



HAL
open science

Les fonctions juridiques de la préméditation Archéologie d'une hybridation normative

Pascal Texier

► **To cite this version:**

Pascal Texier. Les fonctions juridiques de la préméditation Archéologie d'une hybridation normative. Ambroise-Rendu (Anne-Claude) et Chauvaud (Frédéric) dir., Machination, intrigue et résolution. Une histoire plurielle de la préméditation, Limoges, 2017, pulim, pp.199-215, 2017, 978-284287-748-4. hal-01367694

HAL Id: hal-01367694

<https://hal.science/hal-01367694v1>

Submitted on 16 Sep 2016

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

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



Distributed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

Les fonctions juridiques de la préméditation **Archéologie d'une hybridation normative**

Pascal Texier
Université de Limoges
OMIJ (IAJ)

Selon que l'on s'attache au sens commun ou à l'approche juridique, le terme préméditation revêt des acceptions différentes. Dans le langage courant, on y voit un élément de la mesure de l'intentionnalité de l'acte, tandis que le juriste en fait une circonstance permettant de moduler le quantum de la sanction. Le présent article s'efforce d'analyser, dans la longue durée, les évolutions sémantiques qui ont affecté cette notion. Si son socle conceptuel s'appuie sur la pronoia grecque et la premeditatio romaine, l'expérience coutumière médiévale et son approche circonstancielle de la responsabilité utilisent la préméditation pour mesurer l'écart avec le conformisme social. Le développement du Common Law fera tendre la préméditation vers le contrôle de la volonté et celui des doctrines subjectivistes en feront un marqueur de dangerosité.

Certains concepts juridiques sont si présents dans la pensée et la pratique du juriste qu'il imagine volontiers qu'ils existent depuis fort longtemps et, qu'au fond, il n'y a pas grand-chose à en dire. Parmi d'autres, la préméditation correspond bien à ce cas type. Affirmation

d'une origine romaine¹, bibliographie française squelettique², tout concourt à faire de la préméditation un non-sujet. Or, à y regarder de plus près, la situation se révèle plus complexe et, partant, particulièrement intéressante.

La même circonspection doit prévaloir lorsqu'on aborde la manière dont le français contemporain fait usage de cette notion. Pour la langue courante, le terme est de portée générale et désigne « le dessin réfléchi d'accomplir une action »³; autrement dit le sens commun du mot en fait un élément propre à caractériser une certaine intentionnalité, en ce qu'elle n'est pas instantanée. En droit, le terme fait l'objet d'une définition légale qui semble reprendre la signification commune⁴, mais en restreint doublement les effets; fonctionnellement elle limite son rôle à celui de circonstance entraînant l'aggravation des peines. Et, par ailleurs elle en circonscrit l'usage aux seuls crimes nommément désignés⁵. Si dans l'ancien

¹ André LAINGUI et Arlette LEBIGRE, *Histoire du droit pénal*, t. I « Le droit pénal », Paris, (1979), p. 153.

² Hormis H. LEGRAND, *De la préméditation*, thèse Droit, Paris., 1898, il ne semble pas exister de thèse en Droit récente sur ce sujet. La dernière en date semble être : Visoïu CORNATEANO, *Essai d'une théorie juridique et médico-légale de la préméditation criminelle* [avec une préface d'Émile Garçon], Paris, 1910. Voir en dernier lieu Jean-Louis FIRON, « La préméditation - les évolutions nécessaires d'une circonstance aggravante ancienne », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2005, p. 325-348.

³ Paul ROBERT, *Le petit Robert, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, v ° « préméditation ».

⁴ Absente du Code pénal de 1791, la définition de la préméditation fait son apparition dans celui de 1810 (art. 397). Partiellement repris dans l'article 132-72 du Code pénal : « La préméditation est le dessein formé avant l'action de commettre un crime ou un délit déterminé. »

⁵ Jean-Louis FIRON, *op. cit.*, p. 328-333. La préméditation est parfois invoquée en matière de vol, ce que ne prévoit pas le Code. Dans ce cas il ne peut s'agir d'une véritable préméditation, au sens technique du terme, dans la mesure où elle ne constitue pas un élément détachable de l'infraction principale. Le juge peut en tenir compte pour apprécier la culpabilité, mais l'éventuel accroissement de peine doit rester dans les limites de l'échelle de peine prévues par le Code pour le crime simple,

Code, en usage avant 1994, la définition était proposée dans la section consacrée aux atteintes aux personnes⁶, c'est désormais dans la partie générale, traitant des circonstances entraînant l'aggravation des peines qu'elle a été insérée⁷, ce changement aurait dû, en principe lui conférer une portée plus générale, pourtant la préméditation constitue toujours, en droit pénal français, un dol aggravé spécial, applicable aux actes violents entrepris contre les personnes et dont l'effet principal sera de transformer un meurtre en assassinat⁸. Autrement dit, pour le juriste, la préméditation ne concourt pas à la mesure de l'intentionnalité de l'acte⁹, puisque venant se surajouter à une culpabilité de meurtre déjà établie ; c'est en revanche aux opérations liées à la qualification juridique des faits¹⁰, et partant à la détermination du *quantum* de la sanction qu'il convient de le rattacher. On voit par là que, pour le juriste, la préméditation concourt à la mesure de la réaction sociale suscitée par la transgression criminelle.

Comment expliquer ce décalage sémantique entre le sens commun large et les usages juridiques restreints¹¹ ? C'est ce que l'on voudrait

sans qu'il soit possible d'aller au-delà, comme dans le cas d'une circonstance aggravante.

⁶ Ancien Code pénal, art. 297.

⁷ Sect. III, « De la définition de certaines circonstances entraînant l'aggravation des peines », art. 132-72.

⁸ Le Code pénal prévoit l'usage de la préméditation, circonstance aggravante, en matière d'empoisonnement (art. 221-5), de tortures ou actes de barbarie (art. 222-3, 9°), de violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner (art. 222-8, 9°).

⁹ La Cour de cassation estime que la preuve de la préméditation « doit être recherchée dans les faits qui ont accompagné l'acte », voir Cass. crim., 22 févr. 1872 : Bull. crim. 1872, n° 43 ; Cass. crim., 19 juill. 1951 : Bull. crim. 1951, n° 223.

¹⁰ C'est ce même rôle de circonstance permettant de préciser la qualification juridique des faits que l'on retrouve en droit administratif français : voir Clothilde DEFFIGIER, note sous CE 26 mars 2004, Société BV Exportslachterij Appeldoorn Esase, AJDA 2004. 2349. Dans cette affaire, le Conseil d'État s'appuie sur la préméditation des actes pour exclure la qualification d'attroupement.

¹¹ Ce décalage n'est pas propre au français, il existe dans d'autres langues comme l'allemand où *überlegung* signifie « préméditation » dans le contexte juridique, mais « réflexion » dans le langage ordinaire. Pour le Common Law, voir à propos de la *mens rea* Bertram F. MALLE and Sarah E. NELSON, « Judging Mens Rea: The Tension

s'efforcer d'éclairer, en proposant une approche empruntant les voies de l'anthropologie historique du droit, telles qu'elles ont été développées par l'IAJ de Limoges. Il s'agit d'aller au-delà de l'analyse institutionnelle classique, portant sur la pratique et la doctrine, envisagées sur une période et un territoire donné, pour proposer une recherche comparative, à la fois sur les plans synchroniques et diachroniques. Grâce à cette double extension du champ d'études, les évolutions sémantiques et fonctionnelles deviennent plus évidentes, ce qui facilite d'autant leur analyse.

Même si, comme nous y invite le thème de ce colloque, on souhaite concentrer son attention sur les périodes modernes et contemporaines, l'extension du champ chronologique se révèle nécessaire, car les concepts issus du droit romain font intimement partie de l'horizon culturel des juristes et des pénalistes classiques qui s'y réfèrent volontiers. D'une manière sans doute plus souterraine, les pratiques de l'ancien droit sont également présentes, y compris dans les constructions juridiques contemporaines. Quant au détour par le Common Law, il suffit de se souvenir combien l'anglomanie était présente parmi les esprits éclairés qui préparèrent l'avènement du droit pénal postrévolutionnaire. Loin d'être anecdotiques, ces détours devraient permettre de mieux comprendre certains aspects de la pratique contemporaine de la préméditation qui se révèle être de véritables palimpsestes.

Mais avant de commencer l'analyse, il convient de faire une première remarque, d'ordre lexicographique. Si le vocable «préméditation» est parfois utilisé par les pénalistes classiques du XVIII^e siècle, c'est plutôt sous la forme adjectivale de «prémédité» que la notion apparaît dans la littérature juridique. Un rapide bilan de ses usages¹² montre qu'elle prend progressivement la place de

between Folk Concepts and Legal Concepts of Intentionality», *Behavioral Sciences & the Law*, 21.5 (2003), 563–80 [en ligne: <http://dx.doi.org/10.1002/bsl.554>, consulté le 5/05/2016]

¹² Voir : Guy DU ROUSSEAU DE LACOMBE, *Traité des matières criminelles...*, 6^e éd., Paris 1756, page 64–65 : « À l'égard du meurtre de guet-apens, il se dit aussi de ceux

l'expression « propos délibérés » que les auteurs associent non pas directement à l'intention, mais à une certaine manière d'agir¹³ et souvent, en en faisant un synonyme de « guet-apens »¹⁴. Mettre ainsi l'accent sur le *modus operandi* n'est pas neutre et, car cela renvoie à une manière d'apprécier les actes humains, davantage à partir de leurs conditions d'exécution que de l'intention présidant à leur commission. Ce procédé est d'ailleurs en parfait accord avec l'approche circonstancielle de la responsabilité pénale, qui est encore très présente dans la pratique du temps, et qui s'appuie sur un socle conceptuel qu'il nous faut d'abord tenter de reconstituer.

qui commettent des homicides de propos délibéré, et de dessein prémédité ; comme aussi de ce qui tue ou seulement outrage et excèdent en trahison et avec avantage. » ; JOUSSE, *Traité de la justice criminelle*, I, p. 9 : « L'homicide délibéré est celui qui se commet avec un dessin qui était prémédité quelque temps auparavant ». Pour un exemple précoce de « préméditation employé au sens contemporain du terme voir la lettre du chancelier Pontchartrain à l'évêque d'Orléans du 2 mars 1707 (*Correspondance administrative sous le règne de Louis XIV*, t. II, Paris, 1851, p. 441-442) : « ... Car ce que vous appelés emportement de la jeunesse, le roi le nomme, [...] un assassinat des plus prémédités, et d'une préméditation des plus suivis et des plus publique qui ait jamais été ».

¹³ Pierre-François MUYART DE VOUGLANS, *Institutes au droit criminel...*, Paris 1757, p. 516-519. : « L'homicide volontaire fait avec préméditation est autrement appelé homicide qualifié parce qu'il est accompagné de certaines circonstances qui en augmentent l'énormité... ».

¹⁴ C'est le cas de l'ordonnance criminelle de 1670 ; *Procès-verbal de conférence tenue par ordre du roi... pour l'examen des articles de l'ordonnance criminelle*, Paris, 1776, t. II, p. 30 :

« Quant à l'assassinat prémédité, ou du guet-apens (ce sont termes synonymes ; mais ce dernier n'étant pas françois, on a proposé d'user du premier ou de mettre le mot préparer, qui semble signifier davantage, mais qui est moins d'usage)... »

Cette même discussion ressurgit lors de la réintroduction du guet à pens dans l'ordre positif par la loi du 5 mars 2007 : Camille de JACOBET DE NOMBEL, « L'originalité de la circonstance aggravante de guet-apens », *Rev. Sc. Crim.*, 2010, p. 545.

I) La construction antique du socle conceptuel

Pour les juristes autant que pour les moralistes, même en présence d'effets létaux équivalents, tous les actes graves commis à l'encontre des personnes ne peuvent pas être également sanctionnés. C'est en particulier le cas pour les homicides causés accidentellement, pour lesquels la responsabilité pénale est souvent écartée au profit de mécanismes plus proches des processus de dé-souillure que d'une censure pénale. Comme on le voit, dans tous les cas il doit y avoir réaction, mais sa forme, son intensité, comme ses acteurs, peuvent varier. Cette intuition, que le sens commun suggère, a naturellement provoqué la réflexion de ceux qui s'interrogèrent sur la nature et la valeur des actes humains, qu'ils soient religieux, philosophes ou juristes. À cet égard, l'héritage antique s'avère particulièrement suggestif et ses leçons sont aujourd'hui encore très présentes.

La pensée grecque constitue, dans la tradition occidentale, un point de référence essentiel et, dans le domaine juridique, à travers sa relecture romaine, elle a jeté les fondations de bien des constructions ultérieures. Dans la seconde moitié du VII^e siècle, le droit des cités grecques commence à se stabiliser et progressivement la puissance publique intervient dans le traitement des affaires de sang, domaine jusqu'alors réservé « au droit des plus forts et à l'affrontement des familles »¹⁵. Ce mouvement entraîne un affinement de l'analyse juridique et c'est dans ce contexte qu'ont été produites les lois sur l'homicide, dites de Dracon. Seule une inscription fragmentaire du cinquième siècle nous en a conservé le souvenir ; or elle pose bien des problèmes d'interprétation¹⁶ ; ainsi, l'expression *μέ ἐκ προνοίας* peut-elle renvoyer aussi bien à des actes préparatoires, traduisant une préméditation, qu'à la mort brutale, donnée intentionnellement. Sans

¹⁵ Henri Van EFFENTERRE et Françoise RUZÉ, *Nomima. Recueil d'inscriptions politiques et juridiques de l'archaïsme grec*, T. I, *Cités et institutions*, Collection de l'École française de Rome 188, 1994, p. 20.

¹⁶ Henri Van EFFENTERRE et Françoise RUZÉ, *op. cit.*, p. 17-23. La portion conservée ne concerne que les homicides commis « sans préméditation » (*μέ ἐκ προνοίας*).

rentrer trop dans les détails d'une interprétation soumise à bien des controverses¹⁷, retenons qu'à ce moment la notion de préméditation ne semble pas encore clairement identifiée et séparée de l'intentionnalité, ni recouvrir une spécificité fonctionnelle¹⁸. La même observation vaut probablement pour la typologie proposée, deux siècles plus tard, par Platon lorsqu'il distingue les homicides commis par emportement de ceux qui sont le résultat d'une action réfléchie¹⁹. À ce stade, l'analyse de l'homicide semble surtout être focalisée sur la distinction des violences impulsives et volontaires²⁰. Dans cette dernière hypothèse, le caractère délibéré de l'acte sera déduit de son *modus operandi*, en particulier par l'usage d'armes offensives.

Aristote va plus loin en complétant le binôme par une troisième possibilité : les actes peuvent être accomplis non seulement d'une manière volontaire ou impulsive, mais aussi avec préméditation. Dans l'*Éthique à Nicomaque*, le Stagirite précise sa pensée en établissant une équivalence entre *pronoia* et *proairesis*²¹, c'est-à-dire avec un choix délibéré portant sur les moyens plus que sur les fins²². On voit par-là que l'intentionnalité de la préméditation se distingue de celle de tuer, en ce qu'elle porte sur les moyens nécessaires à la réalisation de

¹⁷ Edwin CARAWAN, *Rhetoric and the Law of Draco*, Oxford, 1998, p. 39 et W. T. LOOMIS, «The Nature of Premeditation in Athenian Homicide Law», *The Journal of Hellenic Studies*, Vol. 92 (1972), p. 86-95 et Laura PEPE, «Osservazioni sulla pronoia intema di omicidio», *DIKE – Rivista di storia del diritto greco ed ellenistico*, n^{os} 12/13, 2009/2010, p. 69-90.

¹⁸ Certains auteurs soutiennent que la référence à la *πρόνοια* dans le texte de Dracon serait le résultat d'une interpolation postérieure : Edwin CARAWAN, *op. cit.*, p. 37.

¹⁹ Platon, *Les lois*, IX.

²⁰ Sur le traitement de la préméditation (*πρόνοια*) homicide par les lois antiques, voir Eva CANTARELLA, *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, 1976, p. 87-111.

²¹ Sur le sens de ce dernier terme, voir Jean-Baptiste GOURINAT, «Délibération et choix dans l'éthique aristotélicienne», p. 95-124, Gilbert ROMÉYER-DHERBÉY, Gwenaëlle AUBRY (dir.), *L'excellence de la vie : sur l'Éthique à Nicomaque et l'Éthique à Eudème d'Aristote*, Paris, 2002.

²² *Ibid.*, p. 119.

cette fin²³. C'est en cela qu'Aristote se distingue de Platon pour qui la *pronoia* se subsumait dans l'intention de tuer²⁴.

En matière de préméditation, Rome nous a légué le mot, mais les usages antiques de l'institution ainsi nommée sont relativement rares et recouvrent une réalité bien différente de celles que prennent en compte les usages contemporains. On la trouve par exemple chez Cicéron²⁵, dans l'expression *praemeditatio futurorum malorum*, pour exprimer une pratique de méditation consistant à imaginer, par avance, les pires malheurs possibles afin de diminuer l'impact psychologique, lorsque survient quelque accident. Comme on le voit, cette pratique stoïcienne est affaire de prospective, alors que la préméditation, aux sens juridique et vernaculaire du terme, est affaire d'antériorité. Autrement dit, dans le cas de la *praemeditatio malorum*, il s'agit de se projeter dans le futur pour faciliter l'acceptabilité d'une situation à venir ; alors que pour la préméditation, au sens juridique et contemporain du terme, il s'agit d'éclairer une situation passée à l'aide de faits d'une plus grande antériorité. Sous cette forme, le concept latin ne peut être directement rattaché à la généalogie de la préméditation, d'autant qu'il est absent du latin juridique²⁶. En revanche, le terme passe dans le vocabulaire des pères de l'Église, comme saint Jérôme²⁷ ou saint Augustin²⁸, et intègre la culture

²³ Monique CANTO-SPERBER, «Mouvement des animaux et motivation humaine dans le livre III du *De anima* d'Aristote», *Les Études philosophiques*, n° 1, *Aristote sur L'imagination* (janvier-mars 1997), p. 59-96, ici p. 65.

²⁴ David D. PHILLIPS, «Trauma ek pronoias in Athenian law», *The Journal of Hellenic Studies*, 127, p 74–105, ici p. 103.

²⁵ *Tusc.* 3.28-29, 3.76. Sur cette pratique voir, Jonathan L. ZACHERY, *The Role of Death in the Ladder of Divine Ascent and the Greek Ascetic Traditio*, Oxford University Press, 2015, p. 76.

²⁶ Il n'existe pas d'entrée dans H. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon zu den quellen des römischen Rechts*, 11^e éd., Gras, 1971.

²⁷ HIER., *Commentarii in evangelium Matthaei*, 3, 17, 9.

²⁸ AUG., *De natura et origine animae*, 3, fin. ; *Confessionum libri tredecim*, 11, 18, 23.

cléricale avec son sens stoïcien. Si la préméditation antique est encore assez éloignée de ce qu'elle deviendra à l'époque moderne, l'exercice intellectuel que suppose la *praemeditatio* débouche sur un traitement segmenté du temps, opération qui est au cœur de la logique de la préméditation. Travail sur l'intention et le temps, tels sont les legs de l'Antiquité que la société médiévale va enrichir.

II L'enrichissement médiéval et le contrôle du conformisme social

Sur les terrains juridiques et institutionnels, le Moyen-âge est caractérisé par l'affaiblissement de l'État et par la coexistence de règles d'origines romaines et coutumières. Les premières se développent progressivement au fur et à mesure de la construction étatique, tandis que les secondes traduisent la puissance des usages sociaux consensuellement admis. C'est à partir de ces deux types de sources normatives qu'il convient de lire les pratiques médiévales. En fait d'homicide, le Moyen âge occidental se pose les mêmes questions que le monde grec, à savoir comment distinguer l'homicide commis avec l'intention de tuer, de celui réalisé sans cette intention ? Mais posée ainsi, la question intéresse surtout le philosophe ou le théologien ; quant au juriste praticien, il développe une approche plus pragmatique et davantage en résonance avec la société médiévale qui passe par une casuistique des circonstances.

C'est ainsi qu'il faut comprendre le coutumier d'Artois, rédigé au début du XIV^e siècle, qui définit le meurtre comme le fait de tuer une personne « en son lit, ou en aucune manière : pourquoi ce ne soit en mêlée »²⁹. Cette référence à la mêlée ou à la « chaude colle » désigne les violences létales accomplies sous l'empire d'une passion irrépressible, ôtant toute possibilité de poser un acte réfléchi. Toutefois, il faut bien être conscient que l'accent que nous mettons, aujourd'hui, sur l'élément psychologique constitue un anachronisme

²⁹ TARDIF, *Coutumier d'Artois*, Paris, 1883, § 14, p.45.

s'agissant de la période médiévale³⁰. Ainsi que l'expose Abélard, les hommes jugent en fonction de ce qui est manifeste et non à raison de ce qui est caché³¹, seul Dieu pouvant sonder les cœurs et les reins. C'est pourquoi les cours séculières adoptent une approche objective des faits criminels les conduisant à scruter les circonstances³² dans lesquelles ont été commis les faits incriminés. À partir du XIII^e siècle, le développement des droits savants attire bien l'attention sur l'intentionnalité mais, à l'exception des territoires méridionaux où l'influence de la romanistique se fait sentir plus fortement³³, ses effets

³⁰ Cette remarque vaut pour des périodes postérieures ? C'est ce qui explique pourquoi Jean-Pierre Poussou constate la rareté des références à la préméditation dans les procédures criminelles toulousaines du XVIII^e siècle en précisant que cela avait déjà été noté par Robert Mandrou dans son *Introduction la France* : Jean-Pierre POUSSOU, « L'enquête sur la criminalité : Abbiateci (A.), Billacois (F.), Castan (N.), Castan (Y.), Bongert (Y.), Petrovitch (P.), Crimes et criminalité en France (XVII^e — XVIII^e siècles), (Cahiers des Annales, n° 33, Paris, A. Colin, 1971) », *Annales du Midi*, t. 85, n° 112, 1973. p. 233-235. En réalité, si la préméditation-intentionnalité est en effet peu courante, la préméditation-circonstance est au contraire très présente dans la procédure criminelle de l'ancien puisqu'elle constitue un critère de compétence. La connaissance des homicides prémédités est attribuée aux prévôtés par l'ordonnance de 1670 (art. 12), puis leur est retirée par la déclaration du 5 février 1731.

³¹ Abélard, *Éthiques*, 71 : *non enim homines de occultis, sed de manifestis iudicant*.

³² Sur le rôle des circonstances en droit pénal, voir Pascal TEXIER, « Le rhéteur et l'assassin », *Apprendre à douter, Études offertes à Claude Lombois*, dir. J.-P. MARGUENAUD, M. MASSÉ et N. POULET-GIBOT LECLERC, Limoges, 2004, p. 549-561.

³³ Voir par exemple la coutume de Grasse (1242) permettant aux juges d'apprécier l'intention du coupable : B. SCHNAPPER, « Les peines arbitraires du XIII^e au XVIII^e siècle (doctrines savantes et usages français), *TVR*, n° 41-2 (1973), p. 257.

affectent peu la pratique séculière³⁴ qui restera fidèle, jusqu'à la Révolution, à une approche circonstancielle des faits³⁵.

En pratique, la littérature coutumière élabore une casuistique circonstancielle dont il n'est pas toujours aisé de comprendre la cohérence, à l'exception notable des *Coutumes de Beauvaisis*, rédigées par Philippe de Beaumanoir vers 1283. L'auteur y propose une typologie, souvent reprise tout au long de l'histoire de l'ancien droit pénal français, distinguant le meurtre de l'homicide³⁶. Pour lui, la différence repose non sur l'intentionnalité de l'acte mais sur son mode opératoire : l'homicide est commis en « chaude mellee », c'est-à-dire sous l'inspiration de la colère ou de la provocation. À l'inverse, le meurtre suppose certaines circonstances de moyen, comme le guet-apens, ou de temps comme l'accomplissement du forfait de nuit ou en période de trêve ou d'asseurement³⁷. Poussant plus avant l'analyse, le bailli dégage le concept de « traïsons »³⁸ qui permet de mieux

³⁴ À l'inverse, le droit canonique poussé par la nécessité de distinguer le péché du crime va progressivement différencier les causes circonstancielle et subjectives du péché. Parmi ces dernières Rufinus distingue (v. 1157-1159) les causes intérieures et les causes intimes localisées... *in illa aula superioris humanis, scil. Rationis* : Heinrich SINGER (éd.), *Die Summa decretorum des magister Rufinus*, Paderborn, 1902, XL. 22.

Sur le rôle de Balde *de Ubaldis* dans développement de l'approche subjective en droit savant, voir Hermann KANTOROWICZ, « Baldus de Ubaldis and the Subjective Theory of Guilt », *Social Research*, 1-3, 1934, p. 375.

³⁵ C'est encore ainsi que procède la Cour de cassation en matière de préméditation. Voir les références données ci-dessus, note 5.

³⁶ PHILIPPE DE BEAUMANOIR, *Coutume de Beauvaisis*, éd. Salmon, t.1, Paris, 1970, n° 825-830, p. 429-430.

³⁷ Cet homicide aggravé est aujourd'hui qualifié d'assassinat, terme que le Moyen-âge réservait, par référence à la secte d'assassins, au fait de faire tuer quelqu'un par des mercenaires.

³⁸ On en trouve la formulation avant Beaumanoir, mais chez ce dernier l'explication est plus détaillée. Voir, *Jostice et plet*, RAPETTI (éd.) Paris, 1850, p. 290 : « Traïson si est, quant l'on surprant home, et l'on le fiert, si qu'il ne se peut deffendre ». Plus laconiques, les *Établissements de saint Louis* se contentent d'affirmer : « Traïsons n'est pas de parole », P. VIOLLET (ÉD.), (éd.), 4 vol. 1881-1886, p. 35.

comprendre ce qu'il y a de commun dans les différentes circonstances débouchant sur la qualification de meurtre.

Beumanoir reprend les situations de guet-apens, de nuit ou d'asseurement auxquelles il joint le faux témoignage, tous agissements accomplis en vue de porter atteinte à la vie de la victime et de conclure « Nus meurtres n'est sans traïsons »³⁹. Pour le bailli, la « traïson » ne constitue donc pas une catégorie spécifique, comme c'était le cas, par exemple, dans les *Établissements de saint Louis*⁴⁰. Au contraire, pour Beumanoir la trahison fonctionne plutôt à la manière d'une circonstance qu'il conviendrait de relever toutes les fois qu'un agresseur disposerait, à l'encontre de la victime, d'un avantage indu, parce qu'acquis antérieurement à l'acte principal et d'une manière déloyale. Fonctionnellement, la trahison est donc assez proche de la préméditation moderne dans la mesure où elle agit à la manière d'une circonstance aggravante entraînant la surqualification du crime et un accroissement de la sanction. Par ailleurs, elle concerne une série d'actes ou de situation détachables du fait principal et traduisant, comme Aristote le précisait, non directement l'intention de tuer, mais une série de choix permettant d'atteindre ce but.

Dans cette manière de traiter la question, il semble que l'on puisse voir, le reflet d'un trait spécifique des mentalités médiévales qui classent volontiers les actes humains en « beaux faits » et actes déloyaux⁴¹. C'est ainsi qu'en principe l'accomplissement des violences vindicatives ne fait pas l'objet d'une réprobation sociale, mais dans les cas relevés par Beumanoir, le modèle de l'affrontement

³⁹ PHILIPPE DE BEUMANOIR, *Coutume de Beauvaisis*, *ibid.*, n° 827. À rapprocher de « Traïson et homicide mêlé ensemble fait meurtr », *Jostice et plet*, *op. cit.*, p. 290.

⁴⁰ *Établissements...*, *op. cit.*, t. II, p. 187, I, 108 : « Apeler home de murtre et de traïson... » ; rédigés peu d'années avant le texte de Beumanoir, les *Établissements* font de la trahison un *casus* particulier entraînant la compétence de la haute justice. On remarquera d'ailleurs, que la « trahison » prend ici (*op. cit.*, p. 14, I, 5) la place qu'occupe traditionnellement le meurtre dans la série des *causa majores*, en usage depuis la période carolingienne. Il semble donc que dans l'esprit de ce texte, trahison et meurtre ne font qu'un.

⁴¹ Claude GAUVARD, *"De Grace especial" : crime, état et société en France à la fin du Moyen Âge*, Paris, 1991, t. II, p. 803.

vindictaire, opposant deux adversaires luttant à armes égales, est perverti par la rupture d'égalité induite par la trahison⁴². Dans d'autres sources, plus anciennes comme le *Très ancien coutumier de Normandie*, c'est un autre concept, proche de la trahison, la « felonie », qui est utilisée pour caractériser certains homicides intrafamiliaux qui ne sont pas le résultat de hasards malheureux⁴³.

À ce stade, on peut comprendre que ce qui est en cause dans toutes ces situations relève de la violation des règles du bien vivre sociale, plus que d'interdits fondés en droit, aussi n'est-il pas surprenant que la réprobation émane en premier lieu du corps social. La stigmatisation de la trahison est d'ailleurs fort ancienne puisque déjà Aristote estimait qu'elle accroissait la gravité de l'acte injuste⁴⁴. Dante est tout aussi sévère qui y voit le pire des crimes⁴⁵ et, dans son *Enfer*, il n'hésite pas à placer les traîtres au neuvième et derniers des cercles, au plus près de Lucifer⁴⁶.

À travers ces quelques exemples, on peut comprendre que le traitement judiciaire des actes, frappés du sceau de la trahison et

⁴² Sur le rôle le fonctionnement des mécanismes vindictaires, voir Pascal TEXIER, « La victime et sa vengeance, Quelques remarques sur les pratiques vindictaires médiévales », *CLAJ*, n° 19, 2008, « La victime – I Définition et statut », p. 155-179. Voir aussi, *Justice et Plet*, texte cité ci-dessus, note 29. Dans la littérature médiévale on trouve même des cas extrêmes où c'est sous le couvert de l'amitié que l'agresseur surprend sa victime, violant l'un des plus solides mécanismes de solidarité extrafamiliale en usage dans la société médiévale : Emanuel J. MICKEL, « Inclination mondaine, trahison et impiété, ou les germes de la culpabilité dans la littérature médiévale », *Travaux de littérature, VIII : La Culpabilité dans la littérature française* (dir. E. GUITTON), 1995, p. 25-41, ici p. 33.

⁴³ Ernest-Joseph TARDIF, *Coutumier de Normandie*, t. I-1, « Le très ancien coutumier de Normandie », Rouen-Paris, 1881, réimpr. Genève, 1977, p. 29-30 : XXXV *De [H] omicidio*.

⁴⁴ ARISTOTE, *Éth. Nic.*, V. 10, 1135, b 25 et VII, 7, 1149, b 18.

⁴⁵ Paul G. CHEVIGNY, « From Betrayal to Violence: Dante's Inferno and the Social Construction of Crime », *Law and Social Inquiry*, vol. 26-4, 2001, p. 787-818, ici p. 788.

⁴⁶ DANTE, *Enf.* 34.

accompagnant des violences mortelles, met en œuvre des mécanismes susceptibles d'être rapprochés de ce que les juristes français contemporains nomment préméditation : même rapport d'antériorité par rapport à l'acte légal, même autonomie par rapport à l'intentionnalité de celui-ci et, finalement, même caractère de circonstances aggravantes entraînant une sur-incrimination et un accroissement de la sanction.

Fonctionnellement, si la préméditation-trahison relève de la transgression d'usages sociaux non fondés en droit, sa sanction est réalisée à travers une prise en charge publique. C'est en effet la justice publique qui, à travers les mécanismes d'aggravation, fait masse des exigences d'une politique pénale, construction de l'État oblige, et de la réprobation sociale. Sous le bénéfice de ces observations, on voit comment Beaumanoir propose un modèle circonstanciel, liant la préméditation-trahison à la violation des normes sociales, dont on retrouve l'écho dans la construction de la préméditation française contemporaine. Dans un autre contexte culturel et historique, nous allons voir comment le Common Law a élaboré son propre modèle de préméditation.

III) Le Common Law et le contrôle de la volonté

Si l'histoire de la préméditation a peu retenu l'attention des chercheurs français, il n'en va pas de même en Common Law où elle joue, il est vrai, un rôle sensiblement plus important : progressivement, elle a fini par constituer la *summa divisio* en matière de typologie des homicides et même de blessures graves⁴⁷. Mais cette fonction ne s'est imposée que progressivement à travers le concept de *malice aforethought*.

Il nous est parfois difficile de comprendre le sens exact que les contemporains du fait attribuaient aux termes juridiques qu'ils employaient pour qualifier les actes dont ils se plaignaient ou avaient à se défendre. Ainsi en est-il de l'expression *premeditatus assultus*,

⁴⁷ Depuis l'*Offences against the Person Act* 1861, en *Common Law* anglais.

présente dans les textes de l'Angleterre anglo-normande et que l'on est tenté de traduire par « assaut prémédité », en introduisant un élément d'intentionnalité dolosive. Or, comme l'a démontré Naomi Hurnard⁴⁸, il ne s'agit pas de qualifier l'intention relative à l'acte principal, mais d'établir une antériorité d'action : la formule est utilisée dans une procédure accusatoire pour signifier que l'on accuse son adversaire d'avoir en premier déclenché les hostilités. On en reste donc à une analyse factuelle et circonstancielle mais, à la charnière des XIII^e et XIV^e siècles, le droit semble davantage intégrer la dimension psychologique.

En 1270, les hommes de Jean de Warenne blessent gravement Alan de la Zouche. Traduit en justice, Warenne est condamné à une lourde amende au profit du roi, à des dommages et intérêts envers la victime et à affirmer sous serment, avec cinquante autres chevaliers, que le fait a été commis *non ex praecogitata malitia*⁴⁹. Selon Maitland, la notion de *premeditated malice* était en usage dans le droit anglais, avant même cette date et servait à distinguer les violences accidentelles ou commises sous l'empire de la colère de celles qui résultaient d'un acte réfléchi⁵⁰.

Parallèlement, la pratique anglaise du pardon, plus précoce que sur le continent, conduisait logiquement à pouvoir séparer les actes susceptibles d'être pardonnés, de ceux qui devaient rester hors du champ de la grâce⁵¹. C'est ainsi qu'en 1390 un *statut* exclut du pardon les meurtres et les « morts d'ome occis par agait, assaut ou malice purpense », à moins que l'aggravation du fait ne soit mentionnée dans

⁴⁸ Naomi D. HURNARD, «The Anglo-Norman Franchises», *The English Historical Review*, n° 252, 1949, p. 289–327, ici p. 308.

⁴⁹ Thomas de WYKES, *Chronique*, ann. 1270, cité d'après Frederic William MAITLAND, «The Early History of Malice Aforethought», H. A. L. FISHER (éd.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, t. I, Cambridge, 1911, p. 308.

⁵⁰ Frederic William MAITLAND, *op. cit.*, p. 308.

⁵¹ Sur le développement des pratiques miséricordieuses et leurs influences sur la construction du droit, voir Pascal TEXIER, «Rémission et évolution du droit», *Le Pardon, aspects culturels juridiques et institutionnels*, CIAJ, n° 3, Limoges, 1999, p. 341-352 et sur le cas anglais, N. D. HURNARD, *The King's Pardon for Homicide before A. D. 1307*, Oxford, 1969, réimpr. 1997.

la lettre royale de pardon⁵². Le contexte de l'acte permet de comprendre que cette disposition n'a pas une portée générale mais concerne, pour l'essentiel, les agressions meurtrières commises furtivement, de nuit ou en embuscade, par des bandits professionnels ou des cambrioleurs, appâtés par d'éventuels gains⁵³. Ici encore l'accent est mis sur le mode opératoire, mais il semble bien que, dès le XIV^e siècle, l'expression *malicia precogitata*, ou ses équivalents, soit parfois employée au sens d'une préméditation subjective, mesure de la *mens rea*⁵⁴. De tels usages peuvent être trouvés, pour la même période aussi bien en France⁵⁵ qu'en Écosse⁵⁶. Dans toutes ces hypothèses, il ne s'agit plus d'établir des antériorités d'action entre une pluralité d'acteurs, mais bien de mettre l'accent sur la durée de l'intention présidant à l'action criminelle du seul accusé. On observera cependant que toutes ces situations concernent la délivrance d'une grâce royale, traitée non en droit strict, mais en équité, matière où, sous l'influence des droits savants, l'intentionnalité est davantage prise en compte que dans les procédures criminelles ordinaires⁵⁷. Progressivement ces dernières vont à leur tour utiliser cette démarche, comme en témoignent plusieurs arrêts du XVI^e siècle identifiant la *malice*

⁵² Richard II, *stat.* 2, c.1.

⁵³ Thomas A. GREEN, «Societal Concepts of Criminal Liability for Homicide in Medieval England», *Speculum*, 47-4, 1972, p. 669-694, ici p. 672.

⁵⁴ J. M. KAYE, «the Early History of Murder and Manslaughter», *Law Quarterly Review*, 83, 1967, p 365-395, ici, p. 371.

⁵⁵ Ordonnance de 1356, *ORF*, t. 3, p. 129 : «Nous ne ferons pardons ne remissions de murders ou de mutilacions de membres faiz et perpetrès de mauvais agait par mauvaise volunté et par délibération».

⁵⁶ *Acts of Parliament of Scotland*, vol. I, p. 151, cité d'après MAITLAND, *op. cit.*, p. 323 : statut de 1369 soumettant au Parlement l'octroi d'un pardon propos d'un fait accompli *per murthyr vel per praecogitatom malisiam*.

⁵⁷ Pour le cas français, voir Pascal TEXIER, «La part de l'ombre de la rémission. Remarques sur les requêtes en rémission et leurs rédacteurs», Jacques PÉRICARD (dir.), *La part de l'ombre. Artisans du pouvoir et arbitres des rapports sociaux (VIII^e-XV^e siècles)*, Limoges, 2014, p. 183-206, ici p. 189-190. La rémission française semble calquée sur une nouvelle de Valentinien III [*Nov.* 19 (445, 10 décembre), reprise dans *Lex. Rom. Wisigoth.*, 6, 5, 1 et *Lex rom. Burg.*, 2, 2] qui fait de l'empereur le seul juge de l'intention.

prepen ou la *malice aforethought* avec la préméditation⁵⁸. Il faut toutefois se demander ce qui se cache réellement derrière cette expression.

En effet, le terme *malice aforethought* est particulièrement difficile à rendre en français, dans la mesure où il s'agit, ici encore, d'une formulation technique, dont la fonction essentielle est de permettre d'établir l'acte d'accusation par référence à une catégorie criminelle, *murder* : les termes ne doivent donc pas être pris, ici, dans leur sens commun⁵⁹. Selon l'acception retenue en droit moderne, la malice peut ne rien avoir de véritablement « malicieux », c'est-à-dire de dolosif ; quant à la référence à la pensée antérieure, elle ne correspond pas à notre préméditation, puisque la durée prise en compte peut être très courte. Selon la jurisprudence il suffit, en effet, que l'*animus* ait été formé par l'accusé immédiatement avant l'acte, voire au moment du coup fatal⁶⁰. Comme on le voit ici, la « malice » est clairement rattachée à l'intentionnalité de l'acte principal, mais sans réellement se fondre en elle, car il s'agit encore ici d'exclure le caractère accidentel de certaines violences, selon un schéma qui rappelle l'usage que les Grecs faisaient de la *pronoia*.

Ce rattachement de la « malice préméditée » à l'intentionnalité pose en pratique bien des problèmes. C'est pourquoi, à la période moderne, on a cherché à préciser le corpus lexical, notamment au moment de la publication des statuts de Pennsylvanie (1682–1684)⁶¹. La charte accordée à William Penn en 1681 prévoyait que les lois

⁵⁸ Voir les affaires datées de 1553 (R. v. Salisbury) et 1576 (R. v. Robinson) citées et analysées par Guyora BINDER, « The Origins of American Felony Murder Rules », *Stanford Law Review*, vol. 57-1, 2004, p. 59-208, ici p. 78-79.

⁵⁹ Howard J. CURTIS, « Malice Aforethought, in Definition of Murder », *The Yale Law Journal*, vol. 19-8, 1910, p. 639–646, ici p. 646.

⁶⁰ Pour une analyse détaillée de la *malice aforethought* dans le Common Law anglais et gallois, voir, J. C. SMITH et Brian HOGAN, 3^e éd., Londres, 1973, p. 225-233 et pour le Common Law américain, Rollin M. PERKINS, « A Re-Examination of Malice Aforethought », *The Yale Law Journal*, vol. 43-4, 1934, p. 537-570.

⁶¹ Sur le contenu et le contexte historique de ce texte, voir Edwin R. KEEDY, « History of the Pennsylvania Statute creating degrees of murder », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 97-6, 1949, p. 759-777.

anglaises seraient appliquées dans le nouveau territoire, jusqu'à ce qu'elles soient modifiées localement. Mais avant d'entrer en vigueur, ces modifications devaient être approuvées, à Londres, par le Conseil privé. En 1682-1683, William Penn fit usage de cette prérogative pour modifier les lois pénales afin d'en exclure la peine de mort, à l'exception du meurtre. C'est dans ces circonstances que la définition des homicides est réécrite : il n'est plus fait référence à la *malice aforethought*, mais à l'acte de tuer *willfully or premeditally*, expressions renvoyant à l'idée d'une volition non contrainte, c'est-à-dire excluant certaines hypothèses comme la provocation, ou s'inscrivant dans une certaine durée permettant de lui attribuer une dangerosité particulière. La reprise en main de la province par la mère patrie en 1692 puis la nomination d'un gouverneur en 1693 mettent fin aux lois inspirées par William Penn. En 1700 les statuts sont de nouveau réactivés et leur examen par le conseil de la reine Anne donne lieu, en 1705, à une nouvelle modification : l'expression *willfully or premeditally* est remplacée par *willfully and premeditally*, au motif qu'un homicide volontaire peut-être le résultat d'une frayeur soudaine. Les deux conditions, autrefois alternatives sont donc devenues cumulatives, conférant à la préméditation son élément intentionnel, mais surtout en renforçant son positionnement chronologique. La préméditation suppose une antériorité par rapport à l'acte principal, se traduisant par un temps de réflexion froide et déterminée.

Ce n'est sans doute pas un hasard si cette évolution prend place à la charnière des XVII^e et XVIII^e siècles, au moment l'influence de la rationalité, telle que Descartes et Grotius la conçoivent, commence à pénétrer les constructions juridiques. L'accent mis sur le sujet pensant ne pouvait que conduire à rejeter au second plan l'analyse des circonstances objectives⁶². Le mouvement s'accélère à l'articulation des XVIII^e et XIX^e siècles sous l'influence de la doctrine. Le

⁶² Les praticiens davantage préoccupés par la question de la preuve de la préméditation que par celle de sa nature restent fidèles à l'approche circonstancielle. Voir, par exemple ce qu'en dit l'ex-président du tribunal criminel de la Seine, Scipion Bexon, *Parallèle du code pénal d'Angleterre avec les lois pénales françaises...*, Paris, an VII [1799], p. 321 : « Le dessin prémédité se conclut des circonstances qui découvrent l'intention... ».

développement de la criminologie néoclassique approfondit la notion de libre arbitre et met l'accent sur la préméditation⁶³, dans laquelle elle voit l'affirmation d'une intention criminelle libre. C'est ainsi que le Code pénal de 1810 enregistre la promotion de la préméditation en en faisant, non pas comme le code de 1791, ou le Common Law, le fondement d'une incrimination particulière, mais celui d'une aggravation du meurtre. Toutefois le modèle de l'homme rationnel et doué de libre arbitre ne tarde pas à être remis en cause.

IV) L'approche subjective et le contrôle de la dangerosité

Dans l'ancien droit⁶⁴ et la plupart des codes pénaux⁶⁵, la préméditation signe la gravité du crime, sans que cela soit nécessairement lié à la dangerosité de l'individu. C'est ainsi que le Code de 1810 ne fait plus de la préméditation le critère d'un crime particulier, mais celui d'une circonstance aggravante. L'influence des doctrines utilitaristes aidant⁶⁶, il met l'accent sur la peine, c'est-à-dire d'une certaine manière sur la réaction sociale⁶⁷. Ainsi que le constate Saleilles, cette anticipation des apports de la criminalistique positiviste

⁶³ Imogene MOYER, *Criminological Theories: Traditional and Non-Traditional Voices and Themes*, Londres, 2001, p. 27.

⁶⁴ Daniel JOUSSE, *Nouveau commentaire sur l'Ordonnance criminelle du mois d'août 1670*, Paris, 1763, p. XXXIX : « Ainsi les crimes qui se commettent avec un dessin prémédité, sont beaucoup plus graves, et doivent être punis d'une peine beaucoup plus sévère, que s'ils étoient commis dans un emportement, ou par imprudence. »

⁶⁵ À l'exception des codes allemand et suisse. Pour ce dernier, voir J. HURTADO POZO, *Droit pénal – Partie spéciale* t. I, « Infractions contre la vie, l'intégrité corporelle et le patrimoine », Zurich, 1997, plus spécialement n^{os}, 111 à 115, p. 34-36.

⁶⁶ Voir par exemple Bentham qui fait de la préméditation son « cinquième indice d'un caractère dangereux » susceptible de fonder une aggravation de la sanction : Jeremy BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale... publié en français par Ét. Dumont...*, t. 2, Paris, 1802 p. 273.

⁶⁷ Dans le même sens, le fait de limiter l'usage de la préméditation-circonstance aggravante à certains crimes témoigne bien du souci d'une politique pénale répressive, fondée sur une échelle de gravité des transgressions.

italienne de la fin du siècle n'est pas encore totalement accomplie⁶⁸, dans la mesure où elle continue de s'exercer dans le cadre d'une justice strictement rétributive, mais elle ouvre une nouvelle brèche dans le lien entre préméditation et intentionnalité. Dans le même sens, on remarquera que la préméditation prévue par le Code de 1810 constitue juridiquement une circonstance aggravante mixte. C'est-à-dire qu'elle « réside dans la personne de l'agent mais se répercute sur l'infraction »⁶⁹. Autrement dit, elle doit être « recherchée dans les faits qui ont accompagné l'acte de l'auteur principal ; que constatée pour cet auteur principal, celui-ci fut-il resté inconnu, elle sert à qualifier le crime à l'égard des complices »⁷⁰. En sorte que les complices d'un assassinat « empruntent la criminalité » de l'auteur principal. Si pour ce dernier la préméditation doit être prouvée, elle est présumée à l'égard de ses complices qui, comme lui, sont soumis à l'aggravation de peine, dès lors que la circonstance de préméditation n'aura pas été explicitement écartée à leur profit⁷¹.

Paradoxalement, le découplage de la préméditation et de l'intention est renforcé par la montée en puissance des doctrines subjectivistes et l'approche psychologique du fait criminel, qui concourent à mettre l'*animus nocendi* premier plan. De nombreux auteurs soulignent alors combien il est difficile de séparer l'intention criminelle principale de celle qui préside à l'accomplissement des éléments constitutifs de la préméditation⁷². Au fond, tout homicide serait plus ou moins prémédité, la question se ramenant à celle de la détermination du degré de préméditation.

⁶⁸ R. SALEILLES, *De l'individualisation de la peine*, 3^e éd., Paris, 1927, p. 66.

⁶⁹ H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel...*, 2^e éd., Paris, 1943, p. 228.

⁷⁰ Cass. crim., 12 mai 1970, *D*, 1970. 515.

⁷¹ Emmanuel DREYER, note sous Cass. crim., 20 juin 2012, *GP*, 2013, n° 39-40, p. 34.

⁷² Cette analyse se retrouve déjà chez Luc de Penne, mort en 1390, qui affirme que les actes accomplis dans les 30 jours précédant un homicide ne doivent pas être analysés comme des éléments de préméditation, mais rattachés à l'*animus nocendi* principal : cité par Julius CLARUS, *Additiones ad § Homicidium, Opera omnia, cive practica civilis atque criminalis*, Lyon, 1661, p. 60, n° 23.

Les fonctions juridiques de la préméditation

Avec tournant des années 1880, la signification de la préméditation connaît un nouveau bouleversement. En 1878, Garofalo dégage le concept de témibilité⁷³ et déplace le point focal de la criminalistique de l'analyse de l'intention vers celle de la dangerosité. Mesurée à cette aune, la préméditation perd de son importance :

Nous croyons que l'auteur de plusieurs meurtres non prémédités peut, en certains cas, être bien plus perversi et bien plus dangereux que l'auteur d'un seul meurtre avec préméditation⁷⁴.

Ses idées influencent Bernardino Alimena qui donne corps et cohérence aux diverses critiques dans sa publication, en 1887, d'une monographie consacrée à la préméditation⁷⁵. À la suite d'Alimena, Saleilles remet en cause la prétendue liberté dont témoignerait la préméditation⁷⁶. Désormais, pour la doctrine, elle n'est plus la marque d'une volonté froide et déterminée mais, pour reprendre les termes de Saleilles, « un signe ou d'obsession, ou de perversité innée, donc un signe de nocuité individuelle ». Quoiqu'il en soit des interrogations de la doctrine, la jurisprudence française reste toujours attachée à la démarche circonstancielle.

* *

*

⁷³ Raffaele GAROFALO « Studi recenti sulla penaltà », *Giornale napoletano di filosofia e lettere*, 1878.

⁷⁴ Raffaele GAROFALO, *La criminologie. Étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, 2^e éd. entièrement refondue, Paris, 1890.

⁷⁵ Bernardino ALIMENA, *La Premeditazione: in rapporto alla psicologia, al diritto, alla legislazione comparata con diagrammi*, (Nuove collezione di opere giuridiche vol. 44), Turin, 1887.

⁷⁶ R. SALEILLES, *op. cit.*, p. 66, critique la préméditation en observant qu'elle peut engendrer l'idée fixe qui affaiblit la volonté de l'agent : « La préméditation n'est pas un signe de liberté et de responsabilité morale, c'est le plus souvent un signe, u d'obsession ou de perversité innée, donc un signe de nocuité individuelle ».

Au terme de ce parcours, on aura remarqué que les discussions portent moins sur la définition de la préméditation⁷⁷ que sur son rôle dans les divers processus juridiques. Si la doctrine, comme le sens commun, fait souvent référence à l'intentionnalité, la jurisprudence est plus circonspecte et, lorsqu'elle en fait usage, c'est plus souvent par manière de dire que pour poser un véritable critère de responsabilité. En effet, pour le praticien, ce qui importe est moins ce qui est logiquement démontrable que ce qui est juridiquement prouvable. De là, la constance jamais démentie avec laquelle la jurisprudence met l'accent sur l'analyse des conditions objectives de réalisation du fait criminel, ainsi que l'avait déjà proposé Aristote. À l'inverse, la doctrine cherchant à conceptualiser l'objet de son étude, s'attache à en restituer l'étiologie, c'est pourquoi il lui faut remonter jusqu'à la cause première. Comme on le voit, cette opposition sémantique en recouvre en fait une autre, d'ordre fonctionnel, entre opérationnel et conceptuel.

⁷⁷ La Cour de cassation française considère le terme « préméditation » est suffisamment claire pour qu'il ne soit pas nécessaire de l'expliquer aux jurés d'assise : Cass. crim., 21 oct. 1998, *Bull. crim.*, 1998, n° 269.