, une nation ou une religion déterminée, soit établissent que les faits ont été commis contre la victime pour l'une de ces raisons, le maximum de la peine privative de liberté encourue est relevé(...)*".

Comme l'indique votre rapporteur "*Retenir cette circonstance aggravante passe donc par la nécessité de caractériser ces éléments objectifs : propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature...(...)*La ratio criminis doit être accompagnée d'éléments extérieurs matériels".

De la même manière, H. Angevin ¹³⁶ estime que, pour caractériser cette circonstance aggravante, il ne s'agit pas tant de prendre en compte les mobiles, "*toujours difficiles à cerner*", que les éléments matériels qui les concrétisent et sont énumérés par le texte. Il préconise de formuler la question en interrogeant la cour et le jury sur le fait que le meurtre "*a été précédé, accompagné ou suivi de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature ...*".

En l'espèce, les magistrats instructeurs n'avaient pas retenu cette circonstance aggravante aux motifs, en substance, que l'information n'avait pas pu établir que H... Z..., qui niait tout antisémitisme, avait déjà eu des comportements ou des propos antisémites, que les experts avaient relevé chez lui "*l'absence d'émergence de cristallisation affective à type de rancoeur, de haine, voire de tonalité raciste ou stigmatisant*", que les paroles qu'il avait proférées au moment des faits étaient dénuées de tout caractère sensé et qu'enfin, il s'en était pris dans son délire à une personne qui n'était pas de confession juive, à savoir l'aide soignante de sa soeur.

La chambre de l'instruction, pour retenir cette circonstance aggravante, contrairement aux juges d'instruction, s'est appuyée, conformément aux termes de l'article 132-76 du code pénal précité, sur les "*propos*" qui avaient accompagné le crime, dont la réalité était attestée par des témoins, et explicités par H... Z... lui-même (p. 24).

Les propos sont des éléments matériels objectifs entendus par les témoins qui relatent que H... Z... a crié au moment des faits "*Allah Akbar, c'est le sheitan, je vais la tuer* ", puis "*j'ai tué le sheitan*" et "*j'ai tué un démon*".

L'interprétation de la dimension antisémite de ces propos par la chambre de l'instruction s'appuie ensuite sur plusieurs éléments : en premier lieu, les déclarations de H... Z... lui-même, faites lorsqu'il était sorti de l'épisode délirant et donc en capacité d'être entendu par le juge d'instruction, selon lesquelles, bien qu'il n'ait aucun problème avec ses voisins juifs, il avait compris en entrant chez Mme X..., "*qu'il était chez une personne de confession juive car il y avait la torah et le chandelier* " et "*qu'il se sentait plus oppressé à cause de ces objets, sans savoir pourquoi, que s'il avait prononcé le nom de " sheitan" signifiant démon, il*

136

Op cit, p 351

pensait que le démon était Mme X..., sans savoir pourquoi” et en second lieu les conclusions des experts.

La chambre de l’instruction cite en particulier les conclusions du docteur W... selon lesquelles “Madame J... X..., dans le paroxysme du délire a été projectivement perçue comme une incarnation diabolique, à la fois du fait de l’acmé du délire et du fait de sa religion juive qui l’a diabolisée et l’a incluse dans la thématique délirante persécutive manichéenne (...) Madame J... X... n’a peut-être pas été délibérément recherchée et tuée parce que juive mais le fait que H... Z... réalise qu’elle l’était à l’entrée dans l’appartement, s’est télescopé avec la thématique délirante, l’associant immédiatement au Diable, et amplifiant le déchaînement frénétique haineux et vengeur ” et celle du collège d’experts composé des Dr V..., U... et T... qui considèrent “que Monsieur Z... était au moment des faits, du fait de la prégnance du délire, un baril de poudre. Mais que la conscience du judaïsme de Madame X... a joué le rôle de l’étincelle.”

La chambre de l’instruction conclut que “les déclarations de H... Z... disant qu’il s’était senti plus opprimé à cause de la torah et du chandelier, et qu’il pensait que le démon était Mme X..., jointes aux témoignages indiquant l’avoir entendu crier “ Allah Akbar, c’est le sheitan, je vais la tuer ”, puis “ j’ai tué le sheitan ” et “ j’ai tué un démon ”, et aux constatations précitées des experts selon lesquels la conscience du judaïsme de Madame X... l’a associée au diable et a joué un rôle déclencheur dans le déchaînement de violence contre celle-ci, constituent des charges suffisantes de commission des faits à raison de l’appartenance de la victime à la religion juive.”

Cette motivation me paraît exempte de toute critique puisque la chambre de l’instruction a souverainement justifié ce qui lui permettait d’affirmer que les propos tenus lors du passage à l’acte, qui constituent des éléments matériels au sens du texte d’incrimination, procédaient d’une association de la victime au diable du fait de sa confession juive, association qui, si le crime avait été commis par une personne non délirante aurait, à n’en pas douter, caractérisé le mobile antisémite.

Il importe peu que cette association intervienne dans l’esprit d’un individu qui n’est plus à cet instant un être doué de raison : ce qui permet de retenir la circonstance aggravante c’est l’existence objective de cette association.

Comme l’indique de manière très éclairante le docteur W... dans un passage de l’expertise citée dans une autre partie de l’arrêt (p. 12) : *“Un crime peut être délirant et antisémite. Les délires s’abreuvent de l’actualité et de l’ambiance sociétale. Les témoignages portés à ma connaissance ne confirment pas l’existence chez H... Z... d’un antisémitisme habituel, qui se serait antérieurement manifesté de façon claire. Dans le bouleversement délirant, le simple préjugé ou la représentation banale partagée se sont transformés en conviction absolue.”*

Il est à cet égard conforme à l’esprit de la loi de 2008 que cette dimension antisémite du délire puisse, grâce à l’imputation matérielle de faits qualifiés pénalement, être reconnue tant pour les parties civiles que pour l’ensemble de la société, conformément aux finalités dites expressives de la loi pénale déjà évoquées. Cet énoncé ne me paraît pas contraire aux principes généraux du droit pénal puisque, précisément par ce que les faits sont commis par

un individu privé de ses capacités volitives et cognitives, aucune déclaration de culpabilité ne pourra intervenir au-delà de cette imputation matérielle, qui n'emporte ni stigmatisation morale ni conséquence pénale.

Je conclus dès lors au rejet de ces branches des moyens et émets un avis hautement défavorable, évidemment, à toute cassation par voie de retranchement visant à supprimer du dispositif de l'arrêt le relevé de cette circonstance aggravante.

3-2 Sur la possibilité pour la chambre de l'instruction elle-même de déclarer l'irresponsabilité sans renvoi à la cour d'assises.

Selon votre rapporteur le 4ème moyen des consorts Y..., en ce qu'il ferait référence notamment à la décision de la chambre criminelle du 21 mars 2012¹³⁷, ainsi que la 4ème branche du moyen unique des consorts X..., poseraient aussi la question des conséquences de l'absence de certitude sur l'existence d'un trouble ayant aboli le discernement au regard de la possibilité pour la chambre de l'instruction elle-même de déclarer l'irresponsabilité sans renvoi à la cour d'assises.

Comme il a été dit précédemment, il me semble que ces branche et moyen manquent en fait puisque la chambre de l'instruction n'a nullement estimé qu'il y avait une incertitude sur le fait que M H... Z... ignorait qu'il pouvait perdre totalement son discernement en cas de consommation de cannabis mais qu'elle a, au contraire, souverainement apprécié qu'il ne le savait pas et qu'*il n'existait donc pas de doute sur l'existence, chez H... Z..., au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes*".

Il convient de rappeler que selon les articles 706 -124 et 125 du code de procédure pénale, la chambre de l'instruction, une fois qu'elle a estimé qu'il existait charges suffisantes d'avoir commis les faits, doit examiner si l'article 122-1 du code pénal est applicable ou pas. Soit elle estime qu'il est applicable, c'est-à-dire que l'intéressé était atteint d'un trouble ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes, et elle déclare l'irresponsabilité. Dans le cas contraire, elle renvoie l'intéressé devant la juridiction compétente. Le doute sur la responsabilité n'est pas, tel que le texte est rédigé, un critère de renvoi vers la juridiction de jugement, la chambre de l'instruction devant trancher en faveur de l'application ou non de l'article 122-1 du code pénal pour décider du renvoi ou non devant la juridiction de jugement.

On peut relever encore, comme le fait votre rapporteur, que la chambre criminelle n'a jamais jugé que le renvoi en cour d'assises est nécessaire lorsqu'il existe une discordance entre les expertises. Il entre, en effet, dans l'office de la chambre de l'instruction qui, selon une jurisprudence constante, n'est pas liée par les expertises, de trancher la question de l'abolition du discernement, qu'il y ait ou pas discordances entre les experts. La question de savoir s'il y a abolition du discernement, ce qui doit entraîner la déclaration d'irresponsabilité pénale, ou si tel n'est pas le cas, ce qui conduira à un renvoi en cour d'assises et ne peut

137

Crim., 21 mars 2012, B. n° 77

se déduire de la seule existence de divergences entre experts, relève en effet de son appréciation souveraine des faits.

Seule la loi pourrait poser une règle contraire obligeant, lorsque toutes les expertises ne sont pas dans le sens de l'irresponsabilité pénale, au renvoi devant une cour d'assises.

Si la chambre criminelle, dans son arrêt du 21 mars 2012, n'a pas cassé la décision d'une chambre de l'instruction qui avait énoncé que *"seuls un consensus des experts¹³⁸ et une certitude sur une abolition du discernement au moment des faits auraient pu être de nature à conduire la chambre de l'instruction à faire application de l'article 122-1 du code pénal ; que la notion de doute ne peut s'appliquer qu'à l'accomplissement des faits, non à la responsabilité pénale résultant de leur accomplissement ; que tel n'étant pas le cas, il est indispensable que l'ensemble de ces éléments fasse l'objet d'un débat devant une cour d'assises, qui aura à apprécier le degré de responsabilité de M. [...] dans les faits qu'il reconnaît avoir commis"*, c'est parce qu'elle a estimé que la chambre de l'instruction *"après avoir relevé qu'il existait des charges suffisantes contre le mis en examen d'avoir commis les faits reprochés et avoir analysé les expertises psychiatriques ainsi que les déclarations des experts, conclut que l'abolition du discernement au moment des faits n'est pas certaine, qu'il ne peut donc être fait application de l'article 122-1, alinéa 1, du code de procédure pénale et qu'il convient de le renvoyer devant la cour d'assises"*. Le sommaire de l'arrêt, publié, est rédigé comme suit *"l'appréciation, par une chambre de l'instruction, saisie sur le fondement de l'article 706-120 du code de procédure pénale, de l'abolition, pour cause de trouble psychique ou neurologique, du discernement d'une personne mise en examen, est souveraine."* En conséquence, la chambre n'a nullement validé l'affirmation selon laquelle des expertises non concordantes devaient nécessairement entraîner la saisine de la cour d'assises mais uniquement le fait que la chambre de l'instruction avait souverainement apprécié (peu important que ce fut au vu de l'absence de concordance des expertises) que l'abolition du discernement n'était pas établie.

Dès lors et même sous cet angle, les deux branches et moyen ne sauraient être admis.

138

En l'espèce, deux des experts psychiatres ayant examiné le prévenu avaient conclu à sa responsabilité totale, un troisième à une altération de son discernement, les deux autres à une abolition de ce discernement

Conclusions

Je conclus à titre principal au rejet de l'ensemble des moyens, dans la mesure où la décision attaquée est conforme au droit et où il n'appartient qu'au législateur de poser un principe d'exclusion systématique de l'irresponsabilité pénale lorsque l'abolition du discernement a pour cause une consommation volontaire de toxiques.

Cette décision de rejet pourrait préciser que la responsabilité pénale peut néanmoins être retenue si le projet criminel a été forgé avant l'intoxication ou si celle-ci a été réalisée en toute connaissance des risques de passage à l'acte criminel, ce qui n'était pas le cas en l'espèce selon l'appréciation souveraine de la chambre de l'instruction.

Enfin et à titre subsidiaire, il me semble que la cassation pourrait éventuellement intervenir dans la mesure où la faute du mis en cause (à savoir la consommation de cannabis, à l'origine de l'abolition du discernement, cause exclusive du passage à l'acte criminel) a été commise alors que le discernement n'était pas aboli et que cette faute est susceptible de qualification pénale au regard de ses conséquences non intentionnelles.