



HAL
open science

Le seuil de la répression pénale du fait non intentionnel

Silvain Vernaz

► **To cite this version:**

Silvain Vernaz. Le seuil de la répression pénale du fait non intentionnel : Étude sur les atteintes à la personne en droit français à la lumière du droit suisse. Helbing Lichtenhahn, 2023. hal-04606116

HAL Id: hal-04606116

<https://hal.science/hal-04606116>

Submitted on 9 Jun 2024

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

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



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

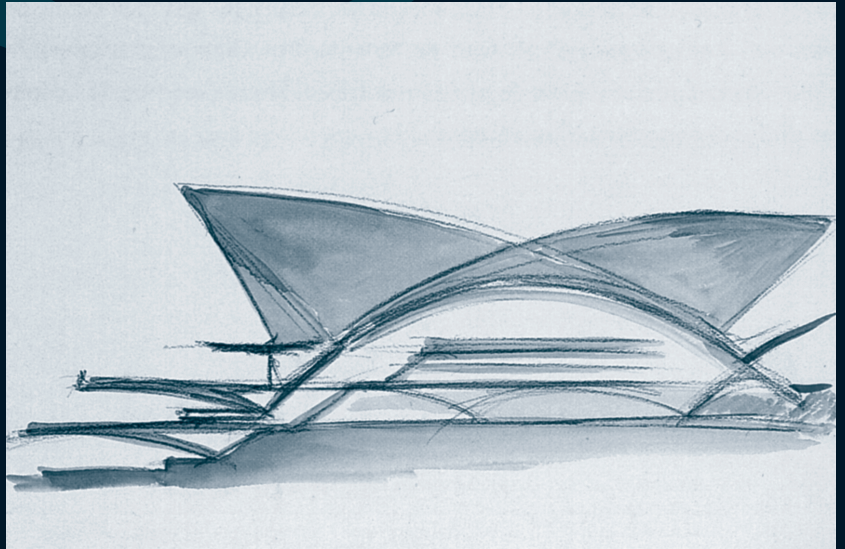
SILVAIN VERNAZ

Série II Volume 22

Le seuil de la répression pénale du fait non intentionnel

Étude sur les atteintes à la personne en droit français
à la lumière du droit suisse

COLLECTION LATINE



Helbing Lichtenhahn

Le seuil de la répression pénale du fait non intentionnel

Étude sur les atteintes à la personne en droit français
à la lumière du droit suisse

SILVAIN VERNAZ

COLLECTION LATINE

fondée par Marco Borghi et Nicolas Queloz, professeurs émérites
de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg

SILVAIN VERNAZ

COLLECTION LATINE
Série II/Volume 22

Le seuil de la répression pénale du fait non intentionnel

Étude sur les atteintes à la personne en droit français
à la lumière du droit suisse

Helbing Lichtenhahn

Pour cette thèse, rédigée en cotutelle sous la direction des professeurs Jocelyne Leblois-Happe, Sabine Gless et Bernhard Sträuli, l'auteur a reçu le titre de Docteur en droit des Universités de Bâle et de Strasbourg avec la mention *summa cum laude*. Le travail a en outre été récompensé par le prix de thèse des universités de l'Académie de Strasbourg 2022.

Publié avec le soutien du Fonds national suisse de la recherche scientifique.

DOI: https://doi.org/10.46455/Helbing_Lichtenhahn/978-3-7190-4643-9



Cette œuvre est mise à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution - Pas d'utilisation commerciale - Pas de modification 4.0 International.

ISBN 978-3-7190-4643-9 (édition imprimée)

2023, Helbing Lichtenhahn, Bâle

www.helbing.ch

Préface

Quel doit être le seuil de la répression ? A partir de quel stade un comportement non intentionnel dommageable à la personne d'autrui peut-il ou doit-il tomber sous le coup de la loi pénale ? C'est à cette difficile mais indispensable question que Silvain Vernaz a consacré sa thèse.

Celle-ci s'ouvre et se referme sur une fable, cette forme cyclique illustrant l'aboutissement de la réflexion – pour un temps du moins, car l'auteur a de belles années de recherche devant lui. L'étude utilise comme contrepoint le droit suisse, qui se situe au carrefour des droits allemand et français et « offre un terreau fertile »¹ par l'autonomie de sa conception (les atteintes à la personne ne sont pas punies en fonction de leur résultat mais en fonction de l'attitude de celui ou celle qui les a causées). La comparaison est féconde car Monsieur Vernaz a parfaitement compris l'exercice – qui comporte inévitablement une part d'improvisation et requiert une ouverture et une curiosité d'esprit particulières – et a conscience de l'empreinte de sa formation (française).

La première partie de l'étude met au jour l'incertitude relative du droit positif, qui ne circonscrit pas suffisamment le fait non intentionnel punissable pour que l'on puisse identifier le seuil de la répression, alors même que le développement des techniques a considérablement accru le risque d'atteintes aux personnes. La seconde partie souligne la nécessité de définir positivement ce qui est permis. Emerge alors un impératif : celui d'accepter (d'autoriser) un certain risque, inhérent à toute activité humaine, dès lors que plusieurs conditions sont réunies. Un équilibre doit être trouvé (par la jurisprudence) entre le besoin de punir de la société et l'utilité sociale des faits concernés. La notion d'accident – étymologiquement, ce « qui arrive de manière imprévue, en bien ou en mal »² – doit être réhabilitée.

¹ Introduction, n° 40.

² Dictionnaire de l'Académie française, V° Accident, <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9A0244> [consulté le 25 janv. 2023].

Aussi élégamment présentée qu'elle est rondement (et sûrement) menée, la démonstration impressionne. Silvain Vernaz maîtrise à l'évidence non seulement les notions et les modes de raisonnement du droit français mais aussi, dans son domaine de réflexion, ceux du droit suisse. L'effort linguistique et la gymnastique intellectuelle qui ont permis la comparaison des droits ont porté leurs fruits. La thèse nourrit la pensée sur le droit pénal et sur les limites qu'il importe, aujourd'hui peut-être encore plus qu'hier, de lui assigner. Elle constitue aussi, à notre connaissance, le seul travail doctoral en droit pénal à être accompagné de son pendant pictural, l'auteur ayant essayé de traduire en peinture l'essence de sa pensée.

La lecture de la thèse de Silvain Vernaz révèle l'appétit de savoir et de débattre d'un jeune juriste talentueux, travailleur et obstiné. Que cette «incroyable aventure»³ débouche sur la carrière universitaire qu'il mérite !

Jocelyne Leblois-Happe
Professeure à l'Université de Strasbourg

³ Remerciements, *in fine*.

Vorwort

A.

Die Arbeit zur «Strafbarkeitsschwelle der vorsatzlosen Tat» analysiert die aktuelle Fahrlässigkeitsdogmatik im französischen Recht mit Blick auf mögliche Ansätze zur Entkriminalisierung, die im Schweizer Recht bereits bestehen, wie etwa die Straffreistellung für sozialadäquate Risiken. Ziel ist eine Neubestimmung der Strafwürdigkeit vorsatzloser Taten auf der Grundlage eines Rechtsvergleichs. Mit diesem Anliegen bringt die Dissertationsschrift beiden analysierten Rechtsordnungen einen Wissensfortschritt über Voraussetzungen der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit und bewältigt ein Stück Grundlagenarbeit: nämlich eine rechtsdogmatische Strukturierung der strafbegründenden Pflichtverletzung und der davon abzugrenzenden Irrtumsproblematiken.

Der französisch-schweizerische Rechtsvergleich zur Fahrlässigkeitsstrafbarkeit könnte helfen, Rechtsfiguren, die im Schweizer Recht als Ansatz für Entkriminalisierung akzeptiert sind, auch im französischen Recht einzuführen. Das gilt insbesondere für die Rechtsfigur eines sozialadäquaten Risikos.

Die Arbeit ist vor folgendem Hintergrund zu betrachten: Kurz nach der kompletten Neufassung des französischen Code pénal (CP) im Jahr 1994 wurde die Strafbarkeit von vorsatzlosen Taten erneut durch zwei Reformen revidiert (im Jahr 1996 und 2000). Die Strafbarkeit von vorsatzlosen Taten bestimmt sich nach der seit dem Jahr 2000 geltenden Fassung des Art. 121-3 Abs. 4 CP (sog. Loi Fauchon) nach einer Regelung, die sowohl auf die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Taterfolg als auch auf die sog. «gesteigerte Fahrlässigkeit» Bezug nimmt, wobei letztere nicht näher gesetzlich definiert wurde. Im Kern ging es in allen Reformen um die Frage, ob resp. wann fahrlässiges Verhalten eine strafrechtliche Reaktion erfordert. Der rechtspolitische Kontext der Reformdiskussionen entstammt vor allem der strafrechtlichen Verfolgung von Entscheidungsträgern in der öffentlichen Verwaltung, wobei die durch die Reformen entstandenen Neuregelungen für alle gelten.

Die Erwägungen der Rechtsprechung zur Fahrlässigkeitsstrafbarkeit sind von aussen oft schwer nachvollziehbar, was zu Rechtsunsicherheit führt. Mit Blick darauf zielt die vorliegende Arbeit auf eine rechtsdogmatische Strukturierung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit. Durch die Übertragung rechtsdogmatischer Überlegungen aus dem Schweizer Strafrecht ins französische Recht wird eine neue Grundlage geschaffen hinsichtlich einer rechtlichen Wertung der Strafwürdigkeit von vorsatzlosem Verhalten, welches eine Person an Leib oder Leben schädigt. Neu soll der Massstab nicht nur durch die (normativ bestimmte) Kausalität und Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung bestimmt werden, sondern auch mithilfe der Anwendung von Rechtsfiguren, die positiv auf eine Entkriminalisierung von vorsatzlosen Taten gerichtet sind, etwa dem sozialadäquaten Risiko. Die in der Arbeit entwickelte kreative rechtsvergleichende Methode ermöglicht es, die unterschiedlichen Ansätze in der Fahrlässigkeitsdogmatik sowohl im Schweizer als auch im französischen Recht zu nutzen.

B.

Im **ersten Teil** erläutert der Autor allgemein die konzeptionellen Grundlagen einer Strafverfolgung vorsatzloser Taten in einer vom geltenden Recht abgelösten Skizze «strafwürdiger Fahrlässigkeit».

Im französischen Recht werden vorsatzlose Taten durch die Rechtsinstitute der «imprudence» und «négligence» erfasst. Ausgangspunkt ist, wie bereits eingangs erwähnt, die Reform des (1992 in der Reform angenommenen und 1994 in Kraft getretenen) Code pénal durch die Neufassungen vom 13. Mai 1996 und 10. Juli 2000. Ziel des Gesetzgebers war eine bessere gesetzliche Konturierung der strafbaren Fahrlässigkeit. Die Dissertation zeigt auf, dass die Reformen nicht das gewünschte Ergebnis gebracht haben, da auch nach der Reform in der Rechtspraxis klare Vorgaben für die Erfassung strafwürdiger Fahrlässigkeit fehlen und somit die Entkriminalisierung von vorsatzlosen Taten nicht gelungen ist. Daran schliesst die Reformforderung des Verfassers an, da das teilweise komplexe Richterrecht hinsichtlich der Strafbarkeit von vorsatzlosen Taten bei den Rechtsunterworfenen zu Rechtsunsicherheit führt.

Der Autor umschreibt und analysiert die Tatbestandsmerkmale einer Fahrlässigkeitstat und arbeitet dabei die Unterschiede zwischen dem französischen und Schweizer Recht heraus. Ein wesentlicher Unterschied der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit der beiden Rechtsordnungen liegt darin, dass das französische Recht die strafbare Unterlassung nicht konzeptionell erfasst und damit die Dogmatik zu Garantstellung und Garantspflicht nicht kennt. Aus Sicht des Schweizer Rechts ist bemerkenswert, dass sich das französische Gesetz letztlich auf zwei Tatbestandsmerkmale beschränkt, welche Art. 121-3 CP festhält: das strafbegründende Verhalten (comportement) und die dadurch ausgelöste Kausalität (causalité). Insofern ist im französischen Recht – anders als im Schweizer Recht – der eingetretene Taterfolg keine Frage der Schuld, sondern

nur der angemessenen Strafe, also der Strafzumessungsschuld. Vor diesem Hintergrund ist die Auseinandersetzung in der französischen Literatur zu verstehen, welche die Dissertationsschrift im 2. Titel aufarbeitet. Dabei geht es letztlich um die Frage, ob Art. 121-3 Abs. 4 CP extensiv oder restriktiv ausgelegt werden soll. Die Dissertation zeigt die ungeklärte Rechtslage auf, vor allem mit Blick darauf, dass die Reform die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit durch griffige, gesetzlich verankerte Kriterien beschränken wollte, dies jedoch gescheitert ist und die Rechtsprechung letztlich wieder zur Rechtslage vor der Reform geführt hat.

Die Dissertation arbeitet anschliessend die Notwendigkeit heraus, die Rechtssicherheit zu erhöhen und zeigt auf, dass es dafür heute kaum Lösungsansätze im französischen Recht gibt. Anschliessend sucht der Autor nach Lösungsansätzen in der schweizerischen Strafrechtsdogmatik. Dabei werden einerseits die Ansätze zur Unterscheidung von strafwürdigen und nicht strafwürdigen Verhalten aufgezeigt. Die Aussenperspektive der Dissertation ist für die Schweizer Rechtswissenschaft von Interesse, da sie Anstösse zur Weiterentwicklung des schweizerischen Rechts gibt, etwa im Hinblick auf die strafwürdige Sorgfaltspflichtverletzung nach Art. 12 Abs. 3 StGB. Dabei zeigt der Autor auf, dass die Ideengeschichte, die hinter der Unterscheidung von Unglück und Unrecht steht, für eine Konkretisierung der Kriterien der objektiven Zurechnung und des sozialadäquaten Risikos herangezogen werden können. Andererseits arbeitet die Dissertationsschrift in vorbildlicher Weise die Besonderheiten der Schweizer Dogmatik zum unechten Unterlassungsdelikt heraus. Die im schweizerischen Strafgesetzbuch in Art. 11 StGB festgehaltenen Voraussetzungen, nach welchen auch ein fahrlässiges Unterlassen – also das vorsatzlose «Nichtstun» – wie ein Tun bestraft werden kann, fehlen in der französischen Diskussion über die Strafwürdigkeit von pflichtwidrigem Untätigbleiben. Der Autor zeigt, wie das Fehlen von Kriterien zur Bestimmung einer Garantenstellung, die sich aus Art. 11 Abs. 2 StGB ergeben, in Frankreich zur Rechtsunsicherheit über die Strafbarkeit bestimmter Verhaltensweisen beitragen kann.

Der **zweite Teil** ist möglichen Lösungsvorschlägen gewidmet: Auf der Grundlage früherer Überlegungen im französischen Recht und der rechtsvergleichenden Analyse mit dem Schweizer Recht entwickelt der Autor einen originellen und kreativen Vorschlag, der die strafbare Fahrlässigkeit vom straflosen Versehen abgrenzt, indem er sich auf den «Irrtum» des Handelnden konzentriert. Besonders bemerkenswert ist hier die Zusammenführung des Anliegens einer praktischen Lösung mit einer dogmatischen Fundierung. Das Anliegen, die relevanten Rechtsinstitute für die fremde Rechtsordnung zu übersetzen, zeigt sich unter anderem in den Erläuterungen zur praktischen Bedeutung des Lösungsansatzes anhand von Fallgestaltungen aus dem Arzthaftungsrecht, wonach bei Operationsfehlern eine Bestrafung wegen fahrlässiger Körperverletzung oder allenfalls Tötung in Betracht kommt.

Aus Schweizer Sicht ist zu beachten, dass die vom Autor vorgeschlagene Irrtumslösung eine neue Irrtumskategorie eröffnet und nicht mit den tradierten Kategorien von Irrtumskonstellation, dem Rechts- oder auch dem Sachverhaltsirrtum übereinstimmt, sondern eher eine Art des «Vergreifens» erfassen will. Aus Sicht des Autors ist in den Fällen des «Vergreifens» eine Strafverfolgung nicht notwendig. Andere, auf den Irrtum folgende Konsequenzen erscheinen ausreichend, um den Vergreifenden für die «imprudence» zu büssen. Durch eine Einschränkung der Strafbarkeit der vorsatzlosen Tat wird auf eine Strafverfolgung von «erreurs» verzichtet, welche in einer Risikogesellschaft letztlich nie gänzlich vermieden werden können.

Der rechtsvergleichende Perspektivenwechsel eröffnet fast eine neue Denkschule für Frankreich und die Schweiz: Eine Theorie des strafunwürdigen Risikoverhaltens, das in der Schweiz unter dem Titel «sozialadäquates Risiko» und in Frankreich allenfalls in der Theorie des Irrtums diskutiert wird. Hier zeigt die Dissertationsschrift, wie ein Rechtsvergleich hilft, neue Lösungsansätze zu finden und in beiden Rechtsordnungen den Blick der Juristinnen und Juristen für gesamtgesellschaftliche Anliegen zu öffnen, etwa dem Anliegen der Risikogesellschaft, dass bestimmte Verhaltensweisen nicht verfolgt werden.

In einem abschliessenden, der Anwendung des Lösungsansatzes gewidmeten Titel, zeigt der Autor auf, wie Gerichte die geschilderten Probleme mit Hilfe des entwickelten Lösungsansatzes eines als «Vergreifen»/«Versehen» neu definierten sozialadäquaten Risikos nutzen können. Die Arbeit macht dabei deutlich, dass der neue Ansatz im Sinne eines alternativen neuen Weges keineswegs in Konkurrenz mit den im französischen Recht geltenden Lösungsansätzen tritt, sondern eine komplementäre Methode ist, die vor allem den Rechtsunterworfenen als Orientierung dienen soll: Sie sollen wissen, an welchen Kriterien sie sich orientieren können, um eine strafrechtliche Haftung wegen Fahrlässigkeit zu vermeiden, sei es durch rechtlich verankerte Vorgaben aus der Wissenschaft und Technik oder durch Massnahmen der Risikoverringerung, sodass lediglich ein strafloses Restrisiko verbleibt (gestion du risque diligente). Tritt trotzdem ein tatbestandlicher Erfolg ein, so ist dieser als Unglück und nicht Unrecht zu werten.

C.

Ein Grund die vorliegende Arbeit zu lesen, ist sicher der ausgezeichnete Rechtsvergleich zur Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, der eindrücklich zeigt, dass (1.) das französische Recht bei der strafrechtlichen Beurteilung von vorsatzlosen Taten die Rechtswirklichkeit einer Risikogesellschaft kaum adäquat erfassen kann; (2.) das Schweizer Recht als Ideenquelle dienen kann für neue Ansätze, die einer modernen Gesellschaft angemessen versuchen, straflose Verhaltensweisen zu erfassen, die gesellschaftlich insgesamt als erlaubtes Risiko akzeptiert sind.

Der wahre Wert der Arbeit liegt jedoch in der Kreativität des Autors, der das Schweizer Recht für Lösungsansätze im französischen Recht fruchtbar macht und dabei die rechtsdogmatischen Grundlagen über die beiden Rechtsordnungen hinaus weiterbringt. Die Arbeit lebt vom rechtspolitischen Anliegen der Dissertationsschrift, einen lebendigen Rechtsvergleich für eine Entkriminalisierung bestimmter vorsatzloser Taten zu nutzen. Das wird der Rechtspraxis und der Rechtslehre in beiden Ländern helfen, weil man nach der Lektüre der Doktorarbeit anders über eine adäquate strafrechtliche Beurteilung von Fahrlässigkeit nachdenkt: nicht nur entlang der repressiven Linien einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, sondern auch entlang der positiven Linien einer Entkriminalisierung vorsatzloser Taten. Wichtigste Leitlinie für rechtspolitische Diskussionen dürfte die Rechtsfigur des sozialadäquaten Risikos sein. Die vorliegende Arbeit zeigt einmal mehr, dass Rechtsvergleiche das Denken über Rechtsgrundlagen in gemeinsamen Schritten weiterbringen kann.

Sabine Gless

Professorin an der Universität Basel

und

Bernhard Sträuli

Professor an der Universität Genf

Remerciements

Au terme de la belle et longue aventure qu'a été l'écriture de cette thèse, je ne saurais l'achever sans adresser mes sincères remerciements aux nombreuses personnes qui, par leur aide et leur soutien, ont rendu possible la réalisation de cet ouvrage.

Mes premiers mots, tout naturellement, vont à mes chers directeurs de thèse qui ont accepté de superviser ce projet un peu fou, admettons-le, qu'est le travail de recherche en cotutelle. Qu'ils soient chaleureusement remerciés pour leur bienveillance à mon égard et pour la confiance qu'ils m'ont accordée tout au long de ce travail. En particulier, je tiens à exprimer toute ma gratitude à la Professeure JOCELYNE LEBLOIS-HAPPE qui m'a donné ma chance et qui m'a soutenu durant l'ensemble de ce processus. Je la remercie pour la grande liberté qu'elle m'a laissée dans le développement de mes idées, pour ses conseils avisés, surtout dans les temps de doutes, ainsi que pour ses précieuses relectures et ses encouragements. Je remercie la Professeure SABINE GLESS qui m'a merveilleusement introduit au monde universitaire bâlois. Je lui suis spécialement reconnaissant de m'avoir initié aux travaux sur le risque autorisé – ô combien intéressants! – et de m'avoir apporté son aide pour la finalisation du résumé en langue allemande qui clôt désormais cet ouvrage. Je tiens aussi à exprimer toute ma reconnaissance au Professeur BERNHARD STRÄULI qui a aimablement accepté de rejoindre cette codirection. Sa grande disponibilité a été un précieux soutien et nos longues conversations téléphoniques sur les points obscurs du droit suisse restent, assurément, parmi les bons souvenirs de ce travail de thèse.

Je tiens à remercier la Professeure JULIETTE LELIEUR, Doyenne de la Faculté internationale de droit comparé (FIDC), et le Professeur MARC MIGNOT, Directeur du Centre de droit privé fondamental (CDPF), pour les précieux conseils qu'ils m'ont donnés pour améliorer certains aspects de cet ouvrage avant sa publication.

Je souhaite exprimer ma gratitude à la Docteure NADINE ZURKINDEN pour les échanges stimulants que nous avons eus ensemble, à Bâle ou ailleurs, sur les différences entre le droit helvète et le droit français. Merci à elle pour les nombreux documents envoyés lorsque je ne pouvais y accéder depuis la France.

Ma reconnaissance particulière va à JUDITH qui, avec bienveillance, m'a proposé de relire attentivement les pages de ce travail. Merci pour toutes les coquilles corrigées et pour tes encouragements perpétuels.

Je suis reconnaissant à SAMUEL des heures passées pour m'aider à résoudre les difficultés informatiques rencontrées lors de la construction de cet ouvrage: on en sera venu à bout, et pour le meilleur!

Cette thèse n'aurait pas été menée dans les mêmes conditions sans mes coreligionnaires de thèse, que je tiens également à remercier ici. A PIERRE et SOPHIE, merci pour votre authenticité et votre présence de chaque instant.

A titre plus personnel, je souhaite exprimer ma profonde gratitude à MES PARENTS qui m'ont soutenu bien avant le début de mes études, lorsque la dyslexie me posait encore des difficultés. Merci d'avoir cru en moi, merci pour les heures passées à m'apprendre à lire et à écrire correctement, merci pour votre persévérance et pour votre amour inconditionnel. Que ce travail puisse vous faire honneur aujourd'hui. Merci également d'avoir continué à me soutenir fidèlement tout au long de mes études, malgré la distance géographique, tant sur le plan financier, moral que spirituel. Votre soutien de parents m'a été des plus précieux, en particulier durant cette dernière année de thèse.

Je tiens également à exprimer ma sincère reconnaissance à HÉNOC, ce cher ami qui s'est montré un frère dans les moments difficiles. Sa fidèle amitié m'a porté au fil de ces années de thèse. Merci de l'intérêt dont tu as toujours fait preuve pour mon travail académique ainsi que pour le potentiel que tu as su déceler chez moi, bien au-delà de ce qui était visible.

Il ne m'est malheureusement pas possible d'effectuer des remerciements exhaustifs dans ces quelques lignes. Aussi, pour conclure, je souhaite encore adresser un remerciement général à ma famille et mes amis, que ce travail a bien souvent privé de ma présence, surtout dans les derniers temps. Merci à chacun de vous qui, par un petit mot d'encouragement, une discussion, un service rendu ou une pensée, m'avez porté génialement jusqu'au terme de cette incroyable aventure. A vous tous qui, à n'en pas douter, saurez vous reconnaître ici, merci infiniment.

Chapitre 2 L'acceptation implicite d'un risque dans la théorie de l'erreur irréductible en droit français	301
Titre 2 La rencontre des théories: l'apport de la théorie du risque autorisé pour la détermination de l'erreur irréductible	357
Chapitre 1 La détermination effective du risque autorisé	360
Chapitre 2 La détermination renouvelée de l'erreur irréductible	415
Conclusion de la seconde partie	481
Conclusion générale	483
Annexes, bibliographie, tables et index	491

Table des matières

Préface	V
Vorwort	VII
Remerciements	XIII
Sommaire	XV
Introduction	3
I L'objectif de l'étude: la fixation d'un seuil	5
A Le fait non intentionnel et le droit pénal	6
B La recherche du seuil de la répression	9
C Les enseignements de l'Histoire	12
D L'apparition des difficultés contemporaines en droit français	20
II La démarche comparative avec le droit suisse	27
A Le choix du droit suisse	28
1 Les spécificités du droit suisse en général	28
2 Les spécificités du droit suisse en matière non intentionnelle	30
B L'intérêt de la comparaison juridique franco-suisse	33
C La méthodologie de la comparaison	36
D Les difficultés de la comparaison	42
III La présentation de la thèse	46
Première partie L'insuffisante circonscription du fait non intentionnel punissable pour la fixation du seuil de la répression	49
Titre 1 Les difficultés d'appréhension du fait non intentionnel punissable	53
Chapitre 1 L'appréhension générale du fait non intentionnel punissable	55
Section 1 L'identification du fait non intentionnel punissable	55
I La place de la non-intention dans la structure de l'infraction	55
A La négligence dans la structure de l'infraction en droit suisse	56
1 La structure tripartite de l'infraction en droit suisse	56
2 Les variations de la place de la négligence dans les théories de l'action	60

B	L'imprudence dans la structure de l'infraction en droit français	67
1	La structure binaire de l'infraction en droit français	67
2	La place originale de l'imprudence dans cette structure	72
II	Le degré de la non-intention	75
A	La conception similaire de la psychologie non intentionnelle	75
1	La distinction entre intention et non-intention	75
2	La forme consciente ou inconsciente	78
B	La conception différenciée du dol éventuel	81
1	La nature intentionnelle du dol éventuel en droit suisse	82
2	Les hésitations sur la portée du dol éventuel en droit français	84
Section 2	L'incrimination du fait non intentionnel	88
I	Une incrimination par renvoi	90
II	Une incrimination ouverte	93
A	La précision de la norme	93
B	L'interprétation de la norme	95
Chapitre 2	L'appréhension spécifique de l'omission non intentionnelle punissable	103
Section 1	L'omission improprement dite en droit suisse	104
I	Le champ de l'omission improprement dite	106
II	La condition préalable d'une obligation d'agir	109
A	Les sources de l'obligation d'agir	110
1	Les sources formelles	111
2	Les sources situationnelles	115
B	La particularité de l'obligation d'agir	121
1	La définition de la particularité	121
2	Les formes d'obligation particulière	122
Section 2	L'admission tacite de la répression de l'omission en droit français	126
I	L'admission restreinte de la répression de l'omission	126
A	Le rejet de principe d'une équivalence entre commission et omission	127
B	L'admission d'une équivalence entre commission et omission en matière non intentionnelle	129
II	Le fondement tacite d'une obligation d'agir	131
A	Les sources formelles	132
B	Les sources situationnelles	136
Titre 2	Le caractère extensif des variables du fait non intentionnel punissable	143
Chapitre 1	Le comportement	145
Section 1	La définition du comportement non intentionnel	145

I	La notion d'imprévoyance en droit suisse	145
II	La notion de faute d'imprudence en droit français	150
A	La faute simple	153
B	La faute qualifiée	155
1	La faute délibérée	156
2	La faute caractérisée	161
a	La définition de la faute caractérisée	163
b	La vocation supplétive de la faute caractérisée	168
Section 2	L'appréciation du comportement non intentionnel	173
I	L'appréciation de l'imprévoyance en droit suisse	173
II	L'appréciation de la faute d'imprudence en droit français	180
A	La méthode d'appréciation	180
B	L'autonomie de l'appréciation de la faute pénale par rapport à la faute civile	185
Chapitre 2	Le lien de causalité	196
Section 1	La causalité en droit suisse	196
I	La causalité en matière de commission	197
A	La causalité naturelle	197
B	La causalité adéquate	201
II	La causalité en matière d'omission	204
Section 2	La causalité en droit français	207
I	La causalité indirecte	210
A	La définition de la causalité indirecte	210
B	Le support d'une dépenalisation sélective	218
1	La limitation de la responsabilité des personnes physiques	218
2	Le maintien de la responsabilité des personnes morales	223
II	La causalité directe	228
A	La définition de la causalité directe	228
1	L'insuffisance des textes	229
2	Les précisions de la jurisprudence	230
B	La faiblesse de la dépenalisation	234
Conclusion de la première partie	243

Seconde partie	La nécessaire prise en compte du fait non intentionnel admissible pour la fixation du seuil de la répression	251
Titre 1	Les théories établissant le fait non intentionnel admissible : l'acceptation d'un certain risque	255
Chapitre 1	L'acceptation explicite d'un risque dans la théorie du risque autorisé en droit suisse	257
Section 1	La présentation du risque autorisé	257
I	La notion de risque autorisé	257
A	La nécessaire prise en compte du risque en droit pénal	257
B	La définition du risque autorisé	264
1	Les difficultés de la définition	264
2	Les éléments de la définition	266
II	Les fondements du risque autorisé	270
A	L'adéquation sociale	271
B	L'autolimitation du droit pénal	274
Section 2	La place du risque autorisé dans la structure de l'infraction	278
I	Le risque autorisé comme cause d'exclusion de la punissabilité	278
A	Le risque autorisé comme fait justificatif	279
1	Les faits justificatifs légaux	280
2	Les faits justificatifs extra-légaux	282
B	Le risque autorisé comme cause de non-imputabilité	286
1	La culpabilité (<i>Schuld</i>)	286
2	La «responsabilité pour l'acte»	289
II	Le risque autorisé comme cause d'exclusion de la typicité	292
A	L'assimilation du risque autorisé au devoir de diligence	293
B	Le risque autorisé comme une notion plus large que le devoir de diligence	296
Chapitre 2	L'acceptation implicite d'un risque dans la théorie de l'erreur irréductible en droit français	301
Section 1	La présentation de l'erreur irréductible	301
I	La notion d'erreur irréductible	301
A	La nécessaire prise en compte de l'erreur en droit pénal	302
B	La définition de l'erreur irréductible	306
1	Les définitions doctrinales	306
a	L'apparition de la notion chez Hannequart	306
b	L'approfondissement de la notion chez Penneau	309
c	Le réexamen de la notion chez Grapin	314
2	La synthèse de ces définitions	316
II	Les fondements de l'erreur irréductible	319
A	L'absence de culpabilité véritable	321
B	L'adéquation de la répression avec la réaction du groupe social	323

Section 2	La place de l'erreur irréductible dans la structure de l'infraction	326
I	La distinction entre l'erreur irréductible et les causes de non-imputabilité	326
A	L'erreur irréductible et le trouble psychique ou neuropsychique	327
1	La définition du trouble psychique ou neuropsychique	327
2	La distinction avec l'erreur irréductible	328
B	L'erreur irréductible et la contrainte	329
1	La définition de la contrainte	329
2	La distinction avec l'erreur irréductible	333
II	Le rapport entre erreur irréductible et faute pénale en droit positif	336
A	La confirmation de la théorie de l'erreur irréductible par la loi du 13 mai 1996	336
1	La consécration des diligences normales	336
2	La portée de la consécration	341
B	La persistance de la théorie l'erreur irréductible après la loi du 10 juillet 2000	343
1	La neutralisation partielle de la responsabilité	343
2	Le maintien de la référence aux diligences normales	345
Titre 2	La rencontre des théories: l'apport de la théorie du risque autorisé pour la détermination de l'erreur irréductible	357
Chapitre 1	La détermination effective du risque autorisé	360
Section 1	La détermination normative du risque autorisé	361
I	L'autorisation de la sphère d'activité à risque	361
A	Les sphères d'activité ne nécessitant aucune autorisation	361
B	Les sphères d'activité nécessitant une autorisation	363
1	Les autorisations administratives	364
2	La portée de l'autorisation	367
II	Le respect des règles de conduite	370
A	Les domaines réglementés par l'État	371
1	Les règles étatiques	371
2	La réception de ces règles	373
B	Les domaines non réglementés par l'État	377
1	Les règles non étatiques	377
2	La réception de ces règles	380
Section 2	La détermination judiciaire du risque autorisé	385
I	La diminution du risque général	385
A	La généralité du risque	386
1	Le recours au principe de confiance	386
2	L'exclusion du risque spécial	391
B	La diminution du risque	400

II La valeur du risque général	404
A L'utilité de l'action	405
B L'analyse du rapport «bénéfice-risque»	407
1 La présentation du rapport «bénéfice-risque»	407
2 L'application du rapport «bénéfice-risque»	409
a L'application dans le cas général	409
b L'application dans les cas à risques multiples	410
Chapitre 2 La détermination renouvelée de l'erreur irréductible	415
Section 1 La gestion du risque dans le respect des normes	417
I Les normes présentant une valeur légale ou réglementaire	418
A Les normes concernées	421
1 La loi et le règlement	421
2 Les normes assimilées	426
a Les règles relatives aux autorisations administratives	426
b Les règles relatives aux autorisations administratives	430
B La portée de ces normes	433
1 Le caractère en principe fautif de la violation	433
a Le principe	434
b Les limites	436
2 L'indice d'une erreur en cas de respect de ces normes	439
II Les règles de l'art	442
A La notion de règle de l'art	443
B La portée des règles de l'art	447
1 Le caractère en principe fautif de la violation	447
a Le principe	447
b Les limites	450
2 L'indice d'une erreur en cas de respect de ces normes	452
Section 2 La gestion raisonnable du risque	454
I La diminution du risque général	456
A La généralité du risque	457
1 Le recours au principe de confiance	457
2 L'exclusion du risque spécial	460
B La diminution de ce risque	462
1 Les moyens de la diminution	463
a Le moment de l'appréciation: le biais rétrospectif	464
b La durée de l'appréciation: le laps de temps	467
2 Le risque résiduel	469
II La valeur du risque général	470
A L'utilité de l'action	471
B L'analyse du rapport bénéfice-risque	473

Conclusion de la seconde partie	481
Conclusion générale	483
Annexes, bibliographie, tables et index	491



Silvain VERNAZ, *Le seuil de la répression*

« Si le risque est le mal, il est aussi la gloire de l'homme. La vie est un risque et les plus grandes œuvres humaines sont en général inséparables de l'affrontement du danger ».

Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, Vaillant-Carmanne, 1959, p. 51.

Introduction

1. Fable des animaux de la forêt et de la machine à feu*

Les animaux étaient hors d’eux : même la chouette ne se souvenait pas que quelque chose de semblable se soit déjà produit dans la forêt. Et c’était quelque chose, car la chouette avait déjà bien vécu alors que les nains se trouvaient encore dans la région. Pourtant des nains, il n’y en avait plus depuis longtemps.

Les animaux s’étaient réunis pour juger le coupable¹ : «J’exige, clama le blaireau, la peine la plus sévère possible». «Tout à fait ! ajouta une jeune rainette d’un air un peu impertinent. Jetons-le sur une fourmilière et bannissons-le de la forêt!». «Pas question, protesta une renarde révoltée, il doit être mordu à mort!». Les autres animaux tombèrent d’accord : «Mordu à mort ! Mordu à mort !» se mirent-ils à scander. Alors, la chouette leva lentement les ailes, comme elle le faisait toujours lorsqu’elle voulait dire quelque chose sans avoir à crier. Les animaux ne se turent pas en un clin d’œil, néanmoins très vite le silence se fit. Seule la taupe continua à s’agiter, car elle n’y voyait pas grand-chose. «Vous avez raison, dit la chouette, ce qui s’est passé est terrible et je comprends que vous vouliez punir le coupable. Mais ne vaudrait-il pas mieux que nous nous entretenions d’abord de la question de savoir qui est le coupable?».

Après un court silence, le blaireau prit la parole : «Mais c’est clair comme de l’eau de roche : il s’agit du mulot. C’est bien lui qui a déclenché l’incendie, anéantissant la moitié de la forêt. Beaucoup ont perdu leur maison et leur nourriture, certains ont même perdu la vie». Surveillé par deux rats pas très engageants, le mulot tremblait de la tête aux pieds et piaulait à peine distinctement : «Je n’y peux rien. L’écureuil m’a donné cette machine à feu. J’ai simplement appuyé une fois sur le bouton et je ne pouvais déjà plus éteindre le feu». «Là, le mulot n’a pas tort» soutint le coucou. «J’ai vu ce

* Traduction de la fable de S. MAEDER et C. RIEDO, dans «Die Benutzung automatisierter Motorfahrzeuge aus strafrechtlicher Sicht», *Strassenverkehrsrechts-Tagung*, dirigé par T. PROBST et F. WERRO, Stämpfli, 2016, p. 86 et 87.

¹ Dans cette fable, le terme «coupable» est employé au sens large. Il désigne la personne tenue pour responsable de l’infraction. Pour des précisions sur ce terme, voir n° 57, 74 et s. et 87.

qu'il s'est passé: le mulot était très prudent, mais cette affaire a vraiment craché le feu». «Appuyer, c'est appuyer, rétorqua le blaireau déterminé, et mettre le feu, c'est mettre le feu».

La chouette reprit la parole: «Oui, oui, mettre le feu, c'est mettre le feu. Mais c'est bien le coupable que nous voulons punir – et après tout, peut-être que le mulot n'y pouvait vraiment rien». «Dans ce cas, arrêtez l'écureuil, finalement, c'est lui qui a donné cette machine à feu au mulot» dit à son tour le castor, qui n'avait jamais pu supporter l'écureuil. «C'est du délire, on doit quand même pouvoir offrir quelque chose à un mulot sans être puni pour cela» s'énerma l'écureuil à qui la moutarde montait au museau. «Dans ce cas, saisissez-vous de cette machine» proposa le hérisson timidement mais personne ne rit.

Alors, la vieille chouette, fatiguée, ferma les yeux. «En somme, dit-elle pour conclure, c'est assez simple. Le mulot ne peut être coupable car il n'aurait pas pu être plus prudent. L'écureuil ne peut pas non plus être coupable car il ne savait pas ce qu'il offrirait au mulot. Et cette machine ne le peut davantage, car les objets ne peuvent pas être coupables. Nous ne pouvons ainsi punir personne. C'était un accident, un très tragique accident».

Ces mots donnèrent une tournure inattendue à l'histoire. Après un court silence, les animaux se mirent à chuchoter et à murmurer puis finirent par exprimer tout haut leur indignation. Il devait y avoir un coupable. Tous furent ainsi jetés hors du bois: le mulot, l'écureuil, la machine à feu, et la chouette avec eux.

2. Sensibilité de l'opinion publique

La fin de cette histoire nous paraît-elle si surprenante? Ne reconnaissons-nous pas ici une réaction très humaine qui conduit notre société à faire de plus en plus pression «pour que la responsabilité soit individualisée et que le nom d'un coupable soit donné à chaque accident?»². Il existe indéniablement une tendance dans l'opinion publique à vouloir toujours trouver un responsable sur le plan pénal³ lorsqu'un fait non intentionnel cause un dommage à autrui⁴.

² T. FISCHER, «Zufall und Strafe», *Die Zeit*, juin 2015: «[Selbstverständlich gibt es stets einen großen Druck der Gesellschaft], Verantwortlichkeit zu individualisieren und jedem Unglück den Namen eines Schuldigen zu geben». Cet article est également cité in S. MAEDER et C. RIEDO, «Die Benutzung automatisierter Motorfahrzeuge aus strafrechtlicher Sicht», op. cit., p. 87.

³ La responsabilité pénale peut se définir comme «l'obligation de répondre de ses actes délictueux et de subir la sanction qui leur est attachée par la loi». Voir M. ABDEL-RAZEK, *L'élément moral de l'infraction en droit comparé*, 1992, thèse, Paris II, p. 11.

⁴ A. ZOUHAL, *Le risque en droit pénal*, Lextenso, L.G.D.J, tome 71, 2021, p. 67 et s.

Dans nos sociétés contemporaines, on constate un accroissement de l'intolérance au danger et au hasard⁵. D'aucuns souhaiteraient la garantie d' «une vie exempte d'aléa», où toute «[référence] à la fatalité ou à la providence» serait bannie⁶. L'opinion refuse que certains accidents soient expliqués en termes «d'imprévisibilité ou de risques inhérents à toute activité humaine»⁷: il faut qu'un responsable soit puni. Pourtant, l'être humain ne peut être au contrôle de toute chose.

Cette volonté de trouver un coupable s'explique par l'émotion que suscite la survenue d'un accident qui cause des morts et des blessés. Le grand public est beaucoup plus sensible à l'ampleur du résultat dommageable, qui peut être spectaculaire, qu'à la réalité du comportement qui en est à l'origine⁸. Toutefois, il s'agit «trop souvent d'une réaction primaire, dictée par l'horreur du sang ou le souci de vengeance, plutôt que par un souci de parvenir à une solution juste et efficace»⁹. Ces considérations, même si elles sont parfois prises en compte, ne sauraient guider et orienter la répression pénale en cette matière.

3. Présentation introductive

Ce constat interroge sur la façon dont le droit pénal doit s'emparer du fait non intentionnel et plus particulièrement sur le moment à partir duquel il doit intervenir pour réprimer ces faits. Il convient tout d'abord de présenter l'objectif de cette étude, qui est la fixation d'un seuil de la répression en matière non intentionnelle (I), puis d'expliquer la démarche comparative avec le droit suisse, laquelle servira ici d'outil à la réflexion (II), et enfin de présenter la thèse qui sera défendue dans cet ouvrage, c'est-à-dire son objet et sa méthode (III).

I L'objectif de l'étude : la fixation d'un seuil

4. Objectif de l'étude

Le fait non intentionnel, qui n'est pas une notion juridique, doit être défini et présenté dans ses rapports avec le droit pénal (A). Cette présentation soulèvera la question du seuil de la répression, c'est-à-dire du fait de savoir à partir de quand un fait non intentionnel doit tomber sous le coup de la loi pénale (B). Ce seuil de la répression sera

⁵ J. GRAVEN, «Les délits de négligence en droit pénal suisse», XII^e congrès de l'association internationale de droit pénal, *Les infractions commises par imprudence : prévention et traitement des délinquants*, Revue internationale de droit pénal, vol. 50, 1979, p. 345.

⁶ *Ibid.*

⁷ P. FAUCHON, Rapport n° 177, sur la proposition de loi tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, fait au nom de la commission des lois, Sénat, déposé le 20 janvier 2000.

⁸ C. ROKOFYLLOS, *Le concept de lésion et la répression de la délinquance par imprudence*, essai de critique, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1967, p. 26, n° 27.

⁹ H. VERHAEGEN, «Chronique des journées franco-belgo-luxembourgeoises de Science pénale», *Revue de Droit pénal et de criminologie*, 1958-59, p. 787.

d'abord présenté dans une perspective historique de manière à montrer que, depuis les sociétés archaïques, le fait non intentionnel a toujours été saisi d'une manière particulière par le droit, en faisant une place plus ou moins grande à l'accident et à la fatalité. Certaines lignes de partage qui ont été effectuées par les systèmes juridiques antérieurs entre le fait non intentionnel admissible et celui qui doit être réprimé peuvent encore susciter l'intérêt des juristes contemporains (C). Le seuil de la répression sera ensuite considéré postérieurement à la Révolution française. Ces éléments permettront de mettre en exergue les difficultés contemporaines qui sont apparues et qui subsistent, même après plusieurs réformes, pour fixer le seuil de la répression pénale du fait non intentionnel de manière satisfaisante en droit français (D).

A Le fait non intentionnel et le droit pénal

5. Notion de fait non intentionnel

Le fait non intentionnel n'est pas une notion consacrée par le droit pénal à laquelle serait attribué un régime particulier bien défini. L'expression décrit au contraire un ensemble d'hypothèses que le droit pénal peut, ou non, être amené à appréhender. Il convient donc d'en préciser le sens.

Le terme «fait», issu du latin *factum*, désigne «ce qui est arrivé, ce qui s'est produit dans des circonstances déterminées»¹⁰. Dans la mesure où il n'est possible de prêter d'intention qu'à un être humain, s'interroger sur le fait non intentionnel revient nécessairement à s'interroger sur un fait de l'homme. L'expression renvoie donc au comportement matériel d'une personne qui peut être aussi bien une action qu'une abstention.

Le fait considéré est en outre «non intentionnel», ce qui écarte nécessairement la délinquance intentionnelle du champ de l'analyse. Il est dès lors d'ores et déjà possible de considérer que le fait est accompli de manière non intentionnelle lorsque la personne a agi sans vouloir commettre d'infraction¹¹.

6. Infractions d'atteintes non intentionnelles à la personne

La vie quotidienne est émaillée de faits non intentionnels de l'homme qui ne soulèvent aucune difficulté particulière. Ils correspondent à des gestes ou activités du quotidien, qui, fort heureusement, ne tombent le plus souvent pas sous le coup de la loi pénale. Certains faits peuvent cependant engendrer une atteinte aux personnes ou aux biens ou caractériser une mise en danger d'autrui. Le législateur réprime ces atteintes lorsqu'elles ont été causées par un fait non intentionnel qui caractérise une impru-

¹⁰ Dictionnaire de l'Académie française, 9^e édition, entrée «fait».

¹¹ Pour une définition développée de la non-intention, voir 1^{re} partie, titre 1, chapitre 1, section 1, II, A: La conception similaire de la psychologie non intentionnelle, n° 92 et s.

dence ou une négligence, c'est-à-dire un « défaut de prévoyance ou [une] absence de précaution »¹².

7. Champ de l'étude

Les faits non intentionnels sont donc appréhendés en droit pénal à l'aune des infractions d'imprudence ou de négligence. Pour étudier la substance de ces infractions non intentionnelles, il aurait été possible de choisir de mener l'étude uniquement en droit pénal général mais l'analyse aurait alors manqué d'approche concrète et d'incarnation. Il aurait également été possible de s'intéresser uniquement au droit pénal spécial mais l'étude aurait conduit à effectuer un recensement des incriminations fondées sur l'imprudence lequel, inutile et fastidieux, n'aurait pas permis de prendre le recul nécessaire pour appréhender le phénomène de la non-intention dans sa globalité. En conséquence, les deux approches doivent être combinées en s'intéressant aux textes d'incrimination qui constituent, en quelque sorte, le « droit commun »¹³ de l'imprudence afin d'en saisir l'essence et les contours. Outre les dispositions générales qui s'appliquent à toute imprudence, l'étude est circonscrite aux seules infractions d'atteinte à la personne, à savoir l'homicide et les blessures non intentionnels. Ce choix se justifie doublement. D'une part, ce sont les textes qui incriminent les résultats les plus graves et, par conséquent, qui prévoient les peines les plus lourdes¹⁴. Les enjeux relatifs au choix de réprimer ou non la non-intention sont donc poussés à leur paroxysme en ce qui concerne ces infractions. D'autre part, ces infractions sont à la source de la majeure partie du contentieux en matière non intentionnelle. Elles nous permettront ainsi de nous appuyer sur une jurisprudence et une doctrine abondantes.

8. Mise en doute de la légitimité de ces infractions

Le choix même de réprimer ou non les atteintes qui ont été causées par un fait non intentionnel a fait l'objet d'hésitations chez les auteurs contemporains¹⁵. Certains auteurs¹⁶ ont mis en doute la légitimité des infractions non intentionnelles, au point de « proposer leur suppression pure et simple »¹⁷. La punissabilité de l'imprudence semble en effet « [heurter] la notion même de délinquance »¹⁸ telle qu'elle est classique-

¹² F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, op. cit., p. 107.

¹³ H. BRUNHES, *L'imprudence devant la loi pénale*, Dijon, thèse, 1932, p. 29.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I – die Straftat*, Stämpfli, 4^e édition, 2011, p. 489.

¹⁶ Voir par ex. G. TARDE, *Études de psychologie sociale*, 1898, p. 317 et F. GRAMATICA, *L'irrazionalità della colpa nel diritto penale*, 1929.

¹⁷ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^e édition, 2009, p. 451.

¹⁸ P. FAUCHON, Rapport n° 32, sur la proposition de loi relative à la responsabilité pénale des élus locaux pour des faits d'imprudence ou de négligence commis dans l'exercice des fonctions, fait au nom de la commission des lois, Sénat, déposé 18 octobre 1995.

ment envisagée, en appréhendant des comportements qui «ne s’inscrivent pas dans une démarche intentionnelle»¹⁹. Il s’agit là de l’une des plus vives critiques adressées aux infractions d’imprudence. La répression de l’imprudence serait «contraire à l’orthodoxie pénale, car inconciliable avec les principes de la responsabilité morale»²⁰: celui qui agit par imprudence ne révélerait «aucune nocivité subjective»²¹ et ne serait par conséquent «qu’un pseudo-délinquant [ne méritant] pas d’être justiciable de la justice criminelle»²².

9. Affirmation de la légitimité de ces infractions

D’autres auteurs, désormais largement majoritaires²³, reconnaissent la légitimité des infractions d’imprudence et s’attachent à identifier les raisons qui fondent ces incriminations en droit positif. Ils considèrent, au contraire, que les imprudences «engagent à leur manière une dimension morale qui ne saurait être niée»²⁴.

Selon cette doctrine, la personne qui se montre imprudente ne respecte pas une forme de discipline sociale²⁵. Comme l’explique FAUCONNET, ce qui est reproché à l’imprudent, c’est de ne pas s’être «trouvé dans un certain état de tension morale que les circonstances commandaient»²⁶: «un fidèle pieux n’approchera pas d’un temple, le catholique n’entendra pas sonner l’Angélus ou ne verra pas passer le crucifix, sans interrompre un instant sa vie profane pour prendre une attitude rituelle. De même, l’homme moralement bien constitué sent s’éveiller ses scrupules, sa prudence, dès qu’il rencontre sur son chemin un être investi de droits, un objet de devoirs»²⁷. Au contraire, l’homme imprudent relâche son attention en dépit du «devoir élémentaire de sociabilité, [qui] lui [impose] de rester sur ses gardes et de veiller au respect d’un certain nombre de règles élémentaires»²⁸.

¹⁹ Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, Dalloz, 2003, p. 1.

²⁰ F. SOBO, *L’article 121-3 du Code pénal*, *op. cit.*, p. 107. F. SOBO cite ici les auteurs positivistes qui utilisent justement l’hypothèse de l’imprudence pour réfuter la doctrine du libre-arbitre et proposer celle du déterminisme à sa place.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

²³ E. LEMOINE, *La répression de l’indifférence sociale en droit pénal français*, L’Harmattan, 2002, p. 18.

²⁴ Y. MAYAUD, «Violences involontaires : théorie générale», *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2005, n° 3.

²⁵ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 453.

²⁶ P. FAUCONNET, *La responsabilité. Etude de sociologie*, Félix Alcan, 2^e édition, 1928, p. 371.

²⁷ *Ibid.*, p. 372.

²⁸ E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 6^e édition, 2021, p. 727. Pour des auteurs plus anciens qui fondent également la répression de l’imprudence sur l’idée de défaillance à un devoir, voir G. A. KLEINSCHROD, *Neues Archiv des Criminalrechts*, VI, 1817, p. 45 et J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, tome 1, 4^e édition, 1875, n° 382 et 383.

Cette indiscipline témoigne d'une indifférence à certaines valeurs sociales²⁹. Alors que l'intention infractionnelle atteste d'une hostilité aux valeurs protégées par la loi pénale, l'imprudence révèle une indifférence blâmable à l'égard de ces valeurs. L'imprudent est «centré sur [sa propre personne] et indifférent aux autres»³⁰, ce qui doit également être pris en compte sur le plan pénal, pour ce que cette attitude traduit de mépris à l'égard de la vie ou de l'intégrité d'autrui³¹.

En outre, une telle indifférence fragilise sensiblement l'ordre d'une société comme la nôtre³². Cette dernière fait «de l'engagement une obligation pour chaque individu»³³, et demande une «solidarité (...) de plus en plus forte, non seulement comprise comme une règle morale mais également érigée en système d'organisation»³⁴. «Il suffit de faire état des régimes de protection sociale, ou des couvertures en assurances, pour réaliser combien, même [non intentionnels], les imprudences, négligences et manquements divers, se traduisent par des retombées qui dépassent largement les protagonistes directs de la conduite jugée répréhensible et atteignent en définitive la collectivité dans son ensemble»³⁵.

Pour l'ensemble de ces raisons, la doctrine majoritaire reconnaît désormais la nécessité de réprimer l'imprudence. La Cour européenne des droits de l'homme va dans le même sens, en soutenant le recours au droit répressif en matière d'imprudence, sans l'imposer, afin de protéger la vie et l'intégrité physique contre l'indifférence d'autrui³⁶.

Si le principe de la répression de l'imprudence semble acquis, la question de son seuil suscite encore de véritables incertitudes.

B La recherche du seuil de la répression

10. Enjeux

Les hypothèses dans lesquelles le fait non intentionnel doit être sanctionné questionnent encore les pénalistes avec une acuité particulière, notamment en raison des changements engendrés par les progrès de la science et de la technique. Bien que ces derniers aient apporté un certain confort et qu'ils aient rendu possible ou facilité un

²⁹ A. VARINARD, «Le déplacement des critères de la faute», *Dix ans après la réforme de 1994. Quels repères dans le Code pénal*, dir. M. DANTI-JUAN, Cujas, 2005, p. 66.

³⁰ Y. MAYAUD, «Violences involontaires: théorie générale», *op. cit.*, n° 3.

³¹ *Ibid.*, n° 3.

³² E. LEMOINE, *La répression de l'indifférence sociale en droit pénal français*, *op. cit.*, p. 7.

³³ *Ibid.*

³⁴ Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, *op. cit.*, p. 117.

³⁵ Y. MAYAUD, «Violences involontaires: théorie générale», *op. cit.*, n° 1.

³⁶ Dans ce sens, voir CEDH, 17 janvier 2002, *Calvelli et Ciglio c. Italie*, n° 51 et s.

grand nombre d'opérations, ils ont également accru le risque³⁷ de causer de graves atteintes aux personnes³⁸. Cela s'explique par la puissance décuplée qu'offre la technologie et la complexité qui peut caractériser les techniques modernes³⁹.

Dans ce contexte, l'«indifférence sociale»⁴⁰ d'un individu peut entraîner des conséquences très lourdes. Il lui incombe alors d'observer une attention de chaque instant pour éviter de causer l'irréparable. Il se trouve «placé dans des conditions de vie telles, que le moindre relâchement de vigilance, de diligence et d'attention»⁴¹ peut entraîner des conséquences dramatiques. Il suffit pour s'en rendre compte d'observer le nombre de décès qu'engendrent chaque année les accidents de la circulation automobile⁴². Ceci peut encore être constaté dans de nombreux domaines professionnels, tels que la médecine, l'ingénierie ou encore l'exploitation d'entreprises dangereuses. En cas d'accident, il est délicat de déterminer quand le droit répressif est légitime à intervenir.

11. Problématique

Ce constat pose inévitablement la question fondamentale du seuil de la répression pénale : **à partir de quel seuil le fait non intentionnel qui cause une atteinte à autrui entre-t-il dans le champ du droit pénal, en caractérisant une imprudence ou une négligence au sens de ce droit ?** Au sens propre, le «seuil» correspond à la «dalle ou pièce de bois, formant la partie inférieure de la baie d'une porte»⁴³. Au sens figuré, qui nous intéresse ici, il désigne l'idée d'«entrée»⁴⁴. Il caractérise alors «la limite au-delà de laquelle un phénomène physique [tel un fait non intentionnel], provoque un effet donné»⁴⁵, en l'occurrence la réaction pénale. La notion de seuil invite ainsi à s'interroger sur la gravité du fait non intentionnel, en cherchant à établir les critères qui permettent d'établir l'illicite pénal. Parmi les nombreux comportements non intentionnels pouvant être déplorés dans une société, seule une partie est suffisamment grave pour entrer dans le champ du droit répressif et caractériser une infraction⁴⁶.

³⁷ Le risque peut se définir comme l'exposition d'un individu à un danger. Il renvoie à l'équation : «risque = exposition x danger».

³⁸ J. HURTADO POZO, *Droit pénal, partie spéciale*, op. cit., p. 82.

³⁹ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel*, vol. 2 – *L'infraction et la responsabilité*, 4^e édition, 2021, p. 166, n° 423.

⁴⁰ E. LEMOINE, *La répression de l'indifférence sociale en droit pénal français*, op. cit., p. 18.

⁴¹ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, Vaillant-Carmanne, 1959, p. 20.

⁴² D'après l'Organisation mondiale de la santé (OMS), environ 1,3 million de personnes perdent chaque année la vie dans un accident de la route et 20 à 50 millions de personnes sont blessées, nombre d'entre elles gardant une invalidité à la suite de leurs blessures. Voir OMS, «accidents de la route» : <www.who.int/fr/news-room/fact-sheets/detail/road-traffic-injuries>.

⁴³ Dictionnaire *Le petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2021, entrée «seuil», sens 1.

⁴⁴ Dictionnaire de l'Académie française, 9^e édition, entrée «seuil».

⁴⁵ Dictionnaire *Le petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2021, entrée «seuil», sens 3.

⁴⁶ Y. CARTUYVELS, «La gravité au cœur du droit pénal. Un détour par l'histoire de la pensée pénale moderne», *La gravité en droit pénal*, dirigé par J. Alix et A. Darsonville, Mare et matin, colloque, 2021, p. 103 et s. Cet auteur énonce que «réfléchir à la gravité en droit pénal, c'est

Ainsi, la notion de seuil constituera le pivot sur lequel se fondera notre réflexion afin de distinguer les faits non intentionnels qui se situent au-delà de ce seuil de la répression de ceux qui restent en-deçà. La fixation de ce seuil constitue un exercice périlleux non seulement parce qu'il est difficile en droit de déterminer un seuil, mais aussi parce que cette détermination implique de trouver le bon équilibre entre des solutions dogmatiques et pragmatiques.

12. Recherche d'une juste ligne de démarcation

Cette démarche s'inscrit dans la recherche de la pertinence de l'entrée en jeu de la répression pénale⁴⁷. D'une part, il n'est pas question d'accepter l'impunité lorsque surviennent de véritables défaillances blâmables⁴⁸. La répression de l'imprudence constitue «le complément indispensable à la prévention des atteintes contre la vie et l'intégrité physique des personnes, si fréquentes dans nos sociétés mécanisées»⁴⁹. Elle permet ainsi de rappeler à chacun la mesure de son devoir.

D'autre part, il est nécessaire que la contrainte sanctionnatrice ne soit pas trop pesante au risque de réduire comme peau de chagrin la liberté d'entreprendre nécessaire à toute activité⁵⁰. «Un excès de responsabilité ne peut que nuire au développement des fonctions (...) pour étouffer l'esprit d'initiative de ceux qui les exercent, et contribuer à rompre la chaîne du progrès par des entraves trop fortes à l'invention et à la spontanéité»⁵¹. Lorsque la contrainte est trop marquée, «elle exerce alors une pression nuisible, voire elle peut être injuste et irrationnelle»⁵². Il convient de garder à l'esprit qu'une pénalisation excessive fait courir le risque de fragiliser la défense des valeurs sociales que le droit pénal entend protéger⁵³. L'équilibre est fragile. C'est toute la difficulté qui s'attache à la fixation du seuil de la répression du fait non intentionnel.

réfléchir à l'essence même du droit pénal». Il explique que la gravité constitue un marqueur spécifique permettant de distinguer le droit pénal des autres branches du droit. Elle permet de justifier l'existence du droit pénal et de la répression.

Dans le même sens, le sénateur FAUCHON rappelait: «la mission du droit pénal n'est pas la recherche d'un coupable en présence de n'importe quel accident». P. FAUCHON, *Rapport n° 177, sur la proposition de loi tendant à préciser la définition des délits non intentionnels*, fait au nom de la commission des lois, Sénat, déposé le 20 janvier 2000.

⁴⁷ P. MISTRETTA, «La responsabilité pénale médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000 – Évolution ou révolution?», *La Semaine Juridique Edition Générale*, N° 28, 2002, p. 149, n° 3.

⁴⁸ Y. MAYAUD, «Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal», *Recueil Dalloz*, 2000, p. 603 et s.

⁴⁹ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, thèse, Poitiers, 2006, p. 108 et s.

⁵⁰ P. MISTRETTA, «La responsabilité pénale médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000 – Évolution ou révolution?», *op. cit.*, n° 3.

⁵¹ Y. MAYAUD, «Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal», *op. cit.*

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*

13. Détermination du seuil sous l'angle individuel

Ce seuil de la répression sera appréhendé en raisonnant à partir du principe de responsabilité personnelle. Consacré par la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁴ et la Cour de cassation⁵⁵, ce principe dispose que nul ne peut être tenu pénalement responsable que de son propre fait, ce qui implique qu'il ne peut y avoir en droit pénal de responsabilité solidaire ou du fait d'autrui, comme il en existe en matière de responsabilité civile. La différence entre ces deux types de responsabilité tient à ce que la responsabilité civile vise à faciliter l'indemnisation des victimes de dommage, alors que la responsabilité pénale a pour fonction de sanctionner les auteurs d'infractions. Ainsi, lorsque plusieurs personnes ont participé à la survenance d'une atteinte à autrui, le seuil de la répression doit être déterminé pour chacun des protagonistes : chacun n'est responsable que s'il a lui-même accompli un comportement suffisamment grave pour atteindre le seuil de la répression pénale. La question du groupe imprudent ne sera donc traitée qu'à la marge, à savoir essentiellement lorsqu'il a une incidence sur la fixation du seuil individuel de la répression pour les actes accomplis par les membres du groupe.

Un premier éclairage sur le seuil de la répression du fait non intentionnel peut être apporté en interrogeant l'Histoire sur cette question qui, dans une certaine mesure, a traversé les époques. Cette approche historique mettra en évidence que les questionnements sur le seuil de la répression en matière non intentionnelle se posaient dès l'Antiquité et permettra de revenir sur certains éléments de solutions apportés qui peuvent intéresser le juriste contemporain.

C Les enseignements de l'Histoire

14. Variations du seuil au fil des âges

Dans la plupart des sociétés, le fait non intentionnel dommageable a été pris en compte. La réponse apportée selon les époques ainsi que le seuil de la répression choisis ont cependant varié de manière non linéaire au cours du temps⁵⁶, permettant parfois à l'agent à l'origine du trouble d'invoquer la fatalité pour échapper à toute forme de sanction.

⁵⁴ Pour des arrêts rendus au visa de l'art. 6 § 2 de la Conv. EDH sur le caractère personnel de la responsabilité pénale, voir notamment CEDH, 12 avril 2012, *Lagardère c. France*, n° 73 et s., CEDH, 29 août 1997, *A.P., M.P. et T.P. c. Suisse*, n° 44 et s. et CEDH, 29 août 1997, *E.L., R.L. et J.O.-L. c. Suisse*, n° 49 et s.

⁵⁵ Pour d'anciens arrêts consacrant ce principe, voir Cass. crim., 16 déc. 1948, Bull n° 291 et Cass. crim., 28 févr. 1956, JCP. II. 9304, note R. De Lestang. Ce principe est consacré à l'art. 121-1 CPF.

⁵⁶ G. GIUDICELLI-DELAGÉ, «La sanction de l'imprudence», *La sanction du droit*, Mélanges offerts à P. COUVROT, Presses universitaires de France, 2001, p. 524.

15. Premier temps: le droit des sociétés archaïques

Dans les sociétés archaïques, la réaction sociale était avant tout «calquée sur [une] organisation sociale»⁵⁷ fondée sur le groupe. Elle avait pour fonction essentielle d'«éliminer le désordre introduit à l'intérieur [de ce] groupe»⁵⁸, principalement en ayant recours à des mécanismes de vengeance privée. Pourtant, contrairement à une idée reçue, on ne peut affirmer que ces mécanismes étaient purement objectifs. La réponse au fait non intentionnel montre que les forfaits commis n'étaient pas traités sans tenir compte de l'état d'esprit de leur auteur⁵⁹.

16. Code d'Hammourabi (1)

Les premières traces écrites concernant les imprudences remontent au Code d'HAMMOURABI, qui date de 1760 avant notre ère. Il ne s'agit pas d'un code à proprement parler mais d'un recueil de sentences disparates, que le roi de Babylone entendait léguer à la postérité⁶⁰.

Le § 206 envisage un cas particulier suivant lequel le dommage causé de manière non intentionnelle, que ce soit par mégarde ou par accident fortuit, oblige celui qui en est à l'origine à indemniser la victime: «*si un homme a frappé un autre homme dans une dispute, et lui a causé une plaie, cet homme jurera: <je ne l'ai pas fait sciemment>, et il payera le médecin*». Le § 207 indique que «*si l'autre meurt de ses coups, il jurera encore, et, s'il s'agit d'un fils d'homme libre, l'agresseur paiera une demi-mine d'argent*»⁶¹. Dans les autres cas, il ressort en revanche que la loi du Talion (§ 196 et suivants), qui se fonde sur la réciprocité du dommage avec la sanction, doit s'appliquer. Son application est particulièrement rigoureuse en ce qui concerne les imprudences dites qualifiée, c'est-à-dire lorsque l'homme incompetent et maladroît agit dans l'exercice de sa profession. Ainsi, les § 228 et suivants disposent que lorsqu'un architecte a construit une maison qu'il n'a pas rendu solide, si celle-ci «*s'est écroulée et a tué le maître de la maison, cet architecte est passible de mort*»⁶². Dans le cas où elle a tué «*l'enfant du propriétaire, on tuera l'enfant de l'architecte*»⁶³; s'il s'agit de l'esclave du propriétaire, l'architecte donnera un autre esclave⁶⁴. Le principe connaît

⁵⁷ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel*, vol. 2 – *L'infraction et la responsabilité*, Larcier, 4^e édition, 2021, p. 252, n° 477.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Pour bien aborder ces règles anciennes, il faut garder à l'esprit qu'elles n'étaient pas soumises au principe de légalité criminelle. Elles n'offrent donc qu'une représentation parcellaire de la législation applicable à l'époque et ne peuvent prétendre à l'exhaustivité.

⁶⁰ J. GAUDEMET, *Les naissances du droit, Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, L.G.D.J., 2016, p. 28.

⁶¹ § 206, *Loi de Hammourabi*, traduit par V. SCHEIL, Ernest Leroux, 2^e édition, 1904.

⁶² § 228, *Ibid.*

⁶³ § 229, *Ibid.*

⁶⁴ § 230, *Ibid.*

toutefois quelques légers tempéraments en matière médicale⁶⁵. Lorsque le médecin a fait mourir son patient en l'opérant, le § 218 dispose que ses mains doivent être coupées⁶⁶. Plus encore, le § 220 dispose que si le médecin n'a fait que crever l'œil du patient, il doit payer une somme d'argent⁶⁷. Tous les faits non intentionnels dommageables sont ainsi appréhendés de la même manière et donnent lieu à des sanctions souvent aussi sévères qu'en matière intentionnelle.

17. Pentateuque (2)

Les textes du Pentateuque, entre 1450 et 1400 avant notre ère, présentent cette particularité de proposer un traitement véritablement autonome de l'homicide par imprudence. Ces textes, également appelés «loi de MOÏSE», contiennent les règles divines qui avaient vocation à gouverner la vie des Israélites. Ils présentent un intérêt particulier dans la mesure où ils sont au fondement de toute la culture occidentale. Ils ont ainsi très vraisemblablement exercé une certaine influence sur la pensée médiévale, moderne et contemporaine.

Ils énoncent de manière très nette l'hypothèse du «meurtre»⁶⁸ commis sans intention : lorsqu' *«un homme, par exemple, va couper du bois dans la forêt avec un autre homme; la hache en main, il s'élançe pour abattre un arbre; le fer échappe du manche, atteint le compagnon de cet homme, et lui donne la mort»*⁶⁹. Il en va de même lorsqu' *«un homme pousse son prochain subitement et non par inimitié, ou s'il jette quelque chose sur lui sans préméditation, ou s'il fait tomber sur lui par mégarde une pierre qui puisse causer la mort, et que la mort en soit la suite, sans qu'il ait de la haine contre lui et qu'il lui cherche du mal»*⁷⁰.

Dans ces cas où l'homicide n'est «ni tout à fait intentionnel ni tout à fait accidentel»⁷¹, les textes du Pentateuque instaurent un système original, dérogoratoire au droit commun⁷². Ils suspendent l'application de la loi du Talion pour lui substituer un dispositif prévoyant l'exil du «meurtrier» dans l'une des six villes de refuges, instituées au sein de la communauté des Lévites⁷³, afin que celui *«qui aura frappé à mort quelque per-*

⁶⁵ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, Cujas, 2013, p. 21.

⁶⁶ § 218, Loi d'Hammourabi, *op. cit.*

⁶⁷ § 220, *Ibid.*

⁶⁸ En droit positif, le meurtre – à l'inverse de l'homicide – est par définition intentionnel. C'est la raison pour laquelle les guillemets s'imposent ici.

⁶⁹ «Deutéronome 19.5», *Bible Segond*, 1910.

⁷⁰ «Nombres 35.22 et 23», *Bible Segond*, 1910.

⁷¹ S. RAVANEL-ABOUDRAR, *Responsabilité et aléa dans les villes de refuge bibliques*, L.G.D.J., 1997, p. 12, n° 10.

⁷² G. GIUDICELLI-DELAGE, «La sanction de l'imprudence», *op. cit.*, p. 524.

⁷³ S. RAVANEL-ABOUDRAR, *Responsabilité et aléa dans les villes de refuge bibliques*, *op. cit.*, p. 4, n° 4. Lors du partage de la Terre promise, quarante-huit villes ont été attribuées aux Lévites. Voir en particulier : «Exode 21.12 à 17», «Nombres 35.9 à 34», «Deutéronome 4.41 à 43 et 19.1 à 13).

sonne par mégarde, s'y enfuit»⁷⁴ et échappe de la sorte à la peine de mort⁷⁵. Ce système d'exil contient en germe une dimension préventive et répressive⁷⁶. D'une part, il permet de protéger préventivement le meurtrier involontaire contre la vengeance d'un parent proche de la victime⁷⁷, tout en assurant l'apaisement de la ville concernée. D'autre part, en condamnant le «meurtrier» involontaire à s'exiler dans une ville de refuge jusqu'à la mort du grand prêtre en exercice⁷⁸, ce système inflige également une sanction modérée dans le but que l'agent expie le mal commis⁷⁹.

En revanche, il ressort de l'herméneutique talmudique que, lorsque la mort était totalement imprévisible et inévitable, celui par qui elle est survenue n'atteint pas le seuil de la responsabilité car aucun reproche ne peut alors lui être adressé⁸⁰.

18. Loi de Dracon (3)

Le loi de DRACON, en 621 avant notre ère, fait figure de synthèse de ces deux systèmes archaïques. La loi éponyme a été édictée dans le but de limiter le recours aux vengeances privées par l'instauration d'un régime extrêmement rigoureux – «dracorien»⁸¹. Cette loi est réputée avoir introduit la notion d'homicide non intentionnel en droit athénien⁸². Le texte qui nous est parvenu commence par des dispositions relatives à l'homicide non intentionnel⁸³, qui ont perduré au-delà des réformes de

⁷⁴ «Nombres 35.11 et 35.13», Bible Segond, 1910. Voir également Josué 20.3: «Où pourra s'enfuir le meurtrier qui aura tué quelqu'un involontairement, sans intention».

⁷⁵ «Lévitique 24.17» et «Nombres 35.19», Bible Segond, 1910.

⁷⁶ S. RAVANEL-ABOUDRAR, *Responsabilité et aléa dans les villes de refuge bibliques*, op. cit., p. 6, n° 4.

⁷⁷ S. RAVANEL-ABOUDRAR, *Responsabilité et aléa dans les villes de refuge bibliques*, op. cit., p. 4, n° 4.

⁷⁸ «Nombres 35.25 et 28», Bible Segond, 1910.

⁷⁹ S. RAVANEL-ABOUDRAR, *Responsabilité et aléa dans les villes de refuge bibliques*, op. cit., p. 6, n° 7.

⁸⁰ Selon M. MAÏMONIDE, trois sortes de «meurtre» non intentionnels doivent être distingués: 1) Le «kariv-lé-zadon», c'est-à-dire l'imprudence grave qui est soumise au même régime que l'infraction intentionnelle 2) Le «chogueg», c'est-à-dire le meurtre par mégarde, qui est le seul à ouvrir l'accès aux villes de refuge 3) Le «onès», c'est-à-dire l'accident complètement inévitable et imprévisible, qui ne donne lieu à aucune responsabilité. M. MAÏMONIDE, *Le guide des égarés*, Verdier, 1970 chap. XIX, n° 23 à 34.

⁸¹ J. GAUDEMET, *Les naissances du droit, le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, L.G.D.J., 2016, p. 77.

⁸² J. MÉLÈZE-MODRZEJEWSKI, «La sanction de l'homicide en droit grec et hellénistique», *Mélange Pierre Lévêque, tome 7: Anthropologie et société*, Besançon, 1993, p. 248.

⁸³ Il existe une controverse sur le point de savoir si la loi de Dracon a connu une première disposition relative à l'homicide intentionnel. Voir J. MÉLÈZE-MODRZEJEWSKI, op. cit., «Le texte commence par une hypothèse – celle d'un cas d'homicide non intentionnel, (...) – introduite par un *kaï*; que l'opinion commune des hellénistes considérait comme une conjonction de coordination (<et>). L'idée qui vient alors à l'esprit est que le texte a été amputé d'une première disposition à laquelle cette conjonction enchaînait la suite de la loi. Selon la doctrine quasi dominante, ce «premier article» de la loi de Dracon traitait du meurtre». Toutefois, «il est parfaitement concevable que Dracon ait abordé directement le problème de l'homicide in-

SOLON⁸⁴. En cas d'homicide non intentionnel, «*la poursuite appartient toujours à la famille de la victime, qui exerce la vengeance de sang et qui peut accorder le pardon moyennant, en règle générale, le paiement d'un <wergeld> [prix de l'homme]*»⁸⁵. En cas de refus de la famille, il reste à l'auteur le choix de l'exil⁸⁶. À la différence du Pentateuque toutefois, ces règles étaient probablement également applicables à l'homicide intentionnel⁸⁷. Cependant, dans la seule hypothèse de l'homicide non intentionnel, il était prévu que le banni pouvait «réintégrer le territoire attique lorsqu'il n'[existait] plus aucun des parents de la victime pouvant accorder le pardon»⁸⁸. Ce texte envisage cependant les faits non intentionnels comme un tout incluant l'atteinte purement accidentelle, qui bénéficiait vraisemblablement d'un traitement identique à celui de l'imprudence.

19. Deuxième temps: le droit romain

Le système de répression a évolué sous le droit romain, qui écarte peu à peu les systèmes de vengeance privée dans la mesure où l'on assiste à l'émancipation progressive d'une justice publique. Ce droit, qui ne distingue pas toujours parfaitement entre peine et réparation⁸⁹, a progressivement accordé une place spécifique au traitement du fait non intentionnel.

20. Loi de Numa (1)

D'abord, la loi sur l'homicide de NUMA POMPILIUS, deuxième des sept rois mythiques de la monarchie romaine (753 à 673 avant notre ère), distingue selon que l'auteur a commis l'acte homicide sciemment ou qu'il le commet sans intention, par imprudence ou sans mauvais dessein. Cette loi dispose que «*si quelqu'un tue un homme libre volontairement et de dessein prémédité, [il doit être] tenu pour parricide*⁹⁰; mais *s'il le tue par imprudence ou sans aucun mauvais dessin, [il doit offrir] alors dans*

volontaire. L'occasion lui en a peut-être été fournie (...) par un cas d'espèce: quelqu'un qui a tué un Athénien sans le vouloir (...); propose le paiement d'une rançon; la famille de la victime refuse (...); le législateur confirme ce refus: même dans un tel cas (...), si la famille de la victime reste intraitable, l'auteur de l'homicide doit prendre le chemin de l'exil (...). Il suffit de considérer que la conjonction de coordination *καί* a été employée en fonction de particule pour que disparaisse l'inquiétant fantôme de l'introuvable <article premier>».

⁸⁴ J. MÉLÈZE-MODRZEJEWSKI, «La sanction de l'homicide en droit grec et hellénistique», *op. cit.* p. 248. Voir également M. HUMBERT, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Dalloz, 12^e édition, 2017, p. 64, n° 86 et s.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 251.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*, p. 250.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Presses universitaires de France, 3^e édition, 2014, p. 31 et s., en particulier n° 21. A. DORSNER-DOLIVET, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence: à propos de la chirurgie*, L.G.D.J., 1986, p. 37.

⁹⁰ En droit romain, le parricide s'entend au sens d'un homicide intentionnel quelconque.

l'assemblée du peuple un bélier pour le mort et ses enfants»⁹¹. L'ensemble des faits non intentionnels sont ainsi traités au moyen d'un rituel de purification permettant à leur auteur de procéder à son expiation pour le sang versé.

21. Loi Aquilia (2)

Ensuite, la loi Aquilia a approfondi le traitement des faits non intentionnels. Écrite vers 286 avant notre ère par le Tribun de la plèbe QUILIUS, elle visait à protéger les plébéiens contre les dommages causés par les praticiens⁹². Cette loi, qui connaît de nombreuses dispositions en matière non intentionnelle, est particulièrement intéressante dans la mesure où elle distingue, parmi les faits non intentionnels, ceux qui sont commis par faute d'imprudence (*culpa*) de ceux qui ne sont que de simples accidents fortuits (*casus*)⁹³. Il ressort de cette loi que « *quand quelqu'un, alors qu'il joue ou s'entraîne au javelot, a transpercé ton esclave qui passait par là, on fait une distinction. En effet, si cela en vérité a été commis par un militaire dans un champ et là où on a l'habitude de s'exercer, aucune faute de sa part n'est prise en considération; si un autre a commis quelque chose de pareil, il est coupable pour faute. La même règle de droit s'applique pour le militaire, s'il a commis cela en un autre lieu que celui qui est destiné à l'entraînement des militaires* »⁹⁴. Le législateur romain use ici d'une grande minutie en prenant en compte la qualité de l'agent et les circonstances de l'action pour déterminer si celui-ci a adopté un comportement normal, et donc acceptable, ou si son comportement doit lui être reproché⁹⁵. Dans le premier cas seulement, l'agent n'est pas tenu par cette loi.

22. Troisième temps: le droit canonique

Durant le premier Moyen Âge, qui ignore en grande partie le droit romain, l'imprudence continue d'être sanctionnée par les droits barbares, principalement par un système d'indemnisation⁹⁶. Cependant, des systèmes profondément différents coexistent

⁹¹ L. SIBEN, *Droit romain, l'homicide et le parricide*, thèse, Paris, 1885, p. 2.

⁹² Selon PUECH, c'est de cette loi que la notion d'illicéité tire son origine. M. PUECH, *Notion et rôle de l'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse, Strasbourg, 1971, p. 1.

⁹³ H. SAUVARD, *Le délit d'imprudence, essai de théorie pénale*, Arthur Rousseau éditeur, 1899, p. 94.

⁹⁴ *Institutes*, livre IV, titre 3 III, § 4. Traduction de P. COCATRE-ZILGIEN ET J.-P. CORIAT, *Institutes de Justinien*, Dalloz, 2021, p. 575. Pour un exemple similaire, voir Digeste, livre IX, titre 2, 9 § 11: « si quelqu'un en jouant à la paume pousse la balle avec trop de violence, et qu'il la fasse tomber sur la main d'un barbier qui rasoit un esclave, de manière qu'il lui ait coupé la gorge d'un coup de rasoir, celui à la faute duquel on peut imputer cet accident, est tenu. Il y a de la faute du barbier. En effet, s'il rasoit dans un endroit où on a coutume de jouer, ou bien où il passe beaucoup de monde, on peut imputer à sa faute cet événement (...) ». Voir encore, livre IX, titre 2, 30, § 3: « celui qui allume un feu dans son champ et provoque ainsi un incendie chez son voisin sera tenu. Mais s'il a observé tout ce qui était nécessaire ou si la force soudaine des vents a produit un incendie à plus grande distance, il n'y a pas faute ».

⁹⁵ H. BRUNHES, *L'imprudence devant la loi pénale*, op. cit., p. 22.

⁹⁶ A. DORSNER-DOLIVET, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence: à propos de la chirurgie*, op. cit., p. 37 et A. E. GIFFARD, *Droit romain et ancien droit français (obligations)*,

sur le territoire. La loi des Visigoths par exemple, au VII^e siècle, punit les imprudents «*qui ne se sont pas appliqués à éviter le dommage*» causé à autrui⁹⁷. Après la redécouverte du droit romain, à la fin du XI^e siècle, le droit canonique – droit de l'Église latine – va se développer et influencer notre conception du fait non intentionnel.

23. Subjectivisme (1)

Les principes du droit canonique conduisent à prendre plus largement en compte des considérations subjectives telles que la volonté : l'homme prime le fait⁹⁸. Les canonistes considèrent que la répression ne peut avoir lieu qu'en présence d'un manquement à une obligation morale constitutif d'une faute, d'un péché⁹⁹. L'homme doit avoir voulu faire le mal¹⁰⁰. Cette approche conduit les auteurs à s'intéresser essentiellement aux actes intentionnels (*dolus*), qui connaissent alors d'importants développements, sans toutefois que l'étude du fait non intentionnel ne soit complètement abandonnée.

Ainsi, la pensée de SAINT THOMAS D'AQUIN, au milieu du XIII^e siècle, a fortement imprégné le droit canonique. Selon lui, il existerait une distinction entre la faute d'imprudence, qui serait un péché, et le dommage fortuit, qui constituerait une «*meschance*»¹⁰¹. «*Parce que tout péché est volontaire, il s'ensuit que les effets du hasard ne peuvent comme tels constituer des péchés*»¹⁰². Cependant, dit-il, certains accidents contiennent une part de volonté. Tel est le cas lorsque celui qui agit a méprisé l'intérêt d'autrui, en ne cherchant pas, par l'emploi des précautions requises, à éviter le dommage. Ce faisant, il se rend en quelque sorte coupable d'homicide volontaire¹⁰³, bien que la peine doive être atténuée¹⁰⁴.

3^e édition par R. Villers, n° 390 à 395 et H. SAUVARD, *Le délit d'imprudence, essai de théorie pénale*, op. cit., p. 95 et 96.

⁹⁷ *Lex Visigothorum*, voir H. SAUVARD, *Le délit d'imprudence, essai de théorie pénale*, op. cit., p. 97.

⁹⁸ E. FORTIS, *L'élément légal dans les infractions d'imprudence portant atteinte à l'intégrité corporelle*, thèse, Lille, 1974, p. 13.

⁹⁹ H. BRUNHES, *L'imprudence devant la loi pénale*, op. cit., p. 97.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ M. ABDEL-RAZEK, *L'élément moral de l'infraction en droit comparé*, op. cit., p. 50.

¹⁰² SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme Théologique*, tome 2, 1274, question 64, art. 8.

¹⁰³ *Ibid.* : «*Si quelqu'un se livrant à une action licite y apporte la vigilance requise et que, cependant, il provoque la mort d'un homme, il ne sera pas tenu coupable de l'homicide. Si, au contraire, il se livre à une action mauvaise, ou même à une action permise mais sans y apporter tout le soin nécessaire, il n'échappe pas à la responsabilité de l'homicide si son acte entraîne la mort d'un homme*».

¹⁰⁴ E. FORTIS, *L'élément légal dans les infractions d'imprudence portant atteinte à l'intégrité corporelle*, op. cit., p. 13 et H. SAUVARD, *Le délit d'imprudence, essai de théorie pénale*, op. cit., p. 97.

24. Incertitudes (2)

La question de la répression en matière non intentionnelle reste toutefois controversée et difficile à systématiser durant cette période¹⁰⁵. Le seuil de la répression est alors «à l'image de ces incertitudes doctrinales: aléatoire et contingent»¹⁰⁶. Divers éléments tels que la douleur physique ou morale ressentie par l'auteur du dommage peuvent être pris en considération pour exonérer celui-ci de sa responsabilité ou, au contraire, le rendre coupable d'une grave imprudence¹⁰⁷. En outre, avant le prononcé de la sentence, il était possible pour l'auteur d'un homicide non intentionnel d'échapper à la peine de mort en demandant au roi ou aux petites chancelleries établies auprès des parlements le bénéfice d'une lettre de rémission¹⁰⁸.

25. Quatrième temps: le droit de l'Ancien Régime

L'ancien droit français, qui s'est nourri à la fois des principes du droit romain et du droit canonique¹⁰⁹, est parvenu à une idée assez précise de l'imprudence et du seuil à partir duquel le fait non intentionnel doit être sanctionné.

Ainsi, les auteurs du XVIII^e siècle, tel que JOUSSE¹¹⁰ ou MUYART DE VOUGLANS¹¹¹, opposent expressément l'homicide casuel, qui résulte du cas fortuit, de l'homicide par imprudence, que l'auteur aurait pu éviter s'il avait été plus prudent et prévoyant. Dans le premier cas, l'homicide «ne se punit point et il n'est même dû aucun intérêt civil»¹¹². Dans le second, l'homicide n'est «jamais puni de mort mais d'une peine arbitraire suivant les circonstances et suivant que l'imprudence est plus ou moins grande»¹¹³. Ainsi, énonce JOUSSE, le médecin ou le chirurgien qui, par

¹⁰⁵ Par exemple, au XIV^e siècle, la coutume de Belvès en Dordogne dispose en son article 23 que celui qui cause une blessure avec sang, sans intention de nuire, n'encourt aucune sanction, sans distinguer l'imprudence de l'accident fortuit. Coutumes de Belvès extraites de la «Nouvelle revue historique de droit français et étranger», 1899: <www.guyenne.fr/ArchivesPerigord/Thema/Coutumes/Belves.htm>. Voir également J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 257 et s.

¹⁰⁶ E. FORTIS, *L'élément légal dans les infractions d'imprudence portant atteinte à l'intégrité corporelle*, op. cit., p. 13.

¹⁰⁷ *Ibid.* et H. SAUVARD, *Le délit d'imprudence, essai de théorie pénale*, op. cit., p. 23. Voir également J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., n° 127.

¹⁰⁸ Ordonnance de 1670, titre 26, art. 2. Voir J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., n° 85 et 122 et E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Premier fascicule (art. 1 à 165), Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1901, p. 775.

¹⁰⁹ H. BRUNHES, *L'imprudence devant la loi pénale*, op. cit., p. 99.

¹¹⁰ D. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de la France*, tome 3, 1771, p. 519, n° 91 et s.

¹¹¹ MUYART DE VOUGLANS distingue les homicides purement casuels de ceux qui «quoique arrivés par accident imprévu comme les précédents, en diffèrent néanmoins en ce qu'ils auraient pu être prévus et évités si l'on avait apporté les précautions ordinaires en pareils cas». P.-F. MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, 1780, livre III, titre 3, IV, p. 168.

¹¹² D. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de la France*, op. cit., p. 523, n° 100.

¹¹³ *Ibid.*, p. 524, n° 102.

une «impéritie ordinaire cause la mort d'une personne, doit être puni [au] moins d'une peine corporelle»¹¹⁴. Dans le même sens, le Parlement de Toulouse a rendu un arrêt en février 1566, dans lequel il a condamné une nourrice qui avait «imprudemment suffoqué la fille d'un Docteur en droit qu'elle nourrissait à faire amende honorable devant la porte du père de l'enfant, au fouet et au bannissement pour cinq ans de la ville de Toulouse, avec défense de plus à l'avenir de se charger de nourrir aucun enfant»¹¹⁵.

Ces éléments et leurs applications ont constitué une base intéressante pour le législateur révolutionnaire. Pour rédiger les incriminations d'imprudence, il ne lui restait alors plus «qu'à adapter les principes dégagés avant lui au système qu'il organisait»¹¹⁶.

D L'apparition des difficultés contemporaines en droit français

26. Le droit intermédiaire du Code pénal de 1791

Dans le Code pénal de 1791, le droit révolutionnaire maintient expressément la distinction entre l'homicide casuel, purement accidentel, et l'homicide par imprudence, le premier n'entraînant aucune sanction alors que le second ouvre la voie à une peine correctionnelle¹¹⁷. Dans la deuxième partie du Code, titre 2, l'article 1 dispose qu' «*en cas d'homicide commis involontairement, s'il est prouvé que c'est par un accident qui ne soit l'effet d'aucune sorte de négligence ni d'imprudence de la part de celui qui l'a commis, il n'existe point de crime, et il n'y a lieu à prononcer aucune peine*». A l'inverse selon l'article 2, «*en cas d'homicide commis involontairement, mais par l'effet de l'imprudence ou de la négligence de celui qui l'a commis, (...) il sera statué par les juges sur les dommages et intérêts, et même sur les peines correctionnelles, suivant les circonstances*». Par cette distinction, les textes révolutionnaires laissent apparaître clairement un seuil théorique de la répression du fait non intentionnel.

27. L'indexation de la peine sur le résultat

Quelques semaines avant l'adoption de ce Code, la loi des 19 et 22 juillet 1791 avait précisé que l'homicide par imprudence est condamné par une amende qui ne pourra excéder le double de la contribution mobilière et, s'il y a lieu, par un emprisonnement ne pouvant excéder un an alors que les blessures par imprudence exigeant un traite-

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 525, n° 104.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 526, n° 105. Pour un autre ex. de condamnation pour imprudence, voir un arrêt de 1731 où un gagne-dernier a été condamné pour avoir «*renversé un homme et blessé une femme, en faisant galoper un cheval [dans les rues de Paris]*». J.-B. DENISART, Collection des décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle, tome I, Desaint, 5^e édition, 1766, p. 295.

¹¹⁶ H. BRUNHES, *L'imprudence devant la loi pénale*, *op. cit.*, p. 28.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 28 et J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, tome I, 4^e édition, 1875, p. 165, n° 399 et s.

ment de quinze jours sont sanctionnées par une amende de cinq cent livres et un emprisonnement de six mois au plus¹¹⁸. Ainsi, alors même que le principe de la séparation entre responsabilités civile et pénale est consacré textuellement à la révolution, cette pénalisation de l'imprudence a de quoi surprendre en ce qu'elle continue, à l'image du droit civil avec l'indemnisation, à indexer le *quantum* de la peine sur la gravité du résultat dommageable. En réalité, les révolutionnaires cherchaient avant tout à supprimer l'arbitraire du juge qui avait donné lieu à tant d'abus jusqu'alors¹¹⁹. Le résultat dommageable constitue un critère objectif permettant de rationaliser le système¹²⁰ afin qu'une peine de référence fixe soit appliquée à tous les coupables. Ce critère a en outre l'avantage de permettre de satisfaire l'opinion publique qui a le plus souvent tendance à réagir en fonction de l'intensité du résultat¹²¹. Cependant, ce système de prévision de la peine a été vivement critiqué¹²², en ce qu'il subordonne la rigueur de la répression à des éléments aussi aléatoires que la réalisation ou non d'une lésion ou d'un décès, sans tenir compte de la gravité du comportement qui l'a causé. Ce choix équivaldrait à «ériger le hasard en arbitre suprême»¹²³ de l'intensité de la répression, portant sérieusement atteinte à l'idée de justice en méconnaissant son impératif élémentaire d'être fondée sur la culpabilité¹²⁴. Il a néanmoins été maintenu dans le Code pénal de 1810¹²⁵.

¹¹⁸ Loi de politique correctionnelle, 19 et 22 juillet 1791, titre. II, art. 15, 16 et 17.

¹¹⁹ H. BRUNHES, *L'imprudence devant la loi pénale*, *op. cit.*, p. 28.

¹²⁰ J.-B. HERZOG, «La répression des infractions involontaires», *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1958-1959, p. 87.

¹²¹ Voir introduction, n° 2.

¹²² Pour des auteurs modernes qui critiquent ce système de peine fondé sur la gravité du résultat, voir J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, 2003, p. 462, qui considère qu'il institue «un régime de responsabilité objectif, archaïque et peu conforme aux données du droit moderne à vocation préventive, fortement teinté de subjectivité». Voir également I. LORRAIN-BERTAGNA, *Le statut juridique des infractions d'imprudence et le droit pénal général*, thèse, Nice, 1996, p. 155, qui qualifie ce système de «véritable loterie». Voir encore H. BRUNHES, *L'imprudence devant la loi pénale*, *op. cit.*, p. 156, qui donne l'exemple de deux architectes qui ont construit chacun une maison de la même manière. En raison d'un vice de construction, les deux maisons s'effondrent un certain jour: la première était pleine d'occupants alors que la seconde était vide. Il fait alors remarquer que rien ne justifie que l'architecte de la première maison soit sanctionné plus sévèrement que celui de la seconde alors que l'un et l'autre se trouvent dans des situations identiques. Voir enfin E. FERRI «les délits involontaires», *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1925, p. 1, M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, infractions du Code pénal*, Dalloz, 8^e édition, 2018, p. 432, n° 366 et C. ROKOFYLOS, *Le concept de lésion et la répression de la délinquance par imprudence, essai de critique*, *op. cit.*, p. 36, n° 37.

¹²³ C. ROKOFYLOS, *Le concept de lésion et la répression de la délinquance par imprudence, essai de critique*, *op. cit.*, p. 37, n° 38.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ M. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Cours de droit criminel*, 4^e édition, Librairie de la Cour de cassation, p. 18.

28. Prémices des difficultés: le Code pénal de 1810

Bien que les rédacteurs du Code pénal de 1810, appelé Code des délits et des peines, aient admis la nécessité d'incriminer les atteintes à la personne causées par imprudence, ils n'ont cependant pas manifesté un grand intérêt pour l'étude du fait non intentionnel¹²⁶. Les principes en la matière avaient déjà été parfaitement dégagés dès l'ancien droit et il ne s'agissait pas d'innover¹²⁷. Ce désintérêt apparaît avec éclat dans les propos du conseiller d'État FAURE qui, dans l'exposé des motifs de la loi contenant le chapitre I du titre 2 du livre 3 du Code des délits et des peines (séance du 7 février 1810), se prononce ainsi: «je ne m'arrêterai point à la partie du code qui concerne l'homicide, les blessures et les coups involontaires résultant du défaut d'adresse ou de précaution. Ces délits sont punis de peines de police correctionnelle et les termes généraux dans lesquels les articles sont conçus, embrassent toutes les espèces»¹²⁸. Ainsi, l'écriture très large de ces textes est assumée. L'article 319, relatif à l'homicide par imprudence, dispose que «*quiconque, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, aura commis involontairement un homicide, ou en aura involontairement été la cause, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans, et d'une amende de cinquante francs à six cents francs*». Cette disposition est suivie par l'article 320 du même code, qui incrimine les blessures non intentionnelles: «*s'il n'est résulté du défaut d'adresse ou de précaution que des blessures ou coups, l'emprisonnement sera de six jours à deux mois, et l'amende sera de seize francs à cent francs*»¹²⁹. Même si la description de l'imprudence varie dans ce second texte, la doctrine du XIX^e siècle admet généralement que celui-ci doit se lire à l'aune du premier.

29. Le maintien de la distinction avec les atteintes casuelles

De manière frappante en revanche, le Code pénal de 1810 ne fait plus mention de l'homicide casuel. Qu'à cela ne tienne, l'exposé des motifs ne laisse aucun doute sur la volonté du législateur de maintenir cette distinction. «*Si lorsque l'homicide a été commis, dit MONSEIGNAT, ou si les blessures ont été faites involontairement, par l'effet de circonstances malheureuses ou fortuites, par une des causes impossibles à prévoir, qui ne*

¹²⁶ La doctrine jugeait les infractions d'imprudence secondaires et les étudiait à l'aune des concepts élaborés pour les infractions intentionnelles. Ex. A. BERTAUD, *Cours de Code pénal et leçon de législation criminelle, explication théorique et pratique*, 3^e édition, 1864 ou encore J.-F. RAUTER, *Traité théorique et pratique du droit criminel français ou cours de législation criminelle*, tome 2, Charles Hingray, 1836, n° 462.

Pour des auteurs qui dressent le même constat: J. HURTADO POZO, *Droit pénal, partie spéciale*, Schulthess, 2009, p. 81 et M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, thèse, Montpellier, 2009, p. 279.

¹²⁷ H. BRUNHES, *L'imprudence devant la loi pénale*, *op. cit.*, p. 34.

¹²⁸ Gazette Nationale ou le Moniteur universel, n° 47, du vendredi 16 février 1810, p. 192.

¹²⁹ Pour une critique sur le fait que la peine reste invariablement la même quelles que soit la gravité de la blessure, voir J.-F. RAUTER, *Traité théorique et pratique du droit criminel français ou cours de législation criminelle*, *op. cit.*, n° 462.

tiennent à aucune négligence ni imprudence de la part de leurs auteurs, cet homicide casuel est un accident et non un attentat; il est aussi étranger à la volonté qu'à la possibilité de prévoyance; il ne présente ni crime ni délit»¹³⁰. Les auteurs du XIX^e et du début du XX^e siècle¹³¹ ont continué de suivre cette distinction en considérant, en dépit de la généralité des textes d'incrimination, que les homicides purement accidentels ou casuels, c'est-à-dire que leur auteur n'avait pu ni prévoir ni éviter, n'atteignent pas le seuil de la répression. BRUNHES affirme ainsi que «si l'acte commis est le résultat du pur hasard, dans lequel sa volonté n'a pas la moindre part, comme l'homme tombant accidentellement d'un endroit élevé qui tuerait un passant sans se faire mal à lui-même, cet homme n'est que l'instrument du plus malencontreux concours de circonstances, il est plus à plaindre qu'à blâmer. A côté de l'homicide volontaire, il y a l'homicide casuel»¹³². La jurisprudence se prononçait dans le même sens. Il a ainsi été jugé que «l'effondrement d'une tribune établie dans un champ de courses ne peut être imputé aux organisateurs des cours, alors même que lesdits organisateurs auraient commis la faute de ne pas faire visiter la tribune par l'architecte de la ville, si l'accident a été exclusivement occasionné par la foule qui a subitement envahi la tribune au moment d'un orage»¹³³.

30. Début des difficultés : l'unité des fautes civiles et pénales

Cependant, cette distinction entre les atteintes casuelles et d'imprudence n'a pas prospéré dans la jurisprudence du début du XX^e siècle. Dans un arrêt du 18 décembre 1912¹³⁴, la Cour de cassation a curieusement assimilé la faute des articles 319 et 320 du Code pénal avec la faute de l'article 1382 du Code civil (actuel article 1240), alors même que cette dernière faisait l'objet d'un mouvement d'objectivisation, fondé sur l'idée de risque¹³⁵, visant à faciliter l'indemnisation des victimes¹³⁶. Cette assimilation

¹³⁰ Gazette Nationale ou le Moniteur universel, n° 57, du lundi 26 février 1810, p. 232. Voir également Cass. 15 sept. 1825, S. et P. chr., Cass., 26 févr. 1863, Schott. Voir enfin A. CARPENTIER et G. FRÈREJOUAN DU SAINT, *Répertoire général alphabétique du droit français contenant, sur toutes les matières de la science et de la pratique juridiques, l'exposé de la législation, l'analyse critique de la doctrine et les solutions de la jurisprudence*, tome 33, 1900, p. 606, n° 230.

¹³¹ Voir par ex. *Ibid.*, p. 606, n° 228, H. BRUNHES, *L'imprudence devant la loi pénale*, *op. cit.*, p. 17; A. CHAUVEAU et F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, tome 4, Cosse, 3^e édition, 1852, p. 84; E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Premier fascicule *op. cit.*, p. 775 et s.; R. GARRAUD, *traité théorique et pratique du droit pénal français*, tome 1, Librairie de la société du recueil Sirey, 3^e édition, 1913, p. 587, n° 296 et s. et P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, tome 2, J. Barbezat et Cie source, 1829, n° 11.

¹³² H. BRUNHES, *L'imprudence devant la loi pénale*, *op. cit.*, p. 17.

¹³³ Cass., 29 juill. 1872, D. 72.1.302, Hunebella.

¹³⁴ Cass. civ. 18 décembre 1912, S. 1914. 1. 249, note Morel, D. 1915. 1. 7.

¹³⁵ Sur la théorie du risque en droit civil, qui va jusqu'à supprimer la condition de faute, voir R. SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile, essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Arthur Rousseau éditeur, 1897.

¹³⁶ Voir 1^{re} partie, titre 2, chapitre 1, section 2, II, B : l'autonomie de l'appréciation de la faute pénale par rapport à la faute civile, n° 228 et s.

atypique des fautes civiles et pénales a eu des conséquences désastreuses dans la fixation d'un seuil de la répression équilibré. En effet, les juges pénaux ont été obligés d'étendre la notion de faute pénale car, s'ils ne retenaient pas de faute d'imprudence, le principe d'unité des fautes, cumulé à celui de l'autorité du droit pénal sur le droit civil, empêchait le juge civil de prononcer la nécessaire indemnisation des victimes. En conséquence, les juges répressifs, par anticipation des décisions civiles, ont commencé à entrer en voie de condamnation pour des «poussières de fautes»¹³⁷, de sorte que la victime obtienne ensuite la réparation intégrale de son préjudice. Cette tendance a eu pour effet d'abaisser considérablement le seuil de la répression du fait non intentionnel.

31. Développement industriel

Cette assimilation a causé de nombreuses difficultés, tout particulièrement dans le contexte du développement industriel qui avait déjà commencé depuis le début du XIX^e siècle. L'arrivée du machinisme a eu pour effet de décupler les forces de l'être humain, permettant ainsi à une seule personne, grâce à une machine, d'accomplir à elle seule le travail de plusieurs autres. Cependant, l'industrialisation a également emporté une augmentation de la gravité des risques de dommage, cette même personne pouvant plus facilement, à la moindre inattention, causer un accident aux conséquences centuplées¹³⁸. Dans ce contexte, le principe de l'unité des fautes civile et pénale était particulièrement peu adapté pour régler les situations dans lesquelles un dommage survenait car, en principe, tout accident ne devrait pas entraîner une condamnation pénale, mais tout accident devrait pouvoir permettre l'indemnisation des victimes.

32. Intérêt de la doctrine ravivé

C'est ainsi que, en particulier dans la deuxième moitié du XX^e siècle, la question du seuil de la répression du fait non intentionnel est redevenue un sujet d'intérêt majeur en doctrine¹³⁹. Les auteurs, prenant la mesure de la dénaturation de la responsabilité

¹³⁷ H. SEILLAN, *Responsabilité pénale, dangers, accidents, maladies, catastrophes*, 2^e édition, Préventique, 2004, p. 50: «Le moindre manquement, la plus faible négligence, l'acte réflexe maladroit pouvant constituer une faute».

¹³⁸ H. BRUNHES, *L'imprudence devant la loi pénale*, *op. cit.*, p. 9, 68 et 157 et H. SAUVARD, *Le délit d'imprudence, essai de théorie pénale*, *op. cit.*, p. 128 et s.

¹³⁹ HURTADO POZO, *Droit pénal, partie spéciale*, *op. cit.*, p. 81. Selon cet auteur, «en raison de leur développement tardif, les recherches portant sur les infractions [non intentionnelles] n'ont pas [toujours] atteint le niveau de raffinement et de compréhension propres aux infractions intentionnelles», ce qui explique pourquoi la recherche en ce domaine reste nécessaire. Voir également I. LORRAIN-BERTAGNA, *Le statut juridique des infractions d'imprudence et le droit pénal général*, *op. cit.*, p. 5, n^o 4 et s., P. CORNIL, «Introduction au thème des frontières», *Les frontières de la répression: imprudence, droit économique et social, pays de l'Est*, Congrès de criminologie, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1972, p. 26. Voir également M. AKIDA, *La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence*, L.G.D.J., bibliothèque de sciences criminelles, 1994, p. 24, n^o 21.

pénale à l'œuvre en matière non intentionnelle¹⁴⁰, ont remis en cause le principe de l'unité des fautes. Ils ont ainsi réfléchi aux critères qui doivent conduire à dire si, lors de la production d'un dommage, une imprudence est commise ou non. C'est dans ce contexte que s'est notamment développée la théorie doctrinale de l'erreur¹⁴¹, selon laquelle l'erreur humaine qui fait partie des risques inhérents à toute activité doit être écartée du champ de la répression, alors que la faute pénale d'imprudence doit toujours être sanctionnée. Ces propositions doctrinales n'ont cependant pas suffi à infléchir la rigueur de la jurisprudence.

33. Code pénal de 1994

Avec l'entrée en vigueur du Code pénal actuel¹⁴², les dispositions prévoyant les infractions d'atteintes non intentionnelles à la personne ont été modifiées. Désormais, l'homicide par imprudence est incriminé à l'article 221-6 du Code pénal, qui prévoit une peine maximale de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende. Les blessures non intentionnelles sont prévues à différents articles du Code pénal qui proportionnent la peine encourue à la gravité de l'incapacité totale de travail (ITT)¹⁴³ de la victime, c'est-à-dire au résultat. D'abord, lorsque l'incapacité dépasse trois mois, l'article 222-19 dispose qu'une peine de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende est encourue¹⁴⁴. Ensuite, si la durée de l'incapacité est égale ou inférieure à trois mois, ces blessures constituent une contravention de cinquième classe¹⁴⁵ prévue

¹⁴⁰ Selon C. ROKOFYLLOS, *Le concept de lésion et la répression de la délinquance par imprudence, essai de critique, op. cit.*, p. 54, il s'agissait d'une « assimilation pure et simple de la faute pénale à la faute civile ».

¹⁴¹ Voir 2^e partie, titre 1, chapitre 2 : L'acceptation implicite d'un risque dans la théorie de l'erreur irréductible en droit français, n° 369 et s.

¹⁴² 1^{er} mars 1994.

¹⁴³ La notion d'ITT n'ayant pas été définie par le législateur, il faut donc s'intéresser à la jurisprudence pour en connaître le contenu. Cette notion est la même en matière d'imprudence qu'en matière intentionnelle (D. GUIHAL, « Art. 221-6 à 221-7, atteintes involontaires à la vie », *JurisClasseur Pénal code*, LexisNexis, 2012, n° 24 et T. FOSSIER, « Art. 222-19 à 222-21, atteintes involontaires à l'intégrité de la personne », *JurisClasseur Pénal code*, LexisNexis, 2019, n° 28). Seule l'incapacité totale est prise en compte, et celle non partielle, même elle ne doit pas nécessairement empêcher toute possibilité de travailler (Cass. crim., 6 octobre 1960, Gaz. Pal. 1961. 9). Elle correspond à l'incapacité à s'adonner à un travail corporel que ce soit dans l'exercice d'une profession ou en dehors de celle-ci par référence à un travail normal. (Y. MAYAUD, « Violences involontaires : théorie générale », *op. cit.*, n° 7 et 75 et S. JACOPIN, *Droit pénal général*, Bréal, 3^e édition, 2015, p. 244. Dans ce sens, voir Cass. crim., 6 octobre 1960, Gaz. Pal. 1961. 9, voir également CA Douai, 16 mai 1962, JCP, 1963. II. 13198, Trib. corr. Albi, 17 mai 1957, JCP, 1957. II. 10101). En revanche, l'incapacité totale de travail « n'implique pas nécessairement l'impossibilité pour la victime de se livrer à un effort physique afin d'accomplir elle-même certaines tâches ménagères » (Cass. crim., 6 février 2001, n° 00-84.692, Dr. Pén. 2001. 72, obs. Véron, RSC 2001. 582, obs. Mayaud).

¹⁴⁴ La jurisprudence considère que la durée doit s'entendre strictement, c'est-à-dire qu'il doit s'agir « de plus de trois mois consécutifs » (Cass. crim., 15 mars 1988, n° 85-91.874).

¹⁴⁵ Rappelons qu'en matière d'atteintes non intentionnelles à la personne, la même faute d'imprudence doit être établie, qu'il s'agisse d'une atteinte de nature délictuelle ou contraventionnelle.

par l'article R. 625-2¹⁴⁶. Enfin, lorsque l'atteinte ne provoque aucune incapacité¹⁴⁷, l'article R. 622-1 dispose qu'il s'agit d'une contravention de deuxième classe, punie d'une amende forfaitaire de 35 euros. Le système de répression actuel reste donc bel et bien indexé sur le résultat¹⁴⁸.

La grande innovation de ce code par rapport à ceux de 1791 et 1810 est d'avoir créé une disposition générale, l'article 121-3, auquel renvoient les textes d'incrimination susmentionnés, qui donne une définition commune de l'imprudence pour toutes les infractions non intentionnelles, marquant ainsi l'ancrage subjectif du droit pénal¹⁴⁹. Cette définition est toutefois restée très évasive dans sa première mouture.

34. Persistance des difficultés: le temps des réformes

L'entrée en vigueur du Code pénal actuel n'a pas empêché les juges répressifs de continuer à faire preuve d'une grande sévérité en matière d'atteintes non intentionnelles à la personne. Ils semblaient sanctionner presque tous les faits de l'homme qui se trouvaient à l'origine d'un dommage¹⁵⁰. De nombreuses condamnations étaient prononcées, en particulier à l'encontre des décideurs publics tels que les maires ou les préfets¹⁵¹, sans qu'un comportement véritablement blâmable puisse toujours être décelé¹⁵². C'est ainsi que le législateur, non sans intérêt, a modifié l'article 121-3 du Code pénal pour tenter de circonscrire le champ de la faute pénale par rapport à la faute civile¹⁵³ et préciser ainsi le seuil de la répression en matière non intentionnelle.

¹⁴⁶ Il s'agit là d'un véritable pallier marquant une sévérité nettement moins tranchée, puisque les contraventions sont exclusives d'une peine privative de liberté. L'auteur encourt alors seulement une amende de 1 500 euros.

¹⁴⁷ Cass. crim., 5 mai 1978, n° 77-92.459, RSC 1979. 91, obs. Levasseur: «*Il suffit qu'une « atteinte quelconque [ait] été portée à l'intégrité physique de la victime ».*

¹⁴⁸ Tableau présentant l'indexation de la peine sur le résultat en droit français:

Article du Code pénal français	Art. 221-6	Art. 221-19	Art. R.625-2	Art. R. 622-1
Résultat	Mort	ITT > 3 mois	ITT ≤ 3 mois	Absence d'ITT
Peine encourue	3 ans et 45 000 €	2 ans et 30 000 €	Contravention de 5 ^{ème} classe, 1 500 €	Contravention de 2 ^{ème} classe, 35 €

¹⁴⁹ I. LORRAIN-BERTAGNA, *Le statut juridique des infractions d'imprudence et le droit pénal général*, op. cit., p. 4, n° 3.

¹⁵⁰ J. LARGUIER, PH. CONTE, et S. FOURNIER, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 15^e édition, 2013, p. 62 critiquent l'ambiguïté de l'article 121-3 CPF car il recouvre aussi bien « l'homicide ou les autres atteintes causés par cas fortuit, donc non punissables ».

¹⁵¹ N. LAVAL, *Le juge pénal et l'élu local*, L.G.D.J., Systèmes collectivities locales, 2002, p. 20.

¹⁵² Voir notamment, 1^{re} partie, titre 2, chapitre 1, section 2, II, A: La méthode d'appréciation, n° 220.

¹⁵³ H. SEILLAN, *Responsabilité pénale, dangers, accidents, maladies, catastrophes*, op. cit., p. 53 et A. DORSNER-DOLIVET, *Contribution à la restauration de la faute, condition des*

Il est d'abord intervenu avec la loi n° 96-393 du 13 mai 1996, relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence, qui visait à préciser la façon dont les fautes pénales d'imprudence devaient être appréciées¹⁵⁴. Cette réforme n'est pas parvenue à infléchir la sévérité des magistrats, ni à ramener à la dualité des fautes civile et pénale. C'est la raison pour laquelle le législateur est intervenu une seconde fois, avec la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, appelée loi Fauchon, tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, qui a instauré un système fondé sur la distinction entre causalité directe et indirecte¹⁵⁵. Ainsi, lorsqu'il est une personne physique, l'auteur qui a indirectement causé le dommage doit, pour engager sa responsabilité pénale, avoir commis une faute d'une gravité particulière, appelée faute «qualifiée». A défaut, son imprudence ne sera pas sanctionnée. Ce système extrêmement complexe a permis de mettre un terme définitif à l'unité des fautes civile et pénale. Il redéfinit partiellement le seuil de la répression mais, sans doute en raison de l'influence durable de la pensée civiliste sur la conception de l'imprudence en droit pénal français, ce système ne parvient pas à rehausser le seuil de la répression. En outre, cette redéfinition, quelque peu insolite, du seuil de la répression ne réussit pas à clarifier sa position.

35. Constat des difficultés actuelles

Les réflexions menées à la suite de ces réformes sont décevantes. Le seuil de la répression du fait non intentionnel est difficile à appréhender et les critères qui contribuent à le fixer semblent confus à bien des égards. Les auteurs se contentent désormais le plus souvent de commenter ces nouvelles dispositions, de pointer leurs limites et de souligner les questionnements qu'elles soulèvent. Ainsi, ces dispositions donnent l'amère impression d'avoir conduit à une asphyxie de la réflexion et d'avoir paralysé toute dynamique d'analyse du fait non intentionnel. Le nécessaire renouvellement de la réflexion sur le seuil de la répression en la matière suscite un appel au droit comparé, que nous avons choisi de satisfaire dans cet ouvrage par la comparaison avec le droit suisse.

II La démarche comparative avec le droit suisse

36. Droit comparé

La présentation de la démarche comparative requiert tout d'abord de savoir pourquoi une comparaison avec le droit suisse a été choisie (A). Il conviendra ensuite d'expli-

responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie, op. cit., p. 303, n° 289 et s.

¹⁵⁴ Voir 1^{re} partie, titre 2, chapitre 1, section 2, II: La notion de faute d'imprudence en droit français, n° 183.

¹⁵⁵ Voir 1^{re} partie, titre 2, chapitre 2, section 2: La causalité en droit français, n° 254.

quer l'intérêt d'une démarche comparative franco-suisse (B) et de nous intéresser à la méthodologie de la comparaison (C). Enfin, les difficultés et les limites inhérentes à cette démarche ne sauraient être esquivées (D).

A Le choix du droit suisse

37. Droit suisse

La recours au droit comparé repose avant tout sur un appétit de connaissance envers un droit étranger. A cet égard, le droit pénal suisse présente des spécificités très intéressantes en général (1) mais également, et surtout, en matière non intentionnelle (2).

1 Les spécificités du droit suisse en général

38. Spécificité linguistique

Le droit suisse éveille la curiosité en raison de sa spécificité linguistique. La Confédération suisse fait usage de trois langues officielles, à savoir l'allemand, le français et l'italien¹⁵⁶. Les règles de droit doivent ainsi être écrites dans ces trois langues, chaque version linguistique présentant une valeur juridique identique. Dès lors, si les juristes suisses travaillent nécessairement dans l'une de ces langues¹⁵⁷, il faut bien admettre qu'il se dégage dans la doctrine une véritable prépondérance pour l'allemand, tandis que le français est moins employé¹⁵⁸. Le juriste de langue italienne, quant à lui, se sert généralement de l'une des deux autres langues¹⁵⁹. Aussi, alors qu'un même Code pénal est appliqué sur l'ensemble du territoire helvétique depuis le 1^{er} janvier 1942, il est intéressant de voir apparaître certaines différences dans la façon d'appréhender le droit pénal suisse de part et d'autre du *Röstigraben* (barrière de rösti), nom attribué à la délimitation linguistique et culturelle entre les régions romande et alémanique. En raison de ces différences, l'analyse du droit pénal suisse exige de ne pas se contenter d'étudier les réflexions doctrinales et les décisions de justice de sa propre région linguistique, mais de s'intéresser de surcroît à celles des autres régions. Cette approche plurilinguistique constitue une richesse considérable du système juridique suisse, qui invite déjà, en cela, à une forme de comparaison.

¹⁵⁶ Art. 70 de la Constitution suisse: «Les langues officielles de la Confédération sont l'allemand, le français et l'italien. Le romanche est aussi langue officielle pour les rapports que la Confédération entretient avec les personnes de langue romanche».

¹⁵⁷ W. STOFFEL, «L'enseignement du droit comparé en Suisse», *Revue internationale de droit comparé*, 1988, vol. 40, n° 4.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ *Ibid.*

39. Diversité des influences du droit suisse

Le droit suisse éveille ensuite la curiosité en raison de la pluralité de ses influences. La Suisse est placée dans une «situation géographique et culturelle particulière»: il s'agit «d'un petit pays entouré de grands voisins disposant chacun d'une culture juridique riche et importante» et avec lesquelles elle partage les mêmes langues¹⁶⁰. Aussi la doctrine suisse est-elle souvent amenée à s'intéresser au droit des pays limitrophes, notamment à titre supplétif, lorsqu'elle ne parvient pas à obtenir de solution satisfaisante en se référant uniquement à ses propres doctrine et jurisprudence¹⁶¹. Il en résulte que la doctrine alémanique «s'appuie sur une documentation suisse, et aussi allemande, tandis que [la doctrine romande] recourt aux textes suisses, et également à la doctrine française»¹⁶².

L'influence du droit allemand et du droit français ne produit cependant pas les mêmes effets sur la doctrine helvétique, ce qui participe certainement à expliquer les différences d'approche juridique qui existent entre les deux principales régions linguistiques. D'un côté, la pensée du droit allemand se montre très dogmatique, en se délectant de subtiles définitions et de distinctions abstraites¹⁶³, ce qui la rapproche parfois de la philosophie du droit¹⁶⁴. La doctrine allemande recherche constamment à identifier des concepts, qui doivent «faire l'objet d'une définition rigoureuse ou *dogma*, qui s'intègre elle-même dans un ensemble ou système»¹⁶⁵. Elle est ainsi particulièrement connue pour la finesse de ses raisonnements théoriques. De l'autre côté, la pensée du droit français se révèle plus pragmatique, se caractérisant par son réalisme et son positivisme¹⁶⁶. Par conséquent, «la doctrine (...) française est davantage connue pour la qualité de ses analyses techniques que pour l'approfondissement des concepts de base de la responsabilité»¹⁶⁷.

Même si les auteurs romands se réfèrent parfois au droit français, c'est sans conteste le droit allemand qui exerce la plus forte influence sur le droit pénal suisse¹⁶⁸. Cette influence a probablement été facilitée par la prévalence de la partie germanophone de la Suisse mais elle s'explique surtout par le fait que la pensée allemande, en raison de son degré d'abstraction et de subtilité, se révèle particulièrement adéquate pour nour-

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ B. CORBOZ, «L'homicide par négligence (art. 117 CP)», *Les infractions en droit suisse*, Stämpfli, 3^e édition, 2010, p. 170.

¹⁶⁴ J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, thèse, Nancy, 2003, p. 4.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 5.

¹⁶⁷ E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 580.

¹⁶⁸ J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, *op. cit.*, p. 4.

rir le juriste suisse, en recherche de solutions théoriques, et l'aider à parachever la réflexion sur son propre système pénal.

40. Apport du droit pénal suisse pour le juriste français

Dans ce contexte, le droit suisse se présente comme un éclairage doublement intéressant pour le comparatiste français. Il apparaît en premier lieu comme un système original, qui affirme son identité et sa culture propre tout en étant ouvert aux droits voisins. Le droit suisse offre aussi un terrain fertile à la réflexion du comparatiste français en ce qu'il contient suffisamment de particularités et de différences par rapport au droit français, pour permettre à la démarche comparative de produire des résultats fructueux. Le droit suisse constitue en second lieu un pont pour le juriste français vers les théories juridiques germaniques, celles-ci leur étant souvent restées hermétiques en raison de leur «manque parfois d'approche concrète»¹⁶⁹. A cet égard, le droit suisse montre très justement que la pensée germanique n'est pas incompatible avec la pensée latine. Il témoigne au contraire de la fécondité de leur rapprochement, ce qui ne peut qu'accroître l'intérêt du comparatiste français pour le droit pénal suisse. Ce dernier présente en outre un intérêt particulier pour le juriste français en matière non intentionnelle.

2 Les spécificités du droit suisse en matière non intentionnelle

41. Stabilité des incriminations de négligence après l'unification des législations cantonales

Pendant longtemps, le droit pénal suisse n'était pas unifié sur le plan fédéral. Chaque canton avait sa propre législation et donc sa propre incrimination de la négligence¹⁷⁰.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ Voir par ex. ARGOVIE : § 20 «*Wer aus Fahrlässigkeit eine verbotene Handlung begeht, unterliegt zuchtpolizeilicher Bestrafung*». BÂLE : § 24 «*Die Strafbestimmungen dieses Gesetzes beziehen sich auf vorsätzliche begangene Handlungen; auf fahrlässige Rechtsverletzungen sind sie nur anzuwenden, wenn dies ausdrücklich vorgeschrieben ist*». BERNE : § 29 «*Wer einen rechtswidrigen Erfolg zwar nicht beabsichtigte, aber denselben durch Fahrlässigkeit versuchte oder beförderte, soll nur dann bestraft werden, wenn die fahrlässige Handlung ausdrücklich mit Strafe bedroht ist*». FREIBURG : § 34 «*Le juge distingue avec la plus scrupuleuse attention si le fait incriminé est le produit d'une volonté coupable, s'il est aggravé par la préméditation de l'agent ou s'il n'est dû qu'à la négligence ou à l'imprudence*». GENÈVE : art. 273 «*Quiconque, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, a commis involontairement un homicide ou l'a involontairement causé, est passible d'un emprisonnement de six jours à six mois et d'une amende de 50 à 1000 Fr*». Art. 275 «*Encourt la même peine quiconque, par manque de surveillance des animaux à lui appartenant ou confiés à sa garde, ou par défaut de précaution, a causé des lésions corporelles suivies de mort*». GRISON : § 19 «*Wer ohne Vorsatz, aus Fahrlässigkeit oder Unachtsamkeit, d.h. unter solchen Umständen, dass er die Folgen seiner Handlung oder Unterlassung mehr oder weniger voraussehen konnte, eine Rechtsverletzung begeht, kann, je nach dem Grade der Fahrlässigkeit oder Unachtsamkeit, mit einer nach Ermessen des Richters zu bestimmenden mildereren Strafe belegt werden*». NEUCHÂTEL : art. 299 «*Quiconque, par maladresse, imprudence,*

En 1893, STOSS a rédigé un avant-projet de Code pénal qui avait vocation à unifier les législations pénales des différents cantons. Il est voté par référendum en 1937 et entre en vigueur cinq années plus tard. Sur le même principe que le Code pénal français, il prévoit des incriminations spéciales d'homicide (article 117)¹⁷¹ et de lésions corporelles par négligence (article 125), qui renvoient toutes deux à une disposition générale (article 18 alinéa 3), qui définit la négligence.

Bien que la partie générale de ce code ait été révisée en 2002, les dispositions relatives à la négligence en matière d'atteintes à la personne n'ont pas évolué, si ce n'est au niveau de la numérotation puisque l'article 18 est devenu l'article 12. Cette grande stabilité des incriminations de négligence depuis 1942 impressionne le juriste français, qui n'a eu de cesse de voir les incriminations d'imprudences être modifiées dans son Code pénal. Elle interroge sur le système utilisé par le droit suisse pour fixer un seuil de la répression adéquat en matière non intentionnelle. En raison de sa durabilité, ce seuil semble répondre aux attentes et être en mesure d'accompagner les évolutions de la société, sans qu'il y ait besoin d'une nouvelle intervention du législateur.

inattention, négligence ou inobservation des règlements, comment involontairement un homicide ou en est involontairement la cause, est passible de la prison civile jusqu'à six mois ou d'une amende jusqu'à 1000 fr.» Art. 300 «*Si l'auteur du délit exerçait un emploi, une profession ou une industrie qui lui imposait tout particulièrement l'attention et la prudence dont il a manqué, la peine est la prison civile jusqu'à six mois et l'amende jusqu'à 5000 fr.»* SAINT-GALL: § 128 «*L'homicide par imprudence est puni soit de maison de travail, soit de prison, soit d'une amende pouvant s'élever à 5000 fr. L'amende peut s'ajouter à l'incarcération»*. THURGOVIE: § 32 «*Wenn aus einer Handlung, welch auf einen bestimmten vom Handelnden beabsichtigten Erfolg gerichtet war, ein anderer von ihm nicht beabsichtigter hervorging, so wird ihm die Tat im Bezug auf den beabsichtigten Erfolg zum Vorsätze, in Bezug auf den eingetretenen aber insofern zur Fahrlässigkeit zugerechnet, alors die Bedingungen strafbarer Fahrlässigkeit vorhanden waren»*. VAUD: «*l'homicide causé par négligence ou par imprudence est puni d'une amende de 100 fr; au plus, et s'il y a lieu, d'un emprisonnement de deux ans, au plus»*. ZURICH: art. 33 «*Fahrlässige Handlung dürfen nur dann bestraft werden, wenn dieses im besondere Teile des Gesetzes ausdrücklich vorgeschrieben ist»*. Voir également BERNE (art. 29), GLARIS (§ 26), LUCERNE (§ 25 et 26), OBWALD (art. § 20), SCHAF-FOUSE (§ 32) et SOLEURE (§ 41). C. STOSS, *Die schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung zusammengestellt und im Auftrage des Bundesrates herausgegeben*, Bâle et Genève, Commissionsverlag von H. Georg, 1890, p. 38 et s. Pour une courte synthèse, voir également C. STOSS, *Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts im Auftrage des Bundesrates, Vergleichend dargestellt*, Bâle et Genève, Commissionsverlag von H. Georg, 1890, p. 205, § 11.

¹⁷¹ Selon l'Académie suisse des sciences médicales, le critère de la mort tel que visé à l'article 117 CPS est rempli lorsqu'il est possible de constater au moins soit «un arrêt cardiaque irréversible, entraînant l'interruption de la circulation sanguine dans l'organisme et, par là-même, dans le cerveau», soit la «défaillance complète et irréversible des fonctions du cerveau» (Directives et recommandations d'éthique médicale de l'Académie suisse des sciences médicales, 17 novembre 1981, p. 23).

42. Indépendance de la négligence pénale par rapport au droit civil

En outre, et cet aspect-là est sans doute le plus important, le droit pénal suisse, en matière de négligence, a été pensé, puis s'est développé, indépendamment du droit civil et de ses impératifs indemnitaires. L'idée d'une identification de la faute pénale à la faute civile lui est donc complètement étrangère. Ce constat entraîne deux conséquences majeures.

Tout d'abord, contrairement à la responsabilité civile où l'indemnisation est fixée en fonction de la gravité du préjudice, le législateur suisse a pénalisé les infractions d'atteintes à la personne par négligence sans égard à l'ampleur du résultat dommageable¹⁷². Les articles 117 et 125 du Code pénal suisse prévoient, de manière identique, «une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire», peu important que la négligence ait engendré un décès, des lésions corporelles graves ou même légères¹⁷³. Ce choix s'est imposé comme une évidence chez les pénalistes

¹⁷² Le refus d'indexer la peine encourue sur le résultat ne signifie pas pour autant que la gravité de l'atteinte causée par la négligence n'est pas du tout prise en compte en droit pénal suisse. Au contraire, celle-ci peut entraîner des conséquences du point de vue procédural en provoquant l'absence de toute poursuite.

D'une part, le Code pénal suisse différencie la poursuite des lésions graves de celle des lésions simples. L'article 125 alinéa 2 du Code pénal suisse dispose que l'agent négligent ne sera poursuivi d'office qu'en cas de lésion grave, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de blessures qui ont mis la vie de la victime en danger ou qui ont engendré une mutilation ou une infirmité permanente ou une autre atteinte de même degré. A l'inverse, les lésions simples, qui correspondent à «de simples contusions ou griffures, ne peuvent être poursuivies qu'en cas de plainte de la victime. (G. Stratenwerth, G. Jenny et F. Bommer, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen*, Stämpfli, 7^e édition, 2010, p. 51).

D'autre part, lorsque la négligence n'a conduit qu'à des voies de fait – c'est-à-dire des lésions plus petites que les lésions simples –, celles-ci ne sont pas susceptibles de poursuite comme le prévoit l'article 52 du Code pénal suisse et ne peuvent par conséquent être sanctionnées d'aucune peine (T. Keshelava et A. Roth, «Art. 125», *Basler Kommentar, Strafrecht I*, dirigé par M. A. Niggli et H. Wiprächtiger, Helbing Lichtenhahn, 4^e édition, 2019., p. 2678 et S. Maeder et M. A. Niggli, «Art. 12», *op. cit.*, p. 192 et M. Rémy, «Art. 125», *Commentaire romand, code pénal II*, dirigé par A. Macaluso, L. Moreillon, N. Queloz, Helbing Lichtenhahn, 2017, p. 121).

¹⁷³ Pour des auteurs français favorables à une absence de pénalisation en fonction du résultat comme en droit suisse, voir notamment G. LEVASSEUR, *Une révolution en droit pénal, le nouveau régime des contraventions*, Dalloz, 1959, chronique XVIII, p. 121 et A. CHAVANNE, «Le problème de la répression des délits involontaires», *Revue de sciences criminelles et de droit comparé*, 1962, p. 241 et s.

La critiques du caractère aléatoire des peines en droit français doit cependant être relativisée à l'aune du droit suisse, car la peine privative de liberté maximale prévue par le Code pénal français correspond en fin de compte à la peine prévue par le Code pénal suisse quelle que soit la gravité du résultat, à savoir un quantum de 3 ans. La prise en compte de l'aléa en droit français constitue donc une mesure plus favorable pour l'auteur d'un dommage que les prévisions du droit suisse, puisque l'aléa ne peut conduire qu'à diminuer le quantum de la peine en dessous de 3 ans. De ce point de vue, l'auteur d'un dommage en France ne se trouve pas lésé par la prise en compte de l'aléa.

suisses, car choisir une sanction en fonction d'un dommage aléatoire¹⁷⁴, qui n'est ni voulu ni accepté¹⁷⁵, porte atteinte, selon eux, tant à l'équité qu'au principe d'attribution de la responsabilité en fonction de la faute commise¹⁷⁶.

Ensuite, cette autonomie de la négligence pénale par rapport à la responsabilité civile a conduit la jurisprudence et la doctrine à orienter essentiellement la réflexion relative au seuil de la répression sur le comportement de l'agent à l'origine du dommage. Cette réflexion abondante a permis de voir émerger en particulier, dans la seconde moitié du XX^e siècle, une théorie doctrinale originale, celle du risque autorisé, qui a été reprise par le Tribunal fédéral. Cette théorie part du principe que le risque est inhérent à la vie et que certains risques utiles à la société doivent être admis par le droit pénal. Loin du droit de la responsabilité civile qui fait de la prise de risque une cause de responsabilité, cette théorie vise au contraire à circonscrire les comportements à risque qui ne constituent pas une négligence pénale, quand bien même ils seraient à l'origine d'un dommage. Cette théorie, imprégnée de la culture d'un pays montagnard qui sait vivre avec le risque¹⁷⁷, sera utile à notre recherche. Toutefois, l'intérêt de la démarche comparative doit encore être précisé.

B L'intérêt de la comparaison juridique franco-suisse

43. Objectifs de la comparaison

Selon ANCEL, «le droit comparé consiste fondamentalement dans la constatation des points communs et des divergences qui existent entre deux ou plusieurs droits nationaux»¹⁷⁸. Il s'agit d'un «processus de comparaison»¹⁷⁹, d'une démarche intellectuelle. Néanmoins, il faut reconnaître qu'«insister sur les différences ou sur les res-

¹⁷⁴ En matière de circulation automobile par exemple, une petite inattention peut tout à fait emporter des conséquences dramatiques alors qu'une négligence très grave peut n'entraîner qu'une très faible atteinte. Un dommage plus grave ne correspond donc pas nécessairement à une dangerosité accrue de celui qui en est à l'origine.

¹⁷⁵ La solution est évidemment toute autre en ce qui concerne les infractions intentionnelles correspondantes, pour lesquelles la peine encourue est graduellement différenciée en fonction de l'atteinte provoquée: cinq ans au moins pour le meurtre (article 111 du Code pénal suisse), six mois à dix ans pour les lésions graves (article 122 du Code pénal suisse), et trois ans au plus pour les lésions simples (article 123 du Code pénal suisse).

¹⁷⁶ B. CORBOZ, «Les lésions corporelles par négligence (art. 125 CP)», *Les infractions en droit suisse*, Stämpfli, 3^e édition, 2010, p. 148.

¹⁷⁷ En matière d'imprudence, de nombreux arrêts du Tribunal fédéral ainsi que beaucoup d'exemples doctrinaux concernent des accidents en lien avec des activités à risque qui s'exercent à la montagne. Voir par ex. les n°94 (randonneur), n°130 (alpiniste), n°136 (guide de montagne), n°150 (escaladeur), n°151 (responsable de la remontée mécanique) et n°163 (skieur).

¹⁷⁸ M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé: éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Ides et calendes, 1971, p. 31.

¹⁷⁹ *Ibid.*

semblances, une fois la comparaison faite, n'a pas d'intérêt si l'on ne connaît pas le but de la comparaison elle-même»¹⁸⁰. Aussi convient-il de s'intéresser préalablement au sens à donner à la démarche suivie.

La comparaison constitue un outil pour étudier le droit¹⁸¹, dont l'intérêt principal réside dans la possibilité d'aboutir à des résultats différents, «meilleurs et plus larges»¹⁸² que ceux qui auraient été obtenus en étudiant uniquement son droit national¹⁸³. Plus précisément, dans le cadre de la présente étude, la comparaison du droit pénal français avec le droit pénal suisse poursuit un double objectif: d'une part, elle cherche à approfondir la compréhension du droit pénal français et, d'autre part, elle vise à ouvrir la voie à de nouvelles réflexions tendant à mieux fixer le seuil de la répression du fait non intentionnel. Ces deux aspects doivent être précisés.

44. Approfondissement du droit français

En premier lieu, la comparaison permet d'acquérir «une meilleure connaissance et une meilleure compréhension»¹⁸⁴ critiques de son propre droit. En appréhendant le droit suisse, le comparatiste français découvre une autre manière de penser¹⁸⁵ qui l'invite à «poser un regard différent» sur son propre droit. Il est amené à relativiser le caractère absolu et «incontestable» de son droit d'origine «par l'étonnement de l'existence [d'un autre droit]»¹⁸⁶. Il est ainsi contraint de tempérer ce «chauvinisme inconscient»¹⁸⁷, latent chez tout juriste, qui conduit à penser que les «catégories et concepts nationaux sont les seuls envisageables»¹⁸⁸. Tel sera par exemple le cas pour la sacro-sainte distinction entre causalité directe et indirecte, instaurée par la loi Fauchon, dont nous interrogerons la portée véritable. En cela, la comparaison revêt clairement une «fonction subversive»¹⁸⁹: le droit étranger apparaît comme un grain de sable

¹⁸⁰ K. MARIAT, *L'équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal, réflexions françaises à la lumière des droits allemand et italien*, thèse, Lyon, 2019, p. 48.

¹⁸¹ A ce sujet, il existe une querelle, de portée essentiellement théorique, relative à la véritable nature du droit comparé: s'agit-il d'une méthode ou bien une science autonome? A ce sujet, voir B. BLAGOJEVIC, «Le droit comparé. Méthode ou science», *Revue internationale de droit comparé*, 1953, vol. 5, n° 4, p. 653 et L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé, tome I, introduction au droit comparé*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972, p. 176 et s., n° 68.

¹⁸² B. BLAGOJEVIC, «Le droit comparé. Méthode ou science», *Revue internationale de droit comparé*, 1953, vol. 5, n° 4, p. 653

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, op. cit., p. 10.

¹⁸⁵ P. LEGRAND, «La comparaison des droits expliquée à mes étudiants», *Comparer les droits, résolument*, dirigé par P. LEGRAND, Presses universitaires de France, 2009, p. 212.

¹⁸⁶ K. MARIAT, *L'équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal*, op. cit., p. 49.

¹⁸⁷ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 4^e édition, 2016, p. 12.

¹⁸⁸ H. MUIR-WATT, «La fonction subversive du droit comparé», *Revue internationale de droit comparé*, 2000, vol. 52, n° 3, p. 506.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 505.

qui remet en cause le fonctionnement de la machine bien huilée du système juridique d'origine¹⁹⁰ et qui conduit inmanquablement à l'interroger sur ce qui était jusqu'alors présenté comme acquis¹⁹¹. C'est d'ailleurs parfois seulement par le biais de la comparaison qu'il est possible de s'apercevoir de certaines spécificités de son propre droit¹⁹², de la même manière qu'il n'est possible de se rendre compte du froid que par rapport au chaud¹⁹³, ou de l'obscurité que par rapport à la lumière. La comparaison conduit ainsi à « dévoiler la part d'hyperbole, de préjugé et de fiction que comporte [sa propre] théorie classique du droit »¹⁹⁴. Elle donne accès à une meilleure « connaissance critique de son propre système »¹⁹⁵ et amène, par là même, à un renouvellement de sa compréhension.

45. Recherche d'une amélioration du droit français

En second lieu, la comparaison cherche à dégager des perspectives d'amélioration pour notre droit en nous inspirant des réflexions conduites en droit suisse. Le droit étranger offre au comparatiste français l'espoir d'améliorer et d'enrichir son propre droit¹⁹⁶. « Il enrichit le bagage du juriste même le mieux formé, car il lui fournit des aperçus, des idées, des arguments que la seule connaissance de son propre droit ne lui offrirait pas »¹⁹⁷. La comparaison pousse alors le juriste français à aller au-delà de ses retranchements habituels et l'invite à approfondir d'une nouvelle manière les concepts qui fondent la responsabilité pénale dans son propre droit. La démarche peut se résumer de la manière suivante : « regardons ailleurs, comparons, interrogeons-nous sur les alternatives – pour élargir la perspective traditionnelle, enrichir le discours juridique et lutter contre les habitudes de pensée sclérosantes »¹⁹⁸. Cet apport du droit étranger est d'autant plus précieux en ce qui concerne l'étude du seuil de la répression du fait non intentionnel que de nombreuses incertitudes demeurent dans ce domaine. « La notion d'imprudence [reste] techniquement obscure »¹⁹⁹ et implique un certain nombre de mécanismes, qui s'avèrent souvent bien délicats à l'usage. La densité et la difficulté du thème²⁰⁰ conduisent trop souvent le juriste français à s'enliser dans des chemins de pensée déjà tout tracés, notamment par l'unité passée des fautes civiles et pénales ainsi que par les distinctions absconses de la loi Fauchon, dont il peine à sortir. La ré-

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 506.

¹⁹¹ K. MARIAT, *L'équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, p. 49.

¹⁹² M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁹³ E. PICARD, « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *Revue internationale de droit comparé*, 1999, vol. 51, N° 4, p. 892.

¹⁹⁴ H. MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *op. cit.*, p. 506.

¹⁹⁵ C. HAGUENAU-MOIZARD, *Introduction au droit comparé*, Dalloz, 2018, p. 7.

¹⁹⁶ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁹⁷ M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁹⁸ H. MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *op. cit.*, p. 506.

¹⁹⁹ G. GIUDICELLI-DELAGE, « La sanction de l'imprudence », *op. cit.*, p. 522.

²⁰⁰ Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, *op. cit.*, p. 76.

flexion se fige alors autour de raisonnements trop conventionnels, qui restreignent la progression du raisonnement. La comparaison peut ainsi apporter le souffle nouveau nécessaire pour encourager à remettre l'ouvrage sur le métier et renouveler l'approche du seuil de l'imprudence.

Ce faisant, le comparatiste peut chercher dans la documentation étrangère des solutions aux difficultés et problèmes particuliers qu'il rencontre dans son propre droit²⁰¹. En cela, il faut bien reconnaître que la comparaison «est appelée à jouer largement dans les sciences sociales le rôle [que] l'expérimentation [tient] dans les sciences de la nature»²⁰². Alors qu'il cherche à améliorer son propre droit, le comparatiste peut en effet s'appuyer sur l'expérience issue du droit étranger pour tirer des enseignements²⁰³. En se fondant sur cette expérience, il calibre de la meilleure manière ses remarques et propositions, et évite, par là même, de tomber dans les écueils de l'utopisme ou du simplisme.

Si l'intérêt de la démarche comparative réside dans l'espoir de participer à une amélioration du droit national, cette démarche n'implique toutefois pas nécessairement que le comparatiste propose une réforme législative. Bien au contraire, il est des domaines tels que celui de l'imprudence dans lesquels la proposition d'un énième changement de la législation serait sans doute mal reçu, tant par le législateur et le juge que par la doctrine, et constituerait une source supplémentaire d'insécurité juridique. Dans un tel domaine, l'intérêt de la comparaison réside surtout dans l'espoir de participer à l'amélioration de la réflexion doctrinale relative au seuil de la répression, tant en clarifiant les conditions de la responsabilité en droit positif, qu'en imaginant des éléments de solution pour l'avenir, afin d'anticiper certaines difficultés, notamment au regard des développements technologiques contemporains.

De tels objectifs soulèvent dès lors la question de la méthodologie de la comparaison.

C La méthodologie de la comparaison

46. Nécessaire souplesse de la méthode

La question de la méthodologie comparative a largement obnubilé les comparatistes²⁰⁴. De nombreuses propositions pour la théorisation d'une méthode de comparai-

²⁰¹ C. HAGUENAU-MOIZARD, *Introduction au droit comparé*, op. cit., p. 5.

²⁰² M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, op. cit., p. 88.

²⁰³ J. HERRMANN, *Les mesures de sûreté, étude comparative des droits pénaux français et allemand*, thèse, Strasbourg, 2015, p. 62.

²⁰⁴ B. JALUZOT, «Méthodologie du droit comparé: bilan et prospective», *Revue internationale de droit comparé*, 2005, vol. 57, n° 1, p. 29.

son ont été avancées par la doctrine²⁰⁵, qui s'est parfois perdue dans la recherche d'une méthode infaillible²⁰⁶.

En réalité, la quête d'une méthode unique de comparaison est contestable. Il apparaît en effet qu'une « formule unique de penser, la meilleure au sens absolu »²⁰⁷, décrite abstraitement, ne convient pas au comparatiste car elle « produit une forme d'enfermement »²⁰⁸ en l'obligeant à « demeurer dans [un] cadre fixé une fois pour toutes »²⁰⁹. L'acte de comparaison, à l'inverse, implique une part de « découverte et (...) d'inconnu »²¹⁰, que le recours à une méthode figée risquerait bien d'entraver²¹¹. En réalité, « le comparatiste qui poursuit une recherche se sert indubitablement d'une méthode propre »²¹² qu'il détermine de manière empirique. Il peut certes se référer aux différents écrits théoriques relatifs à la méthodologie, mais il ne doit pas se laisser enfermer par eux. Ces théories doivent au contraire servir à enrichir la réflexion personnelle du comparatiste dans sa propre démarche grâce à l'expérience acquise par ses pairs. Il doit ainsi adopter une méthode « pragmatique »²¹³, qui doit s'avérer suffisamment flexible pour pouvoir « évoluer au gré des découvertes et des remises en question »²¹⁴.

Bien qu'elle puisse être caractérisée par une certaine souplesse, la méthode de comparaison employée par le chercheur doit rester suffisamment claire et rigoureuse pour permettre de garantir la valeur de l'étude et la fiabilité de ses résultats. Il doit donc identifier une méthode de comparaison qui convienne à sa recherche et la présenter consciencieusement avant d'entamer la comparaison. C'est ce qu'il nous incombe de faire à présent.

47. Recours au principe fonctionnel

La méthode que nous emploierons se fonde sur le principe fonctionnel, mis en évidence par les Professeurs ZWEIGERT et KÖTZ²¹⁵. Ce principe repose « sur l'expérience de base de la comparaison des droits, qui montre que si toute société organise son droit essentiellement pour répondre à des problèmes identiques, chaque ordre juri-

²⁰⁵ Sur cette question, voir L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé, tome 2, La méthode comparative*, Librairie de droit et de jurisprudence, 1974, p. 56 et s., n° 14 et s.

²⁰⁶ C. HAGUENAU-MOIZARD, *Introduction au droit comparé, op. cit.*, p. 16.

²⁰⁷ P. STANZIONE, « Considérations sur les méthodes du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 1973, vol. 25, n° 4, p. 879.

²⁰⁸ C. HAGUENAU-MOIZARD, *Introduction au droit comparé, op. cit.*, p. 16.

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ *Ibid.*, p. 17.

²¹¹ *Ibid.*

²¹² P. STANZIONE, « Considérations sur les méthodes du droit comparé », *op. cit.*, p. 884.

²¹³ C. HAGUENAU-MOIZARD, *Introduction au droit comparé, op. cit.*, p. 8.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 17.

²¹⁵ K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Mohr Siebeck, 3^e édition, 1996, p. 33 et s.

dique résout ces problèmes de manière très différente»²¹⁶. C'est la raison pour laquelle «l'absence de telle institution dans tel système et sa présence dans tel autre système ne signifie pas nécessairement qu'il y a une opposition irréductible entre [les] deux systèmes, puisque chaque système [peut parvenir] à assurer les [mêmes objectifs] par des voies qui lui sont propres»²¹⁷. Le comparatiste doit par conséquent s'attacher à trouver des institutions équivalentes, c'est-à-dire les «principes et [les] règles qui remplissent les mêmes fonctions»²¹⁸ dans les systèmes juridiques étudiés.

48. Sens de la comparaison

Pour mettre en œuvre ce principe, notre comparaison des droits suisse et français part du postulat que l'origine du comparatiste influence nécessairement le sens de la comparaison. Selon notre conception, le comparatiste français ne se trouve pas au milieu d'un gué entre le droit suisse et le droit français. Par sa formation et sa culture juridique, il se situe incontestablement sur la rive du droit français. C'est donc seulement à partir de cette rive, avec son regard français, qu'il peut observer ce qui se pense sur l'autre rive, celle du droit suisse. À partir de ses observations, il lui appartient alors de s'interroger sur l'organisation de sa propre rive et de réfléchir à ses potentielles améliorations.

Formulé autrement, le juriste français ne peut faire que du «droit comparé français», c'est-à-dire qu'il ne peut que recourir au droit étranger pour réfléchir à son propre droit et non l'inverse. En raison de son appartenance à la rive du droit français, il ne doit donc pas chercher à commettre d'ingérence dans le droit qui lui est étranger mais doit se restreindre à une simple observation, plus ou moins critique, de celui-ci.

49. Première étape : observation du droit étranger

Le comparatiste français doit commencer par observer le droit suisse. «Une étude sérieuse du droit étranger (...) est indispensable avant toute comparaison proprement dite»²¹⁹, car il n'est possible de comparer que ce que l'on connaît²²⁰. «Nul en effet n'est comparatiste sans avoir [étudié] d'abord le droit étranger, comme nul n'est chef d'orchestre sans être ou avoir été d'abord instrumentiste»²²¹.

Les éléments relatifs au droit étranger constituent ainsi la «matière première»²²² de la comparaison. Pour cette raison, le comparatiste doit chercher à sonder scrupuleuse-

²¹⁶ *Ibid.*, traduit par K. MARIAT, *L'équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, p. 55.

²¹⁷ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 52.

²¹⁸ C. HAGUENAU-MOIZARD, *Introduction au droit comparé*, *op. cit.*, p. 11.

²¹⁹ M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, *op. cit.*, p. 89.

²²⁰ K. MARIAT, *L'équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, p. 56.

²²¹ M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, *op. cit.*, p. 90.

²²² J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 5.

ment le droit étranger²²³. Il doit s'efforcer d'en identifier les principes, la logique et les subtilités. Une telle exploration, «bien que souvent délicate», présente l'avantage de s'imprégner de «l'esprit du droit étranger»²²⁴. A défaut, s'il passe trop vite cette étape, il risque de réaliser des «erreurs et [des] approximations hâtives»²²⁵ qui se répercuteraient sur les résultats de sa recherche. Cette étape conditionne par conséquent la pertinence de la comparaison à venir²²⁶, ce qui explique la «présence de passages de pur droit étranger»²²⁷ dans cette étude.

Pour obtenir une «connaissance brute du droit étranger»²²⁸, le comparatiste doit s'intéresser à toutes les sources du droit national concerné qui touchent à son domaine de recherche, qu'elles soient de nature législative, jurisprudentielle ou doctrinale²²⁹. À cet égard, les sources doctrinales jouent un rôle primordial en droit suisse puisque les réflexions des auteurs suisses sont souvent directement citées dans les arrêts du Tribunal fédéral à l'appui de ses solutions. Les données doctrinales offrent en outre une image assez fidèle de l'état du droit étudié car elles émanent d'auteurs qui, grâce à leur culture juridique, ont véritablement pu assimiler les données du droit suisse. Elles conduisent le comparatiste à dépasser les seules «données ponctuelles»²³⁰ pour accéder à «des constructions générales, coiffant tel phénomène ou tel concept juridique»²³¹. Elles lui offrent ainsi le moyen de prendre la distance nécessaire pour adopter un regard plus englobant sur le droit étranger.

50. Seconde étape: le renouvellement du regard porté sur son propre droit

Le comparatiste français doit ensuite s'intéresser à son propre droit, en l'analysant à la lumière de ce qu'il a observé sur l'autre rive. Pour ce faire, il peut procéder de deux manières, selon la phase d'étude dans laquelle il se trouve.

51. Comparaison des institutions équivalentes (1)

En premier lieu, le comparatiste peut comparer une à une les institutions qu'il identifie comme équivalentes dans les deux systèmes, afin d'en révéler les points de convergence et de divergence. Il apparaît ainsi qu'il existe une distinction terminologique entre les traditions juridiques helvétique et française dans la désignation du fait non in-

²²³ L. MOREILLON, *L'infraction par omission, étude des infractions à la vie et à l'intégrité corporelle en droit anglais, français, allemand et suisse*, Librairie Droz, 1993, p. 29.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, *op. cit.*, p. 89.

²²⁶ K. MARIAT, *L'équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, p. 56.

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ *Ibid.*, p. 57.

²²⁹ O. DORNIER, *Juges et membre du ministère public dans l'avant-procès, l'exemple de l'Allemagne et de la France*, thèse, Paris, 2019, p. 60.

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ *Ibid.*

tionnel réprimé. En droit suisse, il s'avère beaucoup plus usuel de recourir au terme de «négligence» (*Fahrlässigkeit*), conformément aux titres marginaux²³² des articles 117 et 125 du Code pénal suisse relatifs respectivement à l'«*homicide par négligence*» et aux «*lésions corporelles par négligence*». Néanmoins, cela n'empêche pas la doctrine suisse d'employer occasionnellement le terme d'imprudence (*Unvorsichtigkeit*), qu'elle considère comme synonyme de négligence. En droit français, à l'inverse, le terme d'«imprudence» est largement préféré à celui de «négligence». Il arrive toutefois que les deux termes soient consécutivement visés par la doctrine et la jurisprudence, conformément au troisième alinéa de l'article 121-3 du Code pénal français: «*en cas de faute d'imprudence, de négligence (...)*». Cette double énumération prend d'ailleurs un sens particulier chez certains auteurs français qui prêtent un sens strict différent à l'imprudence et à la négligence, considérant que le premier terme correspond à une commission, alors que le second se rapporte à une omission²³³. En raison de cette différence, nous recourons alternativement aux termes d'imprudence et de négligence dans le cadre de cette étude, de manière à employer la terminologie propre aux traditions juridiques suisse et française.

Grâce à ce premier procédé, le comparatiste dresse un état des lieux des deux droits, afin de mettre en perspective le droit français grâce à la comparaison avec le droit suisse. Ainsi, la théorisation de la structure de l'infraction non intentionnelle en droit suisse semblera bien plus fine et aboutie qu'en droit français. Lorsque les institutions sont identiques, comme la conception de la psychologie non intentionnelle²³⁴, le comparatiste peut les présenter ensemble pour éviter les redondances, tout en précisant les particularités propres à chacune d'elles le cas échéant. Le droit suisse lui sert alors, en quelque sorte, de «combustible intellectuel pour relativiser [son] propre système»²³⁵ et lui apporter un éclairage nouveau.

Alors qu'il emploie ce procédé, il doit chercher à comparer au plus proche les données des deux droits, de manière à faire apparaître, dans la structure de son étude, les traits

²³² Nom donné aux titres des articles qui se trouvent dans la marge des codes suisses.

²³³ Voir notamment A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982, p. 313; O. DÉCIMA, S. DETRAZ, E. VERNY, *Droit pénal général*, L.G.D.J., 5^e édition, 2022, p. 207, n° 406; E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Premier fascicule (art. 1 à 165), Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1901, n° 22; A. LÉgal, *De la négligence et de l'imprudence comme source de responsabilité civile délictuelle*, thèse, Paris, Jouve et C. Éditeurs, 1922, p. 49; P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, Cujas, 2013, p. 190; D. REBUT, *L'omission en droit pénal, pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, thèse, Lyon, 1993, p. 333 et F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, thèse, Poitiers, 2006, p. 117.

²³⁴ Voir 1^{re} partie, titre 1, chapitre 1, section 1, II, A: La conception similaire de la psychologie non intentionnelle, n° 92 et s.

²³⁵ K. MARIAT, *L'équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, p. 54.

distinctifs de chacun. Il doit toutefois se garder de choisir une échelle de comparaison trop petite, qui ferait fi des unités de sens, car il risquerait alors de dénaturer la description des systèmes juridiques. Il doit par conséquent veiller continuellement à faire varier l'échelle de comparaison, afin qu'elle soit la plus adaptée possible à l'objet étudié, de la même manière qu'un œil s'adapte en permanence pour mettre au point sa vision en fonction de l'objet qu'il regarde.

52. Transposition d'une institution intéressante (2)

En second lieu, lorsque le comparatiste découvre dans le droit étranger une institution intéressante, il peut chercher à la transposer à son propre système juridique, comme nous le ferons avec la théorie du risque autorisé. Dans cette hypothèse, le comparatiste français n'identifie pas dans le droit français d'équivalent apparent à l'institution helvétique. Cette découverte peut lui permettre d'enrichir son propre droit, en y important le contenu de l'institution qui lui paraît novatrice.

Il convient de préciser que ce procédé ne consiste pas en une forme de «tourisme pénal»²³⁶ qui se contenterait d'emprunter telle ou telle solution au droit suisse²³⁷. Effectuer des propositions inspirées de la comparaison ne peut se résumer en de simples «copiés-collés» des solutions étrangères intéressantes. En raison du principe de légalité criminelle et de la culture juridique propre à chaque pays, le comparatiste français ne peut pas importer directement dans son droit une institution émanant d'un droit étranger²³⁸ : la greffe ne prendrait pas. L'institution s'exposerait à être perçue comme un corps étranger incompatible avec le système juridique français, que ce dernier finirait par rejeter. Pour que la greffe prenne, le comparatiste doit proposer un greffon qui, d'après les caractéristiques du droit français, peut vraisemblablement être reconnu par celui-ci. Il doit pour cela essayer de trouver une autre institution dans son propre droit, comme la théorie de l'erreur, qui lui servira de support pour recevoir le contenu de l'institution étrangère. Il pourra ainsi importer en droit français les éléments qui sont pertinents tout en respectant les règles et les principes qui régissent celui-ci. Le respect de ces règles et principes conditionne la bonne affinité du greffon avec le système juridique français qui l'accueille. Le cas échéant, ce greffon pourra alors se développer progressivement dans son nouvel environnement et conduire à porter des fruits utiles pour le système juridique du comparatiste.

Lorsque le comparatiste procède à une telle opération, il doit placer l'échelle de la comparaison au niveau de l'institution considérée : il doit d'abord s'attacher à présenter intégralement l'institution étrangère, de manière à en avoir une profonde compréhension, puis il doit examiner les données du droit français, qui sont susceptibles de rendre possible une transposition efficace dans son droit national.

²³⁶ J. PRADEL, *Droit pénal comparé, op. cit.*, p. 4.

²³⁷ L. MOREILLON, *L'infraction par omission, op. cit.*, p. 29.

²³⁸ G. BEAUSSONIE, *Le rôle de la doctrine en droit pénal*, L'Harmattan, 2006, p. 140 et s.

53. Synthèse de la seconde étape

Ces deux procédés garantissent ensemble une grande marge de manœuvre au comparatiste, tout en lui donnant des outils efficaces pour tirer le meilleur profit de son expérience étrangère. Pour finir, le chercheur doit restituer ses travaux de manière intelligible pour ses pairs. Le comparatiste français n'en restant pas moins un juriste français, il est tenu de respecter le formalisme en vigueur sur son propre rivage. Il doit donc s'efforcer de présenter son étude en appliquant la traditionnelle logique binaire, profondément ancrée dans la pensée juridique française, ce qui ne manquera pas d'étonner le juriste helvétique peu habitué à un tel formalisme.

En tout état de cause, malgré sa grande liberté et quelle que soit la méthode de comparaison employée, le comparatiste doit faire face à un certain nombre de difficultés.

D Les difficultés de la comparaison

54. Double difficulté

Le comparatiste se trouve sur un chemin semé d'embûches, tant en raison des difficultés de la traduction que des dangers de sa subjectivité.

55. Traduction du droit étranger (1)

En premier lieu, le comparatiste doit surmonter les difficultés liées à la traduction du droit étranger. Selon KÉVIN MARIAT, «le droit est langage et la comparaison des droits implique la rencontre [de ces] langages»²³⁹. En ce qui concerne le langage du droit suisse, il est dans sa grande majorité exprimé en langue allemande, de telle sorte que sa rencontre nécessite de recourir à la traduction.

Or la traduction juridique est un exercice délicat, car il n'est pas seulement question de traduire des mots, mais de restituer dans sa langue le sens d'une pensée juridique qui a été conçue à partir de structures grammaticales et de particularités lexicales propres à une autre langue²⁴⁰. C'est pour cette raison qu'il n'est pas possible d'obtenir une traduction qui reproduise à l'identique le texte étranger dans sa langue, mais seulement qui en donne un sens équivalent²⁴¹. Ainsi que l'affirme RICOEUR, «la traduction est ce phénomène d'équivalence sans identité»²⁴². Le comparatiste doit par conséquent s'efforcer de trouver le meilleur équivalent possible, en tâchant constamment d'éviter deux «affaires»²⁴³. D'une part, il doit prendre garde à ne pas donner une traduction trop

²³⁹ K. MARIAT, *L'équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, p. 57.

²⁴⁰ B. DE LOYNES DE FUMICHON, *Introduction au droit comparé*, vol. 2, *Journal de droit Comparé du Pacifique*, 2013 p. 90.

²⁴¹ P. RICOEUR, «Cultures, du deuil à la traduction», *Le Monde*, 24 mai 2004.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, *op. cit.*, p. 4.

littérale du texte d'origine qui, bien que fidèle, risquerait de ne pas en restituer l'intégralité du sens. D'autre part, il ne doit pas recourir à une traduction trop explicative, qui risquerait de faire perdre la concision nécessaire à la bonne compréhension du droit étranger²⁴⁴. Il s'agit donc d'un fragile équilibre sur lequel le comparatiste doit soigneusement veiller. Dans le cadre de la présente étude, la traduction proposée sera accompagnée du texte original en note de bas de page, de manière à donner le meilleur accès possible au droit suisse.

56.

La difficulté de la traduction s'accroît avec la langue allemande «en raison de la richesse de son vocabulaire et de ses possibilités infinies de noms composés»²⁴⁵. Prenons l'exemple du terme «*Tätigkeitskomplex*», employé dans le cadre de la théorie du risque autorisé²⁴⁶. Il ne connaît aucun équivalent formel en langue française. Il est composé de «*Komplex*», qui désigne «un ensemble fermé, dont les parties sont diversement liées»²⁴⁷, et «*Tätigkeit*», qui signifie l'action, l'activité. Une traduction littérale conduirait à traduire ce terme par «complexe d'activité», mais elle s'avèrerait bien moins signifiante pour le francophone qu'elle ne l'est en allemand. Ce terme ne peut pas non plus être traduit par l'expression «domaine d'activité», car elle se révèle plus vague, et se traduit de toute manière en allemand par «*Tätigkeitsbereich*». Pour rendre l'aspect visuel du terme allemand, il est possible en revanche de traduire ce terme par l'expression créative «sphère d'activité»: l'idée d'un espace fermé apparaît ainsi clairement dans le terme «sphère» et la multitude d'éléments qu'elle comprend se déduit dans l'ajout du terme «activité». Le francophone en comprend alors bien l'idée: il s'agit d'activités diverses qui sont circonscrites à un domaine bien particulier.

57.

Enfin, le comparatiste doit se méfier du sens qu'il donne aux termes juridiques du droit étranger qui, une fois traduits, sont similaires à ceux de son droit national. Il doit prendre soin de vérifier précisément leur sens dans le droit étranger, car il n'est pas rare qu'un même terme «[serve] à désigner, dans des systèmes juridiques différents, des institutions dissemblables»²⁴⁸. C'est ce qu'il convient d'appeler des faux-amis juridiques²⁴⁹. A cet égard, le droit suisse présente une difficulté supplémentaire, car les termes juridiques en langue allemande connaissent la plupart du temps une tra-

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 5.

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ Voir 2^e partie, titre 2, chapitre 1, section 1, I, A: Les sphères d'activité ne nécessitant aucune autorisation, n° 459.

²⁴⁷ Dictionnaire *Duden* en ligne, entrée «*Komplex, der*».

²⁴⁸ J.-B. HERZOG, «Les principes et les méthodes du droit pénal comparé», *Revue internationale de droit comparé*, 1957, vol. 9, n° 2, p. 349.

²⁴⁹ M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé, op. cit.*, p. 92.

duction officielle en langue française²⁵⁰, qui est employée par les juristes romands. Le comparatiste français doit alors éviter de se laisser tromper par cette apparente facilité et doit systématiquement en vérifier le sens pour ne pas se fourvoyer. A titre d'illustration, le terme «*Schuld*» en allemand est officiellement traduit par «culpabilité» en français. Toutefois, le sens technique de ce terme diverge en droit suisse et en droit français. En droit suisse, la culpabilité se réfère au troisième élément constitutif de l'infraction punissable, qui a trait aux capacités de l'agent, ce qui rapproche ce terme de celui d'imputabilité en droit français. A l'inverse, en droit français, la culpabilité renvoie à la notion de faute intentionnelle ou d'imprudence, ce qui correspond en droit suisse à la question de la typicité subjective. Le terme culpabilité désigne ainsi une notion bien différente selon le système juridique dans lequel il est employé²⁵¹. Lorsqu'il se réfère au droit suisse, le comparatiste français ne peut traduire le terme germanique qu'en utilisant la terminologie romande, afin de ne pas dénaturer le droit helvétique. Lorsqu'il l'emploie cependant, il doit alors s'assurer qu'il ne crée aucune confusion avec le sens généralement attribué à ce terme en droit français dans le cadre de son étude. Il peut par exemple, comme nous le ferons, préciser que le terme est employé au sens du droit suisse, en indiquant à côté, entre parenthèses, la terminologie germanique correspondante.

58. Subjectivité du comparatiste (2)

En second lieu, le comparatiste ne doit pas laisser sa subjectivité déformer la représentation qu'il se fait du droit étranger.

En rendant compte du droit suisse, le comparatiste français ne présente généralement pas les choses tout à fait comme elles l'auraient été par un juriste helvète²⁵², car il ne peut appréhender le droit suisse qu'au prisme de sa propre subjectivité. Cette subjectivité est parfaitement normale et n'entraîne pas, en tant que telle, de conséquences négatives. Au contraire, elle peut amener le comparatiste à présenter les enjeux du droit étranger d'une manière originale, ce que nous ferons en effectuant une synthèse de la théorie du risque autorisé.

En revanche, un danger apparaît lorsque la subjectivité du comparatiste le conduit à déformer le droit étranger, en projetant ses propres conceptions nationales, ou bien ses propres espérances, sur les institutions étrangères qu'il étudie. Il lui incombe donc de constamment veiller à ne tomber dans aucun de ces écueils. D'un côté, il doit prendre garde à ne pas projeter sa propre conception nationale sur le droit étran-

²⁵⁰ Les traductions officielles se trouvent sur <www.termdat.bk.admin.ch>.

²⁵¹ La notion de culpabilité en droits suisse et français fera l'objet de plus amples développements ultérieurs. Concernant le droit suisse, voir 1^{re} partie, titre 1, chapitre 1, section 1, I, A, 1 : La structure tripartite de l'infraction en droit suisse, n° 70 et s. Concernant le droit français, voir B, 1 : La structure binaire de l'infraction en droit français, n° 82 et s.

²⁵² P. LEGRAND, «La comparaison des droits expliquée à mes étudiants», *op. cit.*, p. 238.

ger. Lorsqu'il étudie le droit étranger, il «ne peut jamais totalement s'extraire ni de son droit, ni de sa langue, ni de sa culture»²⁵³. Il reste malgré lui un juriste français²⁵⁴, dont il garde toujours certains réflexes, de la même manière qu'un Français conserve toujours «le réflexe de demander une carafe d'eau dans [un restaurant suisse]»²⁵⁵. Le comparatiste doit cependant essayer, autant que faire se peut, de se distancer de son droit national lorsqu'il appréhende un droit étranger. Il doit faire preuve de «modestie»²⁵⁶ en cherchant à mettre de côté les certitudes qu'il a acquises au regard de son propre droit: les logiques qu'il a apprises «ne sont pas les seules possibles et peut-être pas les meilleures non plus»²⁵⁷. Il doit chercher à retrouver un œil neuf sur la matière, de manière à s'appropriier les logiques qui sous-tendent les raisonnements du droit étranger. C'est seulement à ce prix qu'il peut espérer accéder à une compréhension satisfaisante du système étranger. De l'autre côté, le comparatiste doit prendre garde de ne pas projeter ses propres espoirs sur le droit étranger. Dans sa quête de solutions innovantes, il ne doit pas tomber dans le piège inverse, qui consiste à vouer une admiration «sans limite»²⁵⁸ au droit étranger, en croyant que ce dernier sera le remède à tous les maux du droit français. Il doit garder à l'esprit que l'herbe n'est pas nécessairement plus verte dans le jardin du voisin²⁵⁹ et s'efforcer, par conséquent, d'appréhender le droit étranger dans tout ce qu'il est, c'est-à-dire avec ses limites et ses insuffisances, de manière à «éviter l'écueil de l'utopie»²⁶⁰.

Pour nous assurer de ne tomber dans aucun de ces deux écueils, la réalisation de la présente thèse a été codirigée par une Professeure de droit français et deux Professeurs de droit suisse, la première enseignant en Suisse alémanique, le second en Suisse romande.

La démarche comparative avec le droit suisse ayant été expliquée, il est maintenant possible s'intéresser à son apport pour fixer le seuil de la répression pénale du fait non intentionnel en droit français. Il s'agit de la présentation de la thèse à proprement parler.

²⁵³ K. MARIAT, *L'équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal*, *op. cit.*, p. 52.

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ W. STOFFEL, «L'enseignement du droit comparé en Suisse», *op. cit.*, p. 735.

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 15.

²⁵⁹ *Ibid.*

²⁶⁰ O. DORNIER, *Juges et membre du ministère public dans l'avant-procès*, *op. cit.*, p. 13.

III La présentation de la thèse

59. Objet de la thèse

L'objet de cette thèse est de redéfinir le seuil de la répression qui marque le passage entre les faits non intentionnels devant être sanctionnés pénalement et ceux qui sont admissibles, car tout fait non intentionnel qui cause une atteinte à la personne ne doit pas nécessairement être sanctionné. Certains comportements risqués, parce qu'ils sont nécessaires à des activités utiles, doivent être considérés comme inhérents à la vie en société. Dès lors, ces comportements, quand bien même ils causeraient un dommage, doivent être exclus du champ de la répression, en ce qu'ils ne témoignent d'aucune indifférence sociale à l'égard d'autrui. Ce choix s'impose dans la mesure où la pénalisation de toute prise de risque conduirait inéluctablement à causer un plus grand trouble à la société que celui induit par ces risques eux-mêmes.

60. Méthode de la thèse

Pour fixer le seuil de la répression, nous commencerons par chercher à identifier le fait non intentionnel punissable en droit suisse et français, c'est-à-dire les comportements non intentionnels qui se situent au-delà du seuil de la répression, en faisant l'exégèse des textes d'incrimination et en nous intéressant tant à la jurisprudence qu'à la doctrine des deux pays.

Nous verrons que l'imprudence et la négligence sont délicates à appréhender en droit suisse comme en droit français, à tous points de vue, ce qui ne facilite pas l'identification d'un seuil net de la répression. D'une part, il n'est pas aisé d'intégrer l'imprudence et la négligence dans la structure de l'infraction, qui a été initialement pensée pour les infractions intentionnelles. D'autre part, la psychologie des imprudents est difficile à appréhender, en particulier en ce qui concerne sa limite avec l'intention. Le phénomène que l'on cherche à réprimer est ensuite protéiforme : le comportement imprudent de l'ingénieur n'apparaît pas exactement de la même manière que celui du médecin. Cette diversité des formes d'imprudence a conduit les législateurs suisse et français à incriminer le comportement non intentionnel par le biais d'incriminations ouvertes. C'est grâce à cette marge de manœuvre que le droit français, qui ne connaît pas la figure de l'omission improprement dite du droit suisse, a pu étendre la répression de l'imprudence aux omissions non intentionnelles.

Le caractère ouvert de ces textes a pour conséquence de laisser une grande place à l'interprétation par le juge des éléments constitutifs de l'infraction non intentionnelle, donnant à celui-ci une grande malléabilité dans la détermination du seuil de la répression. En Suisse, le juge a toutefois su s'autolimiter en utilisant les textes d'incrimination avec mesure. En droit français, du fait de l'unité des fautes civile et pénale, la faute pénale a été étendue de manière extrêmement large. La causalité l'était elle-même déjà. Cela a conduit à une extension de la répression en matière non intention-

nelle qui a considérablement rabaisé le seuil de la répression. Ainsi, tout fait de l'homme causant un dommage à autrui pouvait tomber sous le coup de la loi pénale française. Le législateur est alors intervenu par deux fois pour circonscrire la répression et relever son seuil. La loi n° 96-393 du 13 mai 1996, en proposant des critères concrets pour apprécier la faute n'a pas suffi à atténuer la rigueur des juges. Le législateur est intervenu une seconde fois avec la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 qui a tenté de redéfinir le seuil de la répression pour les personnes physiques. Cette réforme a en réalité surtout participé à protéger les dirigeants publics, tout en complexifiant considérablement le droit positif pour tout le monde. Non seulement elle n'a pas atténué la rigueur de la répression mais elle a fait naître des incertitudes extrêmement préoccupantes concernant le seuil de la répression. Pire, selon nous, cette réforme a contribué au délaissement de toute réflexion globale sur la détermination de l'imprudence. Le pénaliste français, enfermé dans les distinctions stériles de cette loi, ne cherche plus de méthode innovante pour prévoir un seuil de la répression efficace et prévisible pour le fait non intentionnel.

Ainsi, dans les lois suisse et française, le fait non intentionnel punissable est insuffisamment circonscrit pour permettre de fixer le seuil de la répression : selon l'appréciation effectuée, le seuil de la répression peut être situé un peu là où on le veut. Cette première approche est insuffisante pour fixer le seuil de la répression et ne nous permettra finalement que d'effectuer des propositions formelles afin d'améliorer la qualité des textes d'incrimination français. En raison des difficultés à incriminer l'imprudence, nous considérons que ce n'est pas le texte qui doit être changé : proposer une énième réforme de la loi française ne serait d'aucune efficacité puisque les efforts des législateurs successifs n'ont pas permis de circonscrire convenablement la répression en matière non intentionnelle. Nous pensons que c'est le regard porté sur le fait non intentionnel qui doit évoluer (**Première partie**).

61.

C'est la raison pour laquelle cette première approche doit être complétée par une seconde approche, complémentaire, qui vise à prendre en compte le fait non intentionnel admissible. Il s'agira ici de déterminer à rebours dans quelles conditions un comportement à risque peut être admis par le droit pénal, c'est-à-dire rester en-deçà du seuil de la répression pénale. Le même seuil de la répression continuera d'être étudié mais en changeant juste l'angle d'approche. La complémentarité de ces deux approches permettra de dire où ce seuil doit se situer.

En droit suisse, la limitation de la répression vient en réalité de la théorie du risque autorisé. Cette théorie, reconnue par le Tribunal fédéral, s'attache à déterminer, lorsque le risque présente une utilité pour la société, à quelles conditions celui-ci doit être admis. Nous essayerons d'effectuer une synthèse de cette théorie, ce qui est déjà en soit une œuvre créatrice dès lors que les auteurs s'y réfèrent le plus généralement

sans préciser exactement ce qu'elle recouvre. Cela est particulièrement vrai chez les auteurs romands car les écrits développés sur le risque autorisé sont presque toujours rédigés en allemand, ce qui rend leur accès plus difficile. Il n'empêche que cette théorie a su poser une limite claire à l'interprétation des textes incriminant la négligence, en fixant un seuil de la répression qui prend en compte l'existence d'un certain risque inhérent à la vie.

Lorsqu'on lit les auteurs français du XX^e siècle, on s'aperçoit que cette théorie rappelle largement celle de l'erreur, que ces auteurs s'étaient efforcés de développer mais qui est tombée en désuétude. De ce fait, les développements sur l'erreur, que nous qualifierons d'irréductible par opposition à l'erreur fautive, sont assez pauvres en matière non intentionnelle. Ils n'expliquent pas grand-chose sur la façon de déterminer ce qui n'est qu'erreur mais présentent le mérite d'affirmer clairement que tout comportement dommageable n'est pas forcément coupable.

Les réflexions sur le risque autorisé nous permettront alors de nourrir la théorie de l'erreur et de la remettre au goût du jour. A la place d'une nouvelle réforme, nous proposerons donc un regard renouvelé sur les textes français, qui intègre les différentes réflexions apparaissant dans la théorie du risque autorisé, tout en respectant les exigences posées par les incriminations actuelles. C'est ce nouveau regard sur le fait non intentionnel, qui admet la nécessité d'un certain risque et intègre une idée de proportionnalité, qui nous semble pouvoir être fécond pour préciser de manière dynamique le seuil de la répression. Cette démarche conduira à établir une méthode détaillée qui détermine, étape par étape, si le fait non intentionnel peut être admis ou non par le droit pénal français (**Seconde partie**).

Première partie

**L'insuffisante circonscription du fait
non intentionnel punissable pour
la fixation du seuil de la répression**

62. Circonscription du fait non intentionnel punissable

Dans cette première partie, l'objectif est d'essayer de fixer en droit suisse et français le seuil de la répression par référence aux principes et critères permettant de circonscrire les faits non intentionnels qui, lorsqu'ils causent une atteinte à autrui, deviennent punissables en caractérisant une négligence ou une imprudence.

Pour les circonscrire, il est nécessaire de s'intéresser préalablement à la façon dont les faits non intentionnels punissables sont appréhendés par le droit pénal. Leur traitement soulève un certain nombre de difficultés. Ainsi, la place de l'imprudence et de la négligence n'est pas toujours aisée à identifier, tant au niveau de la structure de l'infraction que par rapport à l'intention. En outre, l'imprudence et la négligence ne sont pas faciles à définir avec concision. Les incriminations d'atteinte à la personne des droits suisse et français renvoient toutes deux à des dispositions générales, l'article 121-3 du Code pénal français et l'article 12 du Code pénal suisse, qui définissent la non-intention punissable de manière «ouverte». Faute de pouvoir obtenir une incrimination plus précise, celle-ci permet d'englober une grande diversité de comportements non intentionnels, allant de l'automobiliste peu scrupuleux à l'infirmité épuisée par le travail. L'incrimination de la non-intention est d'ailleurs appréhendée de manière si large en droit français que la jurisprudence française n'hésite pas à l'étendre aux comportements d'omission, là où le droit suisse recourt en général à la figure de l'omission improprement dite. Ces différents éléments attestent des difficultés particulières auxquelles le droit pénal, d'abord pensé en fonction des infractions intentionnelles, fait face pour appréhender ce qui constitue un fait non intentionnel punissable et fixer un seuil de la répression satisfaisant (**Titre 1**).

63.

Ces difficultés, en particulier du point de vue de l'incrimination, ont des conséquences sur la caractérisation des variables de la répression du fait non intentionnel, à savoir le comportement en lui-même et le lien de causalité. Ces éléments, selon qu'ils sont appréciés de manière extensive ou restrictive conduisent à rehausser ou à rabaisser le seuil de la répression du fait non intentionnel. En Suisse, ces éléments sont abordés de manière unitaire: il y a une définition du comportement typique négligeant et une façon de déterminer le lien causal. Toutefois, ils sont décrits de manière particulièrement large par la loi. Si l'on s'en tenait aux seuls termes légaux, le droit suisse pourrait sanctionner la négligence de manière particulièrement extensive. En France, les réformes de 1996 et 2000 ont cherché à circonscrire ces deux éléments pour rabaisser un seuil de la répression jugé trop élevé en pratique, en particulier pour les décideurs publics. La première réforme a précisé la façon dont devait être appréciée la faute d'imprudence, alors que la seconde a instauré pour les personnes physiques un régime dualiste des éléments de l'infraction fondé sur les distinctions entre la faute simple et qualifiée d'une part et causalité directe et indirecte d'autre part. Malheureusement, en

raison de l'influence de l'unité des fautes civile et pénale et d'une appréciation extensive de ces éléments par les juges répressifs, ces réformes n'ont pas emporté le succès escompté. Aujourd'hui celles-ci ont surtout conduit à mettre en place un système complexe qui brouille le seuil de la répression. L'approche qui consiste à circonscrire le fait non intentionnel punissable pour fixer le seuil de la répression s'avèrera donc insuffisante²⁶¹, suscitant un besoin de renouveler la réflexion en la matière (**Titre 2**).

²⁶¹ Pour cette raison, seules des propositions formelles visant à améliorer la lisibilité du dispositif français pourront être effectuées à l'issue de cette première partie. Voir conclusion de la première partie, n° 296 et s.

Titre 1 **Les difficultés d'appréhension du fait non intentionnel punissable**

64. Ordre général

Quand bien même leurs approches sont différentes, les droits suisses et français se heurtent à des difficultés communes quand il s'agit d'appréhender le fait non intentionnel punissable, c'est-à-dire l'imprudence ou la négligence. Ces difficultés doivent être examinées au préalable car elles ont une incidence sur le traitement des éléments qui permettront d'établir un seuil de la répression.

Sur le plan général, il apparaît que, en dépit de larges différences dans la structure de l'infraction dans les deux pays, il existe une convergence dans la structure de l'infraction non intentionnelle qui s'est singularisée des ordonnancements habituels, du fait de l'inadaptation de ces derniers à traiter du phénomène de l'imprudence ou de la négligence de manière satisfaisante. De même, les deux droits ont rencontré des difficultés pour appréhender l'élément psychologique de la non-intention et en particulier son degré. Ainsi, en droit suisse, le dol éventuel fait déjà partie de l'intention, là où le droit français le rattache malencontreusement à la non-intention ; mais en pratique les solutions sont proches et relèvent le plus souvent de la négligence consciente. Enfin, et surtout, le législateur des deux pays a éprouvé de l'embarras pour incriminer l'imprudence et la négligence, compte tenu de l'impossibilité de cerner précisément ces comportements intentionnels en raison de leur grande diversité. Dans le droit des deux pays, il a donc dû laisser une souplesse importante à l'appréciation jurisprudentielle de ces comportements, ouvrant la voie à une grande variabilité du seuil de la répression (**Chapitre 1**).

65. Ordre spécifique

De manière plus spécifique, l'omission non intentionnelle doit être interrogée pour établir si elle peut également être réprimée et, le cas échéant, déterminer si elle possède un seuil de la répression équivalent à la commission non intentionnelle. Les droits répressifs suisse et français se sont tous deux heurtés à la question de savoir si les textes d'incrimination de l'imprudence et de la négligence pouvaient être étendus

aux comportements d'omission. En droit suisse, la solution a été trouvée dans la figure de l'omission improprement dite alors qu'en droit français, de manière plus pragmatique, la jurisprudence a joué sur l'ambivalence des textes pour étendre leur application aux cas d'omission. Ces mécanismes permettent ainsi d'obtenir un même seuil de la répression que le fait non intentionnel soit un comportement de commission ou d'omission (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 L'appréhension générale du fait non intentionnel punissable

66. Appréhension générale

Pour savoir comment le fait non intentionnel punissable est appréhendé en droit pénal, il convient d'abord de l'identifier au sein des concepts du droit pénal général. Il sera ainsi possible de replacer l'imprudence et la négligence dans la structure doctrinale de l'infraction des deux pays et d'analyser à quel degré psychologique elles correspondent exactement dans les droits suisses et français. Cette identification de l'imprudence et de la négligence permettra de localiser et contextualiser les éléments qui serviront à déterminer le seuil de la répression (Section 1). Il sera ensuite possible de déterminer de quelle manière le fait non intentionnel punissable est incriminé dans les textes pénaux des deux pays. Dans ceux de l'un comme de l'autre, une grande place est laissée à l'interprétation du juge répressif, ce qui aura une incidence sur la fixation du seuil de la répression (Section 2).

Section 1 L'identification du fait non intentionnel punissable

67. Identification en droit pénal général

L'identification du fait non intentionnel punissable en droit pénal général doit se faire, d'une part, en déterminant la place de l'imprudence et de la négligence dans la structure de l'infraction. Les droits suisses et français appréhendent la structure de l'infraction de manière très différente. Cependant, il n'est pas certain que ces différences soient si marquées en ce qui concerne la non-intention (I). L'identification doit se faire, d'autre part, en étudiant le degré psychologique auquel le non-intention correspond. Il s'agira alors de différencier dans les deux droits les diverses formes d'imprudence et de négligence de l'intention, ainsi que de traiter le cas particulier du dol éventuel (II).

I La place de la non-intention dans la structure de l'infraction

68. Structures de l'infraction

En Suisse comme en France, les pénalistes ont cherché à s'accorder sur une structure générale de l'infraction. Aujourd'hui, il est indéniable que les travaux de ces auteurs ont conduit à établir une structure de l'infraction qui est propre à chaque pays. La détermination des places de l'imprudence et de la négligence dans ces structures est un préalable nécessaire pour pouvoir bien appréhender le seuil de la répression. Ces places peuvent en réalité être rapprochées en raison des spécificités propres au traitement de la non-intention.

Il convient par conséquent de replacer tant la négligence dans la structure doctrinale de l'infraction en droit suisse (A), que l'imprudence dans la structure doctrinale de l'infraction en droit français (B).

A La négligence dans la structure de l'infraction en droit suisse

69. Structure selon la doctrine suisse

En droit suisse, la structure de l'infraction punissable est conçue de manière tripartite (1). Toutefois, la place de la négligence dans cette structure varie en fonction de deux théories, appelées «théories de l'action» (2).

1 La structure tripartite de l'infraction en droit suisse

70. Émergence du triptyque

A la fin du XIX^e siècle, la doctrine germanique a essayé de développer «une conception tendant à expliquer en quoi consiste l'infraction pénale [en procédant] à des recherches sur les «éléments naturels» de l'infraction»²⁶². Elle a tout d'abord «distingué les notions de culpabilité et d'illicéité. Ensuite, [elle a] complété cette distinction en ajoutant une troisième notion: la typicité»²⁶³. C'est ainsi que sont apparus les éléments cardinaux de l'infraction punissable, qui forment un triptyque dans la conception allemande. Ces travaux ont exercé une grande influence sur la doctrine suisse. Les auteurs helvétiques se sont largement nourris des analyses germaniques pour bâtir leur propre représentation de l'infraction punissable et ont repris les éléments du fameux triptyque, tout en se laissant influencer – spécialement du côté romand – par des éléments terminologiques et conceptuels issus du droit français.

71. Droit positif

Aujourd'hui, la dogmatique²⁶⁴ suisse définit unanimement l'infraction punissable comme un comportement – commission ou omission – prévu par un énoncé de fait légal (typicité ou *Tatbestandsmässigkeit*), contraire aux normes de l'ordre juridique (illicéité ou *Rechtswidrigkeit*) et qui a été réalisé de manière coupable (culpabilité ou *Schuld*)²⁶⁵.

²⁶² J. HURTADO POZO, «Théorie de l'infraction, négligence, rapport de causalité et participation», *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges offerts à J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 787.

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ Terme habituellement employé en Suisse romande pour désigner la doctrine.

²⁶⁵ L. BÜRGE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Orell füssli, 2^e édition, 2017, p. 43 et J. HURTADO POZO, «Le principe de la légalité, le rapport de causalité et la culpabilité: réflexions sur la dogmatique pénale», *Revue pénale suisse*, tome 104, 1987, p. 29. Pour une explication similaire sur le droit allemand, voir J. WALTHER, «Figure et fonctions de la gravité en droit allemand», *Gravité et droit pénal*, Mare et Martin, 2021, p. 60.

GRAVEN considère ces trois éléments «comme les pièces d'un puzzle, autonomes et organiquement liées; substantiellement différentes, mais pareillement indispensables à la punissabilité, elles tendent toutes trois à réglementer l'emploi de la contrainte étatique et forment donc un système, c'est-à-dire un ensemble d'éléments de même fonction unis par un ensemble de rapports logiques»²⁶⁶. «Chacune de ces conditions cumulatives fait l'objet d'une évaluation propre et peut ne pas être remplie, avec alors pour effet de supprimer la punissabilité de l'auteur»²⁶⁷.

Pour définir plus précisément les termes de ce triptyque et mettre en évidence sa logique originaire, il est préférable de procéder à son étude selon l'ordre classique «typicité – illicéité – culpabilité». Dans cet ordre, il est possible «de voir se constituer progressivement l'image que le puzzle dessine [et qui] correspond aux étapes (...) du processus répressif»²⁶⁸: «le problème naît en effet de la commission d'un acte typiquement illégal et la question de la culpabilité ne surgit que si cet acte est injustifié»²⁶⁹.

72. Typicité

En tout premier lieu se trouve donc la typicité (*Tatbestandsmässigkeit*). Il s'agit de «la condition selon laquelle un comportement ne peut motiver le prononcé d'une sanction pénale que s'il coïncide avec un comportement légalement interdit < sous peine de >»²⁷⁰, conformément à l'article 1^{er} du Code pénal suisse, relatif au principe de la légalité criminelle. Une première étape consiste pour le juge à vérifier la typicité du comportement, c'est-à-dire sa conformité à un énoncé de fait légal (*Tatbestand*)²⁷¹. Un tel énoncé décrit généralement le comportement incriminé mais peut aussi inclure une spécification du sujet du délit, le résultat redouté ou même l'exigence d'un lien de causalité²⁷². Par exemple, concernant l'homicide par négligence, cet énoncé se trouve à l'article 117 du Code pénal suisse²⁷³. Lorsqu'un comportement n'est pas conforme dans toutes ses composantes à l'énoncé de fait légal, il est dit *atypique* et les poursuites pénales sont impossibles puisqu'il ressort du principe de la légalité criminelle²⁷⁴

²⁶⁶ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, Stämpfli, 2^e édition mise à jour par B. STRÄULI, 1995, p. 15.

²⁶⁷ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, thèse, Zurich, 1962, p. 57: «Jeder dieser kumulativen Voraussetzungen kann auf Grund bestimmter Wertungen entfallen und damit die Haftung des Täters ausschließen».

²⁶⁸ P. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 15.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 14 et 15.

²⁷¹ J. HURTADO POZO, «Le principe de la légalité, le rapport de causalité et la culpabilité: réflexions sur la dogmatique pénale», *op. cit.*, p. 30.

²⁷² J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, thèse, Nancy, 2003, p. 69.

²⁷³ Pour les lésions corporelles par négligence, l'énoncé se trouve à l'art. 125 CPS.

²⁷⁴ N. QUELOZ, *Droit pénal suisse, partie générale*, Schulthess, 3^e édition, 2019, p. 60.

qu'aucun acte répréhensible n'a été commis. A l'inverse, lorsque le comportement correspond précisément à l'énoncé de fait légal, il est considéré comme *typique*, ce qui permet de caractériser le premier terme du triptyque.

73. Illicéité

En deuxième lieu vient l'illicéité (*Rechtswidrigkeit*) qui peut se définir, d'une manière générale, comme «une agression commise envers les intérêts vitaux individuels et collectifs protégés par une norme juridique»²⁷⁵. La doctrine distingue en principe l'illicéité *formelle*, qui émane de la violation d'une norme pénale, de l'illicéité *matérielle*, qui se manifeste par la mise en danger ou l'atteinte causée par le comportement à un «bien juridique» (*Rechtsgut*), c'est-à-dire à un intérêt pénalement protégé²⁷⁶. En d'autres termes, l'illicéité incarne «formellement une contrariété à l'ordre juridique [qui entraîne] matériellement une atteinte à un bien juridique protégé»²⁷⁷.

Un comportement typique est présumé illicite²⁷⁸. De ce fait, l'illicéité n'a pas à être démontrée positivement²⁷⁹: «tout comportement typiquement illégal est axiomatiquement illicite au sens large»²⁸⁰. En effet, «quiconque commet une infraction pose par définition un acte illicite, tant formellement, puisque l'auteur viole une disposition incriminant sa conduite, que matériellement, puisque cette violation menace ou lèse un intérêt pénalement protégé»²⁸¹. Toutefois, l'interdiction érigée dans l'énoncé de fait légal peut parfois ne pas s'appliquer à l'agent eu égard aux circonstances de l'espèce²⁸², à savoir lorsque le comportement de l'agent peut être admis par l'ordre juri-

²⁷⁵ J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, *op. cit.*, p. 77.

²⁷⁶ J. HURTADO POZO et T. GODEL, *Droit pénal général*, Schulthess, 3^e édition, 2019, p. 13. Cet auteur définit les biens juridiques comme des «valeurs ou des intérêts essentiels à l'épanouissement des personnes (au bien-être personnel et collectif) au sein d'une société déterminée [qui sont] expressément ou implicitement reconnus par l'ordre constitutionnel [et dont] la défense est nécessaire pour la vie communautaire». Pour un travail en droit français sur le concept de bien juridique, voir M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, thèse, Montpellier, 2009. Voir également R. PARIZOT, «Gravité et théorie des biens juridiques protégés», *Gravité et droit pénal*, Mare et Martin, 2021, p. 103 et s. Pour une explication historique de la notion germanique de bien juridique, voir Y. CARTUYVELS, «La gravité au cœur du droit pénal. Un détour par l'histoire de la pensée pénale moderne», *La gravité en droit pénal*, dirigé par J. Alix et A. Darsonville, Mare et Martin, colloque, 2021, p. 104 et s.

²⁷⁷ J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, *op. cit.*, p. 81.

²⁷⁸ G. ETIER et B. STRÄULI, «Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale», *Journée de la responsabilité civile 2014*, Schulthess, Genève, 2015, p. 50 et J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, *op. cit.*, p. 59.

²⁷⁹ G. ETIER et B. STRÄULI, «Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale», *op. cit.*, p. 50.

²⁸⁰ P. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 99.

²⁸¹ *Ibid.*

²⁸² *Ibid.*

dique sur le fondement d'une justification légale ou extra-légale²⁸³. La caractérisation d'un fait justificatif²⁸⁴ renverse la présomption d'illicéité et «vient rendre licite le comportement typique»²⁸⁵. Elle atteste «d'un intérêt social prépondérant à l'accomplissement de l'acte considéré»²⁸⁶ dans les circonstances de l'espèce, qui rétablit la conformité à l'ordre juridique, dans la mesure où réaliser cet acte représente «le plus grand bien ou en tout cas le moindre mal»²⁸⁷ dans cette hypothèse. Pour déterminer l'existence d'une telle justification, «le juge examine (...), suivant une démarche comparable à celle qu'il adopte pour établir la typicité, si l'acte expressément réprimé présente par ailleurs les caractéristiques d'un acte expressément ordonné ou permis par la loi, le syllogisme s'effectuant donc sur ce qu'on nomme parfois un contre-type, c'est-à-dire sur une disposition justificatrice (*Rechtfertigungstatbestand*)»²⁸⁸. En somme, «une infraction justifiée est un acte délictueux qui se révèle en seconde analyse conforme au droit»²⁸⁹.

L'absence de circonstance justificative permet ainsi au juge d'établir l'illicéité du comportement, qui est alors considéré comme injuste (*Unrecht*) par l'ordre juridique. L'existence d'une action typique et illicite suffit à constituer l'infraction.

74. Culpabilité

En dernier lieu, la culpabilité (*Schuld*²⁹⁰) est le terme du triptyque qui permet de déterminer si et dans quelle mesure le comportement typique et illicite – l'infraction – peut être subjectivement reproché à l'auteur²⁹¹ – et devenir ainsi une infraction punissable.

Le juge ne peut condamner un auteur que s'il est en mesure de lui reprocher «individuellement d'avoir violé sans justification la loi pénale»²⁹². Pour ce faire, il procède à une évaluation individuelle de la capacité pénale de l'auteur, au cours de laquelle il vérifie s'il possédait au moment des faits la double faculté d'apprécier le caractère illi-

²⁸³ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, Payot, Collection juridique romande, Lausanne, 1987, p. 8.

²⁸⁴ Sont notamment des faits justificatifs: les actes commandés ou autorisés par la loi (art. 14 CPS), la légitime défense (art. 15 CPS), l'état de nécessité (art. 17 CPS).

²⁸⁵ J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, *op. cit.*, p. 59.

²⁸⁶ P. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 102.

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 101.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 102.

²⁹⁰ Le sens technique de la culpabilité est différent en droit suisse et en droit français. Pour cette raison, lorsque le terme «culpabilité» sera employé au sens du droit suisse, il sera suivi de sa traduction en allemand afin d'éviter toute confusion.

²⁹¹ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, p. 185: «*Unter dem Gesichtspunkt der Schuld ist zu untersuchen, ob und inwieweit das rechtswidrige Verhalten dem Urheber der Rechtsgutsverletzung subjektiv zugerechnet werden muß, d.h. zu strafrechtlichen Reaktionen führt*».

²⁹² G. ETIER et B. STRÄULI, «Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale», *op. cit.*, p. 57.

cite de son comportement (capacité cognitive) et de se déterminer d'après cette appréciation (capacité volitive)²⁹³. «La capacité cognitive se réfère aux aptitudes intellectuelles de l'individu de reconnaître ses devoirs, de comprendre les exigences de la société et globalement, de pouvoir prendre conscience que le comportement qu'il adopte est contraire à l'ordre juridique. Quant à la capacité volitive, elle se réfère à l'aptitude de l'individu, conscient de ses devoirs, d'agir conformément au droit selon ses propres motivations»²⁹⁴. La conjonction de ces capacités caractérise la culpabilité (*Schuld*), qui seule légitime la réprobation publique du comportement considéré et la stigmatisation que le prononcé de la peine engendre pour l'auteur²⁹⁵.

L'imputation de l'infraction à son auteur dépend donc de l'établissement de la culpabilité (*Schuld*). La loi ne donne pas de définition de la culpabilité (*Schuld*) mais prévoit qu'elle peut être diminuée ou écartée dans certaines circonstances. Ainsi, lorsque la culpabilité (*Schuld*) est diminuée²⁹⁶, le juge atténue la peine infligée proportionnellement au reproche pénal qui subsiste. En revanche, lorsque l'auteur bénéficie d'un motif d'absolution, son comportement, même s'il est injuste, ne peut plus lui être reproché et sa punissabilité est alors complètement écartée²⁹⁷.

2 Les variations de la place de la négligence dans les théories de l'action

75. Présentation des théories de l'action

Bien que cette structure tripartite de l'infraction ait été admise de manière consensuelle par la doctrine helvétique, le contenu de ses éléments a pu faire l'objet de certaines hésitations et a évolué au fil du temps²⁹⁸, particulièrement en ce qui concerne la place de l'intention et de la négligence dans la structure de l'infraction. Cette divergence s'est surtout affirmée à travers le développement de deux conceptions antago-

²⁹³ J. HURTADI POZO, *Droit pénal, partie générale*, Schulthess, 2008, p. 449.

²⁹⁴ Y. JEANNERET, A. KUHN et B. LAPÉROU-SCHENEIDER, *Droit pénal français et droit pénal suisse, une mise en parallèle*, L'harmattan, 2017, p. 111.

²⁹⁵ G. ETIER et B. STRÄULI, «Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale», *op. cit.*, p. 57.

²⁹⁶ Les causes d'atténuation de la culpabilité (*Schuld*) sont les suivantes: l'excès simple de légitime défense (art. 16 al. 1 CPS), l'état de nécessité absolutoire si le sacrifice du bien pouvait raisonnablement être exigé de lui (art. 18 al. 1 CPS), l'état psychique anormal partiel (art. 19 al. 2 CPS) et l'erreur évitable sur l'illicéité (art. 21 ph. 2 CPS).

²⁹⁷ Les causes d'exclusion de la culpabilité (*Schuld*) sont les suivantes: l'irresponsabilité en raison du jeune âge (art. 3 al. 1 de la loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, *a contrario*), l'irresponsabilité en raison d'un état psychique anormal (art. 19 al. 1 CPS), l'erreur inévitable sur l'illicéité (art. 21 ph. 1 CPS), l'excès de légitime défense découlant d'un état excusable d'excitation ou de saisissement causé par l'attaque (art. 16 al. 2 CPS), l'état de nécessité absolutoire lorsque le sacrifice du bien juridique protégé n'était pas raisonnablement exigible (art. 18 al. 2 CPS).

²⁹⁸ G. ETIER et B. STRÄULI, «Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale», *op. cit.*, p. 33.

nistes de l'infraction, appelées théories de l'action (*Handlungslehre*): d'un côté la théorie causaliste, défendue surtout par les auteurs romands, et de l'autre la théorie finaliste, plutôt dans la littérature alémanique²⁹⁹. Il ne faut certes pas exagérer les conséquences pratiques de ces deux théories sur le verdict final. Elles permettent néanmoins d'identifier d'un point de vue didactique les deux manières principales de localiser la négligence dans la structure de l'infraction punissable en droit suisse³⁰⁰. Elles auront également une incidence sur la façon de traiter les éléments qui font varier le seuil de la répression en matière non intentionnelle³⁰¹.

76. Théorie causaliste

La conception originelle et classique de l'action³⁰², dite théorie causaliste (*kausale Handlungslehre*), est «apparue sous l'influence des courants mécanistes dans les sciences naturelles du XIX^e siècle»³⁰³. Elle considère essentiellement l'action typique comme le processus causal qui entraîne, en la provoquant ou en ne l'empêchant pas, une modification dans le monde extérieur³⁰⁴ lorsque celle-ci peut avoir une portée pénale³⁰⁵. Cette modification se caractérise par la mise en danger ou l'atteinte portée à un bien juridique (*Rechtsgut*), c'est-à-dire à une valeur sociale protégée par la loi pénale. Pour un homicide par exemple, selon les auteurs qui s'appuient sur cette théorie, l'action typique réside dans l'acte homicide lui-même puisque c'est lui qui cause un changement dans le monde extérieur, résidant dans la mort de la victime.

Cette théorie «[détache] l'action de sa finalité ou plus généralement du for intérieur ou des caractéristiques personnelles de l'auteur»³⁰⁶, ce qui «aboutit à une division caractéristique de l'infraction punissable en une face externe et une face interne, dont seule la première constitue la notion d'action»³⁰⁷.

Cette appréhension dualiste du comportement de l'auteur chez les causalistes se répercute sur leur conception du triptyque de la manière suivante: «la typicité recouvre ex-

²⁹⁹ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 67.

³⁰⁰ B. CORBOZ, «Art. 12», *Commentaire romand, code pénal I*, dirigé par R. ROTH et L. MOREILLON, Helbing Lichtenhahn, 2009, p. 148 et A. Donatsch et al., *Klausuren und Hausarbeiten im Strafrecht und Strafprozessrecht*, Schulthess, 4^e édition, 2008, p. 8.

³⁰¹ Voir 1^{re} partie, titre 2, chapitre 2, Section 1, I, B: La causalité adéquate, n° 247 et s.

³⁰² G. ETIER et B. STRÄULI, «Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale», op. cit., p. 33.

³⁰³ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 67: «[Die kausale Handlungslehre ist] unter dem Einfluß der mechanistischen Strömungen in der Naturwissenschaft des ausgehenden 19. Jahrhunderts entstanden».

³⁰⁴ A. DAN, *Le délit de commission par omission: éléments de droit suisse et comparé*, Schulthess, thèse, Genève, 2015, p. 38.

³⁰⁵ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 67.

³⁰⁶ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, op. cit., p. 9.

³⁰⁷ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 67: «[Auf diese Weise kommt die kausale Handlungslehre] zu einer charakteristischen Aufspaltung des Deliktes in eine äussere und eine innere Seite, von denen nur die erste den Handlungsbegriff ausmacht».

clusivement des éléments objectifs»³⁰⁸ et se concentre sur le fait de causer objectivement un résultat pénal³⁰⁹. Au sens de cette théorie, le résultat peut consister soit dans une mise en danger d'un bien juridique lorsqu'il s'agit d'une infraction formelle, soit dans une atteinte lorsqu'il s'agit d'une infraction matérielle telles que l'homicide ou les lésions corporelles par négligence. La typicité est seulement appréciée d'après ce qu'un observateur extérieur est en mesure de rapporter³¹⁰. A l'inverse, les éléments ayant trait à la subjectivité de l'auteur – intention ou négligence – ne sont étudiés qu'au stade de la culpabilité (*Schuld*)³¹¹ qui devient un simple «reflet des événements extérieurs dans l'âme de l'auteur»³¹².

Cette conception emporte des conséquences concrètes dans la caractérisation de la négligence. En effet, si l'action est en elle-même considérée comme un «objet d'évaluation autonome»³¹³ suffisant pour constituer la typicité, il faut considérer que l'homicide par négligence et le meurtre désignent une seule et même action typique, caractérisée par le fait de causer la mort d'autrui³¹⁴. Ce n'est alors qu'au stade de la culpabilité (*Schuld*) qu'il sera possible de distinguer l'un de l'autre en prenant en compte la psychologie de l'agent.

Cette vision amène les partisans de la théorie causaliste à considérer que les infractions d'atteinte par négligence trouvent uniquement leur fondement dans le fait de causer une atteinte à un tiers. Par conséquent, l'illicéité matérielle procéderait exclusivement de la valeur négative du résultat (*Erfolgswert*), c'est-à-dire d'une violation de l'ordre juridique par l'atteinte causée à un bien juridique³¹⁵. Ils s'appuient sur la manière dont sont rédigées les incriminations qui laisse penser que l'interdiction concerne avant tout le fait de porter atteinte à un tiers: «celui qui (...) aura causé»³¹⁶, «celui qui (...) aura fait subir»³¹⁷. Selon ces auteurs, l'illicéité

³⁰⁸ G. ETIER et B. STRÄULI, «Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale», *op. cit.*, p. 33 et R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, *op. cit.*, p. 9.

³⁰⁹ G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I – die Straftat*, Stämpfli, 4^e édition, 2011, p. 490.

³¹⁰ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, *op. cit.*, p. 9.

³¹¹ S. MAEDER et M. A. NIGGLI, «Art. 12», *Basler Kommentar, Strafrecht I*, dirigé par M. A. NIGGLI et H. WIPRÄCHTIGER, Helbing Lichtenhahn, 4^e édition, 2019, p. 157; G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, *op. cit.*, p. 504 et S. TRECHSEL, P. NOLL et M. PIETH, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, 7^e édition, 2017, p. 76 et s.

³¹² J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*: «Spiegelbild des äußern kausalen Geschehens in der Seele des Täters».

³¹³ *Ibid.*, p. 232: «selbständiges Bewertungsobjekt».

³¹⁴ G. ETIER et B. STRÄULI, «Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale», *op. cit.*, p. 33.

³¹⁵ L. MOREILLON, *L'infraction par omission, étude des infractions à la vie et à l'intégrité corporelle en droit anglais, français, allemand et suisse*, Librairie Droz, 1993, p. 253.

³¹⁶ Art. 117 CPS relatif à l'homicide par négligence.

³¹⁷ Art. 125 CPS relatif aux lésions corporelles par négligence.

d'un comportement négligent ne réside pas tant dans un comportement contraire au devoir que dans l'absence de prévention d'une atteinte à l'encontre d'un bien juridique³¹⁸.

77. Théorie finaliste

La conception moderne, dite théorie finaliste (*finale Handlungslehre*), préfère appréhender la notion d'action sous l'angle de sa finalité. Dans cette conception, «l'action repose sur le fait que l'homme, sur la base de sa connaissance du processus causal, peut prévoir, dans une certaine mesure, les conséquences possibles de son action et peut donc se fixer divers objectifs puis orienter systématiquement son action pour les atteindre»³¹⁹. L'action correspond ainsi à la mise en place par l'agent de facteurs causaux, orientés vers un but déterminé³²⁰, dont la mise en œuvre dans le monde extérieur ne peut être séparée de ce qui l'a psychologiquement déterminée.

Dans cette conception, «tant l'objectif que le moyen de l'action font partie intégrante du concept d'action»³²¹. L'action typique ne peut plus s'analyser uniquement en un processus causal mais doit être complétée par la volonté de l'agent, puisque c'est elle qui a initié le changement dans le monde extérieur. La volonté constitue ainsi «l'épine dorsale de l'action»³²², de telle sorte que par exemple, en matière d'homicide, l'acte homicide ne doit plus être détaché de la volonté qui a motivé cet acte.

Cette conception unitaire conduit à appréhender l'ensemble du comportement de l'auteur dans la notion d'action typique. Cette dernière comprend ainsi à la fois un aspect subjectif – intégrant les éléments ayant trait au monde interne de l'auteur³²³ – et un aspect objectif – prenant en compte les éléments relevant du processus causal externe³²⁴. L'action typique s'apprécie par conséquent en deux étapes: «la première se déroule dans la sphère de la pensée, au moment où l'agent anticipe un objectif et détermine les moyens d'action nécessaires pour l'atteindre»³²⁵. La deuxième se situe dans le monde extérieur, lorsque «l'agent met en œuvre sa volonté en orientant vers

³¹⁸ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 142.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 69: «Die (...) Handlung beruht darauf, daß der Mensch auf Grund seines Kausalwissens die möglichen Folgen seines Tätigwerdens in bestimmtem Umfange voraussehen, sich darum verschiedenartige Ziele setzen und sein Tätigwerden auf diese Zielerreichung hin planvoll lenken kann». Dans le même sens, voir A. DAN, *Le délit de commission par omission*, op. cit., p. 37.

³²⁰ G. ETIER et B. STRÄULI, «Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale», op. cit., p. 33 et J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 70.

³²¹ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 71: «Sowohl Zweck wie Mittel der Handlung bilden ihrerseits integrierende Bestandteile des Handlungsbegriffes».

³²² *Ibid.*, p. 69: «das Rückgrat der Handlung».

³²³ N. QUELOZ, *Droit pénal suisse, partie générale*, op. cit., p. 61.

³²⁴ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 69.

³²⁵ *Ibid.*: «Die erste verläuft in der gedanklichen Sphäre, indem sich der Handelnde ein Ziel vorwegnimmt und die zu seiner Erreichung erforderlichen Handlungsmittel bestimmt».

un but déterminé les moyens qu'il avait conçus dans sa pensée, «surdéterminant» ainsi le phénomène causal»³²⁶.

En intégrant dans l'action des éléments subjectifs, cette approche conduit à un élargissement du contenu de la typicité par rapport à la conception causaliste. L'intention ou la négligence deviennent «nécessaires, au même titre que les éléments objectifs, pour que l'infraction [*stricto sensu*] soit réalisée»³²⁷.

La culpabilité (*Schuld*) n'est alors plus qu'un «pur jugement de reproche»³²⁸ permettant de reprocher à l'auteur son action typique illicite et donc de déterminer si l'infraction est punissable. Elle se limite aux «circonstances qui permettent de reprocher à l'auteur»³²⁹ cette action typique en déterminant sa capacité à «comprendre le caractère injuste de l'acte et [à] se déterminer d'après cette connaissance»³³⁰.

Dans l'exemple de l'homicide, cette conception emporte par conséquent les conclusions inverses de celles tirées avec la théorie causaliste. Puisque la volonté caractérise déjà l'action typique, il faut considérer que l'homicide par négligence et le meurtre constituent deux illégalismes différents³³¹, c'est-à-dire deux types autonomes. En revanche, la culpabilité (*Schuld*) requise pour chacun d'eux est structurellement identique.

La pensée finaliste met en avant l'idée selon laquelle le droit pénal ne doit pas s'attacher à établir seulement des conséquences mais doit surtout définir des comportements punissables³³². Partant, les tenants du finalisme considèrent que les infractions matérielles de négligence se fondent tant sur la valeur négative du résultat (*Erfolgswert*) que sur celle du comportement (*Handlungswert*)³³³ en ce que l'auteur doit ne pas avoir déployé tous les efforts d'intelligence et de volonté nécessaires à la préservation du bien juridique³³⁴. L'approche finaliste oriente toutefois davantage

³²⁶ *Ibid.*, p. 70: «*Der Handelnde betätigt seinen Willen, indem er die gedanklich antizipierten Mittel auf das vorgefaßte Ziel hin planmäßig in Gang setzt, das Kausalgeschehen überdeterminiert*».

³²⁷ B. CORBOZ, «Art. 12», *op. cit.*, p. 135 et S. TRECHSEL, P. NOLL et M. PIETH, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I*, *op. cit.*, p. 77.

³²⁸ J. HURTADO POZO, «Théorie de l'infraction, négligence, rapport de causalité et participation», *op. cit.*, p. 788.

³²⁹ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, *op. cit.*, p. 9.

³³⁰ G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, *op. cit.*, p. 504: «*[Sie besteht nur in der Fähigkeit], das Unrecht der Tat einzusehen und sich durch diese Einsicht bestimmen zu lassen*».

³³¹ G. ETIER et B. STRÄULI, «Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale», *op. cit.*, p. 33.

³³² B. CORBOZ, «L'homicide par négligence (art. 117 CP)», *Les infractions en droit suisse*, Stämpfli, 3^e édition, 2010, p. 173.

³³³ J. HURTADO POZO, *Droit pénal, partie générale*, *op. cit.*, p. 433.

³³⁴ B. CORBOZ, «L'homicide par négligence (art. 117 CP)», *op. cit.*, p. 173.

l'étude de la négligence sur l'acte en tant que tel – c'est-à-dire sur les moyens mis en œuvre par l'auteur – que sur le résultat engendré. Elle accorde par conséquent une place prépondérante à la valeur négative du comportement dans l'étude de la négligence³³⁵. Cette emphase n'écarte pas pour autant le résultat de l'équation puisque la valeur négative du comportement reste nécessairement subordonnée à celle du résultat: sans résultat dommageable, le comportement reste sans signification pénale³³⁶, sauf s'il tombe sous le coup d'un type qui l'incrimine formellement³³⁷.

78. Degré de représentation des théories de l'action

Le degré de représentation de ces deux théories dans la législation, la jurisprudence et la doctrine a varié.

Avant 2002, l'ancien article 18 du Code pénal suisse donnait un appui textuel solide aux partisans du causalisme en évoquant l'intention et la négligence sous l'intitulé marginal³³⁸ «*culpabilité*»³³⁹, ce qui suggérait que l'intention et la négligence devaient être entendues comme des formes de culpabilité (*Schuld*). Cette position a été, un temps, défendue par le Tribunal fédéral³⁴⁰ et l'ancienne doctrine, en particulier du côté romand. Le causalisme a toutefois été critiqué de manière croissante dans la littérature de langue allemande et par certains auteurs romands, aux yeux desquels il apparaissait démodé³⁴¹. Il lui a notamment été reproché de «reposer sur une fiction idéaliste dans la mesure où [il] postule une séparation [de l'action] entre deux réalités empiriquement indissociables»³⁴² et ce tout particulièrement en ce qui concerne les infractions de négligence. En effet, pour ces dernières, il conduit à séparer «entièrement transformation du monde extérieur accomplie par l'auteur et for intérieur de ce dernier»³⁴³.

Peu à peu, le finalisme a fini par devenir majoritaire dans la doctrine moderne. Fort de ce constat, la codification de 2002 a rompu avec la tradition causaliste pour prendre en compte ces évolutions doctrinales. L'intention et la négligence sont désormais régies de manière autonome au sein de l'article 12, c'est-à-dire avant celles ayant trait à l'illicéité et à la culpabilité (*Schuld*). Dès lors, ce positionnement séparé empêche de considérer l'intention et la négligence comme des formes de culpabilité (*Schuld*)³⁴⁴ et

³³⁵ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, p. 100.

³³⁶ *Ibid.*, p. 165.

³³⁷ Dans une telle hypothèse, la peine encourue est toutefois bien moindre, ce qui atteste de l'importance du résultat en droit pénal. Dans ce sens, voir *Ibid.*, p. 142.

³³⁸ Nom donné au titre des articles qui se trouvent dans la marge des codes suisses.

³³⁹ G. ETIER et B. STRÄULI, «Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale», *op. cit.*, p. 33.

³⁴⁰ ATF 128 II 1; ATF 123 IV 193; ATF 109 IV 113 et ATF 96 IV 99.

³⁴¹ A. DAN, *Le délit de commission par omission*, *op. cit.*, p. 38.

³⁴² R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, *op. cit.*, p. 8.

³⁴³ *Ibid.*

³⁴⁴ J. HURTADI POZO, *Droit pénal, partie générale*, *op. cit.*, p. 434.

conduit implicitement à un rapprochement des textes avec la conception finaliste. Prenant en considération ces modifications textuelles, le Tribunal fédéral a pu rejoindre la position de la doctrine désormais majoritaire et se ranger du côté du finalisme³⁴⁵.

Bien que certains auteurs recourent encore parfois à la théorie du causalisme³⁴⁶, le finalisme a su s'imposer³⁴⁷, en ce qu'il offre l'avantage déterminant «de la conformité avec la réalité empirique dans son refus de dissocier entièrement transformation du monde extérieur accomplie par l'auteur et for intérieur de ce dernier»³⁴⁸. Cette approche unitaire présente un intérêt analytique particulier en matière de négligence puisqu'elle permet de ne considérer un comportement comme typiquement négligent qu'à partir du moment où l'ensemble des conditions objectives et subjectives de l'infraction sont réalisées³⁴⁹. Le traitement de la négligence n'est ainsi pas artificiellement disséqué mais est au contraire abordé comme un tout, ce qui permet d'appréhender les liens entre ses diverses composantes, qui se recoupent dans une interaction permanente. Cette raison nous pousse par conséquent à nous rallier à la position majoritaire dans le cadre de cette étude. Partant, la négligence ne sera pas considérée comme une forme de culpabilité (*Schuld*) mais bien comme une forme de typicité, distincte de celle des délits intentionnels.

79. Synthèse

Bien que la place de la négligence dans la structure de l'infraction ait fait l'objet d'hésitation de la part de la doctrine suisse³⁵⁰, la conception majoritaire des finalistes en a rassemblé l'étude au sein de la typicité, en distinguant le comportement, le résultat et le lien de causalité. C'est donc en principe à ce stade que doit être déterminé ce qui va au-delà du seuil de la répression.

³⁴⁵ ATF 134 II 3 et ATF 134 II 308.

³⁴⁶ C'est le cas par exemple de A. DAN qui, dans sa thèse sur l'omission, recourt au causalisme en raison des difficultés que pose le finalisme pour distinguer les obligations dues au titre du devoir de diligence de celles dues au titre du devoir de garant en cas d'omission improprement dite.

³⁴⁷ D. SCHAFFNER, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: die Straftat*, Stämpfli, 2009, p. 154.

³⁴⁸ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, op. cit., p. 8.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 9.

³⁵⁰ G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, op. cit., p. 490.

80. Tableau comparatif des théories de l'action

	Origine	Typicité	Illicéité	Culpabilité (<i>Schuld</i>)	Application
Théorie causaliste de l'action	Romande	Typicité objective (action externe)	Formelle et matérielle	Attitude psychologique générale: intention, négligence , capacité (cognitive et volitive)	Minoritaire en doctrine, Suivie par l'ancien article 18 du Code pénal suisse
Théorie finaliste de l'action	Alémanique	Typicité comme réalité empirique à la fois objective (action externe) et subjective (intention et négligence)	Formelle et matérielle	Capacité cognitive et volitive	Majoritaire en doctrine, Position de la jurisprudence, Cohérente avec la codification actuelle

Replaçons à présent l'imprudence dans la structure de l'infraction en droit français.

B L'imprudence dans la structure de l'infraction en droit français**81. Structure selon la doctrine française**

En droit français, la structure de l'infraction est généralement présentée de manière binaire (1). Au sein de cette structure, l'imprudence occupe une place originale, qui n'est pas sans rappeler celle du droit suisse (2).

1 La structure binaire de l'infraction en droit français**82. Essor d'une structure binaire**

Comme dans les droits d'inspiration germanique, la fin du XIX^e siècle a marqué l'essor de la réflexion sur la notion d'infraction dans la doctrine française³⁵¹. Pourtant, bien que cette notion ait pris «une place centrale dans la réflexion»³⁵², la doctrine française semble s'être, «dans une large mesure, contentée de prendre acte de l'intense réflexion des auteurs étrangers, sans elle-même s'investir dans une recherche très poussée»³⁵³ des arcanes de l'infraction d'un point de vue philosophique et théorique. En réalité, les auteurs français ont davantage mis l'accent sur une conceptualisation pragmatique de l'infraction, au détriment parfois d'une théorisation systéma-

³⁵¹ J.-Y. MARÉCHAL, Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale, L'Harmattan, 2003, p. 44.

³⁵² *Ibid.*

³⁵³ *Ibid.*

tique³⁵⁴. Cette approche a permis d'accorder une plus grande flexibilité à la doctrine et à la jurisprudence française pour établir la structure de l'infraction. C'est sans doute pour cette raison qu'il n'existe pas aujourd'hui de structure unanimement admise et que l'emplacement exact de certains éléments de l'infraction reste encore débattu dans la doctrine française³⁵⁵. Ces hésitations se ressentent d'ailleurs dans le Code pénal français, qui se garde bien, tant dans sa table des matières que dans le contenu de ses articles, de s'aventurer à édifier une quelconque théorie de l'infraction.

La question de la structure de l'infraction s'avère donc délicate et sans doute semble-t-il alors qu'il y a là une «grande imprudence»³⁵⁶ à vouloir restituer une image fidèle de la doctrine française sur ce point, tant ses méandres sont obscurs. Toutefois, nul péril en la demeure dès lors qu'il est largement possible d'esquisser une structure générale de l'infraction telle qu'elle est communément admise en doctrine, tout en mentionnant parallèlement les points d'incertitude qui subsistent.

83. Présentation usuelle

Telle qu'elle est habituellement présentée aujourd'hui, la structure de l'infraction est composée de deux éléments constitutifs: d'une part un élément matériel, qui décrit objectivement un fait extériorisé de l'auteur et, d'autre part, un élément psychologique, qui renvoie à l'état d'esprit de cet auteur³⁵⁷. De ce point de vue, la conception française peut être rapprochée de la structure finaliste en droit suisse, puisqu'elle porte à un même niveau d'analyse les aspects objectif et subjectif de l'action de l'auteur. Au-delà de cette similitude cependant, les structures divergent considérablement.

Mentionnons qu'à côté des éléments matériel et psychologique, certains auteurs ont cru en découvrir un troisième, appelé élément légal, qui pose l'exigence d'une violation de la loi, «à défaut de laquelle il ne saurait naître de responsabilité pénale à la charge de quiconque»³⁵⁸. Bien qu'il se soit largement répandu en doctrine au travers

³⁵⁴ Comme le remarque J. H. ROBERT, les éléments du délit se sont développés en particulier au cours du XX^e siècle par la porte du droit pénal spécial, ce qui participe à expliquer l'approche pragmatique française. J.-H. ROBERT, «L'histoire des éléments de l'infraction», *Revue de sciences criminelles*, 1977, p. 269 et s.

³⁵⁵ Sur cette question, voir notamment K. AMBOS, «Réflexions sur la théorie française de l'infraction pénale du point de vue allemand», *Vers un nouveau procès pénal?*, dirigé par J. LEBLOIS-HAPPE, Société de Législation comparée, colloque, Metz, 2008, p. 147 et s.

³⁵⁶ G. GIUDICELLI-DELAGE, «La sanction de l'imprudence», *La sanction du droit*, Mélanges offerts à P. COUVROT, Presses universitaires de France, 2001, p. 522.

³⁵⁷ PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e édition, 2004, p. 171.

³⁵⁸ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, tome 1, Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, Cujas, 7^e édition, 1997, p. 506. Voir également R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, tome 1, Librairie de la société du recueil Sirey, 3^e édition, 1913, p. 289, n^o 133.

du fameux trinôme d'éléments – légal, matériel et psychologique –, l'existence de l'élément légal est aujourd'hui rejetée par une majorité d'auteurs³⁵⁹. Ces derniers considèrent que l'exigence d'une violation de la loi n'est qu'une mise en œuvre du principe de légalité criminelle, selon lequel il ne peut y avoir d'infraction sans loi³⁶⁰. L'existence d'une loi est donc une condition constituante, qui ne peut être appréhendée que comme le préalable impératif à partir duquel sont déterminés les véritables éléments constitutifs de l'infraction, à savoir les éléments matériel et psychologique³⁶¹. C'est pour cette raison qu'il convient de traiter l'exigence de légalité en dehors de la structure de l'infraction à proprement parler.

L'infraction française se compose donc d'un élément matériel et d'un élément psychologique qui doivent être analysés plus précisément³⁶².

84. Élément matériel

L'élément matériel constitue le versant objectif de l'infraction. Il se rapporte à la réalisation extérieure de l'incrimination, considérée indépendamment de la personne qui les a commis. Cet élément découle du principe fondamental selon lequel il n'y a « pas d'infraction sans activité matérielle »³⁶³. Par exemple, dans l'hypothèse des infractions d'atteinte à la vie, l'élément matériel est caractérisé par le fait de provoquer la mort d'autrui.

Dans le cadre des infractions matérielles, qui exigent une atteinte effective, l'élément matériel peut s'analyser en deux composantes: le comportement matériel prohibé d'une part et le résultat d'autre part³⁶⁴. Le comportement matériel prohibé peut revêtir plusieurs formes selon l'infraction. Il peut être caractérisé soit par une commission, lorsque la loi interdit de réaliser un comportement, soit par une omission, lorsque la loi commande d'accomplir un certain comportement³⁶⁵. Le résultat peut, lui, se définir comme le « trouble social ou privé particulièrement grave en relation causale avec le

³⁵⁹ Dans ce sens, voir F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, 2009, p. 14, n° 9.

³⁶⁰ R. VOUIN, en particulier affirme qu' « on peut exclure l'élément légal parce que la loi pénale se présente exactement comme un agent de répression. La dire élément constitutif n'est qu'une manière de parler, et pas la meilleure, en vue de rappeler le principe de la légalité des infractions (*Manuel de droit criminel*, L.G.D.J, 1949, p. 231). Dans le même sens, voir A. DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 61.

³⁶¹ PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 171.

³⁶² Remarquons encore toutefois que certains auteurs, très minoritaires aujourd'hui, ont estimé qu'il existait un élément injuste dans l'infraction française qui serait comparable à l'élément de l'illicéité (*Unrecht*) dans l'infraction germanique (*voir supra*, n° 73). Dans ce sens, voir R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, *op. cit.*, 1913, p. 289, n° 133 et J.-M. THEVENON, *L'élément objectif et l'élément subjectif de l'infraction, contribution à l'étude de leur définition et de leurs rapports*, thèse, Lyon, 1942, p. 9.

³⁶³ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, tome 1*, *op. cit.*, p. 605.

³⁶⁴ Voir notamment E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 6^e édition, 2021, p. 636 et s.

³⁶⁵ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, tome 1*, *op. cit.*, p. 611 et s.

comportement du délinquant»³⁶⁶. En ce qui concerne ces infractions, le résultat s'entend comme celui qui était redouté par le législateur, comme l'homicide ou les blessures³⁶⁷. Cette matérialité ne suffit toutefois pas à faire exister une infraction et il faut encore qu'un élément psychologique soit caractérisé.

85. Élément psychologique

L'élément psychologique – également appelé élément moral ou intellectuel – correspond au versant subjectif de l'infraction parce que celle-ci est appréhendée à travers le psychisme de celui qui l'a commise³⁶⁸. Il correspond ainsi à l'état d'esprit de l'auteur au moment où il accomplissait son acte³⁶⁹. Cet élément a fait l'objet de nombreuses discussions en doctrine, de telle sorte qu'il n'est pas rare aujourd'hui d'en trouver des approches très variées chez les auteurs³⁷⁰. Il peut être présenté comme une «subtile alchimie»³⁷¹ entre imputabilité et culpabilité, «la première renvoyant à la dimension philosophique de la matière, pour ce qu'elle suppose de libre arbitre et de discernement, la seconde présentant un aspect plus technique, par la prise en compte des différences de psychologie qui sont à la source des comportements»³⁷². L'élément psychologique «se nourrit de ces deux données, avec l'imputabilité pour fondement, et la culpabilité pour mesure»³⁷³. Il convient d'«envisager successivement l'imputabilité et la culpabilité»³⁷⁴.

86. Imputabilité (1)

Le terme d'imputabilité vient du verbe latin *imputare*³⁷⁵, qui signifie «mettre sur le compte»³⁷⁶. Il s'agit donc de la possibilité de mettre «l'activité délictueuse sur le compte de son auteur»³⁷⁷. La notion d'imputabilité repose sur le «postulat métaphy-

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 653.

³⁶⁷ A. ZOUHAL, *Le risque en droit pénal*, Lextenso, L.G.D.J., tome 71, 2021, p. 110.

³⁶⁸ M. PUECH, *Droit pénal général*, Litec, 1988, p. 183.

³⁶⁹ M.-C. SORDINO, *Droit pénal général*, Ellipses, 6^e édition, 2016, p. 130.

³⁷⁰ M. ABDEL-RAZEK considère dans sa thèse que l'élément moral reste une notion ambiguë (*L'élément moral de l'infraction en droit comparé*, thèse, Paris II, 1992). En particulier à la p. 7, il relève un profond désaccord entre les auteurs français quant aux significations des termes imputables et coupables.

³⁷¹ M.-E. CARTIER, «Introduction au colloque organisé le 1^{er} février 2001 par le Centre de recherche en droit privé de Paris I», *La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000*, Paris, Revue de sciences criminelles et de droit comparé, 2001, p. 725.

³⁷² Y. MAYAUD, «De l'article 121-3 du Code pénal à la théorie de la culpabilité en matière», *Revue Dalloz*, 1997, p. 37 et s.

³⁷³ *Ibid.* et s.

³⁷⁴ PH. SALVAGE, *Droit pénal général*, Presses Universitaires de Grenoble, 8^e édition, 2016, p. 43.

³⁷⁵ Sur la difficulté à définir la notion, voir M. ABDEL-RAZEK, *L'élément moral de l'infraction en droit comparé*, 1992, thèse, Paris II, p. 14.

³⁷⁶ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, tome 1, op. cit.*, p. 772.

³⁷⁷ E. LEMOINE, *La répression de l'indifférence sociale en droit pénal français*, L'Harmattan, 2002, p. 115.

sique du libre arbitre absolu de l'homme»³⁷⁸ selon lequel seul un homme libre de ses choix est apte à mériter une sanction. La doctrine considère qu'une infraction peut être imputée à un agent lorsque celui-ci était, au moment des faits, «capable d'intelligence et de volonté»³⁷⁹, c'est-à-dire lorsqu'il avait la capacité «de comprendre la portée de ses actes»³⁸⁰ et «d'agir ou de ne pas agir»³⁸¹ en conséquence.

Comprise de cette manière, l'imputabilité incarne un subjectivisme générique, en ce qu'elle constitue le dénominateur commun indispensable à la sanction de toute infraction³⁸², car «même [une infraction] non intentionnelle suppose, en effet, que son auteur ait agi avec intelligence et volonté»³⁸³. Au fond, le contenu de l'imputabilité en droit français correspond en droit suisse à celui de l'acception finaliste de la culpabilité (*Schuld*), puisque cette dernière est envisagée comme la capacité cognitive et volitive de l'auteur de l'infraction. Il est à noter d'ailleurs que, à l'image de son homologue suisse, le législateur français «ne consacre aucun texte à la formulation positive de ce principe élémentaire»³⁸⁴ mais qu'il l'aborde de «manière négative, ou plus précisément à travers des hypothèses³⁸⁵ qui en excluent l'existence»³⁸⁶.

Un débat doctrinal existe sur la question de savoir si l'imputabilité doit véritablement être placée dans l'infraction ou si elle ne doit pas plutôt être envisagée en dehors de celle-ci³⁸⁷. En effet, une partie de la doctrine³⁸⁸ a envisagé l'imputabilité comme un

³⁷⁸ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel*, vol. 2 – *L'infraction et la responsabilité*, Larcier, 4^e édition, 2021, p. 153, n° 410.

³⁷⁹ E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 727. Voir également Cass. crim., 13 décembre 1956, n° 55-05.772, arrêt Laboube, D. 1957. 349, note Patin: «toute infraction, même non intentionnelle, suppose (...) que son auteur ait agi avec intelligence et volonté».

³⁸⁰ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel*, vol. 2 – *L'infraction et la responsabilité*, op. cit., p. 287, n° 499.

³⁸¹ E. LEMOINE, *La répression de l'indifférence sociale en droit pénal français*, op. cit., p. 354.

³⁸² A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, op. cit., p. 73.

³⁸³ J.-Y. MARÉCHAL, «Art. 121-3, l'élément moral de l'infraction», *JurisClasseur Pénal code*, LexisNexis, 2019, n° 2.

³⁸⁴ A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, op. cit., p. 138.

³⁸⁵ L'auteur bénéficie d'une cause de non-imputabilité lorsqu'il a agi sous la contrainte (art. 122-2 CPF), lorsqu'il a commis une erreur de droit inévitable (art. 122-3 CPF), lorsqu'il était incapable de discernement en raison de son jeune âge (art. 122-8, al. 1 CPF) ou encore lorsque son discernement était aboli en raison d'un trouble mental (art. 122-1, al. 1 CPF). Notons que lorsque le discernement de l'auteur est seulement altéré, l'imputabilité demeure mais la peine doit être atténuée (art. 122-1 al. 2 CPF).

³⁸⁶ A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, op. cit., p. 72.

³⁸⁷ E. BARON, *La coaction en droit pénal*, thèse, Bordeaux, 2012, p. 68et M. BENILLOUCHE, «La subjectivisation de l'élément moral de l'infraction», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2005, p. 529.

³⁸⁸ Voir notamment, P. BONFILS et M. GIACOPELLI, *Droit pénal général*, Cujas, 3^e édition, 2021, p. 225 et s., n° 355 et s.; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, tome 1, op. cit., p. 772 et X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, 14^e édition, 2023, p. 335 et s., n° 307 et s.

élément extérieur à l'infraction, permettant de caractériser le lien – d'imputation – entre l'infraction *stricto sensu* et la personne de l'auteur. Ce positionnement est à rapprocher de celui de la doctrine suisse, qui appréhende également la culpabilité (*Schuld*) comme un élément extérieur à l'infraction proprement dite, permettant d'établir la punissabilité de l'auteur. Une autre partie de la doctrine, largement représentée³⁸⁹, estime au contraire que l'imputabilité fait bien partie intégrante de l'infraction. Elle s'analyse, telle que nous l'avons présentée, c'est-à-dire comme la première des deux composantes de l'élément psychologique, qui permet d'établir la capacité de l'auteur. La culpabilité en constitue alors la seconde composante, qui se comprend comme «l'exercice de cette capacité»³⁹⁰.

87. Culpabilité (2)

Le terme de culpabilité tire son origine du latin *culpa*, qui signifie «faute». Il s'agit donc de la composante qui se rapporte à la faute, c'est-à-dire, en droit français³⁹¹, aux différentes facettes que l'élément psychologique peut revêtir selon l'infraction considérée. C'est elle qui donne «la mesure de la gravité subjective des infractions»³⁹². L'article 121-3 du Code pénal français détermine les différents types de faute, qu'elle soit intentionnelle (alinéa 1), de mise en danger (alinéa 2) ou d'imprudence (alinéas 3 et 4)³⁹³.

A cet égard, la culpabilité en droit français s'apparente clairement à la notion de typicité subjective dans la conception finaliste de l'infraction en droit suisse.

En dépit de cette structure, la place de l'imprudence dans l'infraction française n'en est pas claire pour autant.

2 La place originale de l'imprudence dans cette structure

88. Difficultés du positionnement de l'imprudence

«Les infractions d'homicide et de blessures non intentionnels se prêtent mal à la décomposition traditionnelle en un élément matériel et un élément psychologique»³⁹⁴. En réalité, cette division des éléments de l'infraction a été conçue d'après la logique propre aux infractions intentionnelles, dans le domaine desquelles il est envisageable

³⁸⁹ Voir notamment R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel, vol. 2 – L'infraction et la responsabilité, op. cit.*, p. 142; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 201 et s.; A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale, op. cit.*, p. 35 et E. LEMOINE, *La répression de l'indifférence sociale en droit pénal français, op. cit.*, p. 354.

³⁹⁰ E. LEMOINE, *La répression de l'indifférence sociale en droit pénal français, op. cit.*, p. 354.

³⁹¹ Comme nous l'avons vu (introduction, n° 57), la culpabilité (*Schuld*), dans la conception finaliste du droit suisse, correspond à l'imputabilité du droit français.

³⁹² Y. MAYAUD, «De l'article 121-3 du Code pénal à la théorie de la culpabilité en matière», *op. cit.*, p. 37 et s.

³⁹³ J.-Y. MARÉCHAL, «Art. 121-3, l'élément moral de l'infraction», *op. cit.*, n° 1.

³⁹⁴ R. OLLARD et F. ROUSSEAU, *Droit pénal spécial*, Bréal, 2^e édition, 2015, p. 60.

que les composantes matérielles soient réalisées sans que l'auteur n'en ait aucune intention. En matière d'imprudence cependant, cette division se révèle très artificielle car le terme d'imprudence est ambivalent³⁹⁵. Il « désigne à la fois un acte et l'état d'esprit de son auteur »³⁹⁶, c'est-à-dire tant l'élément matériel que l'élément psychologique³⁹⁷, car « on commet une imprudence par imprudence »³⁹⁸. Il s'avère très délicat de séparer l'acte de l'état d'esprit de l'individu, dès lors que l'état d'esprit imprudent ne peut être caractérisé qu'en appréciant les actes et omissions de l'agent³⁹⁹.

Cette ambivalence de l'imprudence se manifeste dans son fondement textuel. Selon le troisième alinéa de l'article 121-3 du Code pénal français, l'imprudence caractérise l'une des fautes permettant d'établir la culpabilité⁴⁰⁰. C'est donc dans le cadre de l'élément psychologique que le législateur a choisi d'appréhender l'imprudence. Toutefois, la définition même que cette disposition donne de la faute d'imprudence se réfère en réalité essentiellement au comportement matériel de l'agent⁴⁰¹ : elle vise expressément la violation « des diligences normales », mais ne mentionne pas d'état d'esprit particulier. Ainsi, bien que la faute d'imprudence doive être considérée comme l'une des facettes de la culpabilité d'un point de vue textuel, sa définition légale, quant à elle, renvoie davantage à la matérialité de l'infraction – ce qui laisse planer un doute concernant la véritable place de l'imprudence dans la structure de l'infraction.

89. Choix original de la doctrine

Prenant en considération ces difficultés, la doctrine n'hésite pas, de manière très pragmatique, à s'écarter de la distinction habituelle entre éléments matériel et psychologique pour préférer une autre construction plus appropriée aux infractions d'imprudence. Elle décompose ces infractions en trois éléments : la faute d'imprudence –

³⁹⁵ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, infractions du Code pénal*, Dalloz, 8^e édition, 2018, p. 435. Cette auteure explique que l'atteinte par imprudence « se coule mal dans le moule habituel de description des infractions. En effet, ce qu'on reproche à l'auteur des faits est d'avoir eu un comportement qui intègre d'une façon indissociable un élément matériel et une [volonté] coupable, lequel comportement a entraîné des conséquences dommageables pour l'intégrité corporelle d'autrui ».

³⁹⁶ E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 5^e édition, 2019, p. 351.

³⁹⁷ O. DÉCIMA, S. DETRAZ, E. VERNY, *Droit pénal général*, L.G.D.J., Collection cours, 5^e édition, 2022, p. 208, n^o 407 et P.-Y. VERKINDT, *L'imprudence et la négligence collectives : essai sur les quasi-délits et sur le délit pénal d'imprudence dans les situations complexes*, thèse, Lille, 1988, p. 29.

³⁹⁸ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, *op. cit.*, p. 119.

³⁹⁹ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Presses universitaires de France, 10^e édition, 2022, p. 117, n^o 194.

⁴⁰⁰ G. GIUDICELLI-DELAGE, « La sanction de l'imprudence », *op. cit.*, p. 526.

⁴⁰¹ V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, thèse, Bordeaux, 1991, p. 372.

dont l'établissement présuppose que la condition d'imputabilité soit satisfaite –, le lien de causalité et le résultat dommageable⁴⁰².

Cette structure correspond exactement aux éléments présentés à l'article 121-3 du Code pénal français. Ce constat se fonde sur deux observations. D'une part, cette structure permet d'appréhender l'imprudence comme une faute tout en respectant les composantes matérielles de sa définition. L'approche est globale, de telle sorte que la faute d'imprudence se présente comme l'état d'esprit qui se déduit du comportement matériel imprudent. D'autre part, la réforme du 10 juillet 2000⁴⁰³ a ajouté un quatrième alinéa à l'article 121-3 du Code pénal français, qui traite désormais explicitement des notions de lien de causalité et de dommage⁴⁰⁴. Leur examen autonome se justifie donc parfaitement.

90. Synthèse et comparaison

En droit français, l'imprudence occupe une place originale: elle ne fait pas que s'insérer dans la structure de l'infraction mais en transforme l'architecture habituelle pour pouvoir être saisie d'une manière globale à côté du résultat dommageable et du lien causal qui les unit. A ce titre, la structure particulière de l'infraction d'imprudence en droit français s'apparente à la structure de l'infraction adoptée en droit suisse par les auteurs finalistes, qui considèrent que la négligence doit également être appréhendée de manière globale au stade de la typicité et dans toutes ses composantes, à savoir comportement imprudent, résultat dommageable et lien de causalité entre les deux. Le comportement et le lien de causalité, qui constituent des variables de la répression du fait non intentionnel, pourront donc facilement être comparés, de manière à essayer de fixer où se trouve le seuil de la répression⁴⁰⁵.

⁴⁰² Voir en particulier C. BALLOT SQUIRAWSKI, *Les éléments constitutifs, essai sur les composantes de l'infraction*, Paris-Sud Saclay, 2017, p. 86 n° 88, qui énonce: «En la matière, le schéma suivi révèle de ce fait original. Des éléments sont bel et bien identifiés, car si le Code pénal ne développe pas outre mesure le fait, il mentionne, par exemple au titre de l'homicide involontaire, la faute, le lien de causalité (...) et le résultat mortel. Il en résulte une analyse en trois éléments». Voir également n° 89.

Voir également E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Premier fascicule (art. 1 à 165), Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1901, p. 776, n° 6 et I. LORRAIN-BERTAGNA, *Le statut juridique des infractions d'imprudence et le droit pénal général*, thèse, Nice, 1996, p. 19. Voir encore T. GARÉ, *Droit pénal spécial, personnes et biens*, Bruylant, 8^e édition, 2022, p. 200 et R. OLLARD et F. ROUSSEAU, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 60. Voir cependant C. ANDRÉ, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 6^e édition, 2021, p. 100 et s. et n° 97 et s., qui traite du lien de causalité avec le dommage au titre de l'élément matériel et de la faute au titre de l'élément moral de l'infraction.

⁴⁰³ Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.

⁴⁰⁴ F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^e édition, 2009, p. 453.

⁴⁰⁵ Voir 1^{re} partie, titre 2: L'appréciation extensive des variables du fait non intentionnel punissable, n° 170 et s.

Pour parfaitement identifier le fait non intentionnel punissable, il faut ensuite préciser à quel état d'esprit il correspond: c'est la question du degré de la non-intention.

II Le degré de la non-intention

91. Degré psychologique

Le degré psychologique de l'imprudence et de la négligence se déduit des articles 12 du Code pénal suisse et 121-3 du Code pénal français. Il permet d'établir quel est l'état d'esprit réprimé à ce titre, ce qui, par contraste, aidera par la suite à établir ce qui ne l'est pas. Les droits suisse et français adoptent une conception similaire de la psychologie non intentionnelle (A). Cependant, ils se divisent sur le point de savoir si le dol éventuel peut ou non être considéré comme un degré de la psychologie non intentionnelle (B).

A La conception similaire de la psychologie non intentionnelle

92. Similarités

Dans les droits suisse et français, la présentation de la psychologie non intentionnelle requiert, en premier lieu, que celle-ci soit distinguée de la psychologie intentionnelle (1). Une fois la psychologie non intentionnelle définie, il sera possible d'en distinguer les formes consciente ou inconsciente, qui sont toutes deux punissables (2).

1 La distinction entre intention et non-intention

93. Enjeu de la distinction

Lorsqu'il existe un conflit de qualifications entre une infraction intentionnelle et une infraction non intentionnelle qui couvrent les mêmes actes matériels, celui-ci peut être résolu en différenciant selon l'état d'esprit. Les conséquences de cette qualification sont d'ailleurs considérables du point de vue de la peine puisque le *quantum* encouru pour une infraction non intentionnelle est en principe bien plus faible que celui qui l'est pour son équivalent intentionnel⁴⁰⁶. Par exemple, en matière d'homicide, le fait de causer la mort d'autrui par imprudence ou négligence est puni en droit suisse d'une peine privative de liberté de trois ans au plus (article 117 du Code pénal suisse) alors que la peine est de cinq ans au moins si l'auteur était animé d'une intention (article 111 du Code pénal suisse). En droit français, l'auteur d'un homicide par imprudence encourt en principe une peine de trois ans d'emprisonnement (article 226-6 alinéa 1 du Code pénal français), contre trente ans de réclusion criminelle dans le cas d'un meurtre (article 221-1 du Code pénal français).

⁴⁰⁶ Pour la pénalisation de l'imprudence et de la négligence, voir dans l'introduction, n° 27 et 33.

94. Fondement de la distinction

En droit suisse, la distinction entre l'intention et la négligence a tout particulièrement été étudiée par les auteurs finalistes selon lesquels toute action peut être appréhendée d'après sa finalité, c'est-à-dire, comme on l'a vu précédemment⁴⁰⁷, d'après la volonté qui a motivé l'acte en question. Les auteurs français de la première moitié du XX^e siècle, sûrement influencés par la pensée finaliste, ont également abordé cette distinction sous l'angle de l'orientation de la volonté⁴⁰⁸. Les doctrines suisse et française ont ainsi développé une conception similaire de la distinction entre intention et non-intention.

Le terme d'intention a pour origine le verbe latin *in tendere*, qui signifie «tendre vers» (une direction, un objectif), «donner de la tension» (à un arc, à un muscle)⁴⁰⁹. Le contenu de l'intention délictueuse – ou dol – peut ainsi être compris de la manière suivante: «de la même manière que l'archer tend la corde pour atteindre la cible, le délinquant tend sa volonté pour provoquer le résultat illicite (...): l'intention est une volonté tendue pour atteindre la cible délictueuse»⁴¹⁰. Autrement dit, «l'intention consiste dans la volonté [de l'auteur] de réaliser l'infraction, telle que le législateur l'a décrite»⁴¹¹, tant dans les moyens que dans l'objectif visé. Dans le domaine des atteintes à la personne, l'intention est donc caractérisée lorsque l'agent dirige sa volonté de manière à porter atteinte à l'intégrité corporelle d'autrui⁴¹².

À l'inverse, «si l'intention est tension de la volonté, l'imprudence [ou la négligence] est la volonté non tendue»⁴¹³. Dans cette hypothèse, «l'auteur a bien voulu son geste mais n'a [pas eu] la volonté (...) de ses conséquences»⁴¹⁴. Ce qui est décisif, c'est que sa volonté ne s'est jamais orientée vers la réalisation des composantes matérielles de l'infraction. Bien au contraire, sa volonté doit s'être orientée vers la réalisation d'un autre objectif, pour l'accomplissement duquel l'auteur a mis en œuvre divers moyens⁴¹⁵, sans prendre toutes les précautions nécessaires, avec pour conséquence de causer à un autrui une atteinte qui sortait du cadre de la finalité de son action⁴¹⁶. «Ce

⁴⁰⁷ Voir 1^{re} partie, titre 1, chapitre 1, section 1, I, A, 2: «Les variations de la place de la négligence dans les théories de l'action», n° 75.

⁴⁰⁸ J. - Y. MARÉCHAL, «Art. 121-3, l'élément moral de l'infraction», *op. cit.*, p. 19.

⁴⁰⁹ PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 217.

⁴¹⁰ *Ibid.* Voir également I. MOINE-DUPUIS, «L'intention en droit pénal: une notion introuvable?», *Recueil Dalloz*, 2001, p. 2144 et s.

⁴¹¹ J. - Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, *op. cit.*, p. 458.

⁴¹² En droit français, sur le caractère intentionnel de l'action dommageable d'un gendarme qui use de la force pour contrer une manifestation violente, voir Y. MAYAUD, «Pour des violences policières légitimes, par rejet des qualifications, et de violences mortelles, et d'homicide involontaire», *Revue de sciences criminelles*, 2021, p. 620 et s.

⁴¹³ PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 220.

⁴¹⁴ X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 231, n° 215.

⁴¹⁵ G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, *op. cit.*, p. 491.

⁴¹⁶ J. HURTADO POZO, «Théorie de l'infraction, négligence, rapport de causalité et participation», *op. cit.*, p. 788.

résultat n'a été perçu par l'auteur ni comme un objectif ni comme un moyen ni comme une conséquence mais apparaît comme un effet secondaire indésirable du facteur causal qu'il a utilisé pour atteindre un autre objectif»⁴¹⁷.

En Suisse, les auteurs finalistes présentent cette conception de la négligence sous l'angle du «déraillement de la ligne causale»⁴¹⁸. Ils considèrent que l'auteur a cherché à exercer un contrôle sur son action jusqu'à ce que, malencontreusement, se produise un déraillement de la ligne causale : l'action a dévié de son objectif initial pour causer une atteinte qui n'a jamais été ni souhaitée, ni même acceptée par l'auteur. Ce phénomène de déraillement est illustré par REHBERG avec l'exemple d'un randonneur qui, lors de l'ascension d'une pente raide, marche sur une pierre amovible qui dévale la pente et blesse une personne en contre-bas. Dans ce cas de figure, le randonneur cherchait à gravir la pente mais, ce faisant, a vu son action conduire à un autre résultat – l'atteinte à autrui – qu'il n'a jamais accepté⁴¹⁹.

Les auteurs français, quant à eux, illustrent généralement cette conception de l'imprudence en prenant l'exemple d'un automobiliste : «lorsqu'un automobiliste occasionne la mort d'un usager de la route à la suite d'un dépassement, [il n'a] pas voulu tuer son prochain, mais il a [seulement] voulu effectuer le dépassement»⁴²⁰, qui a finalement «conduit au drame»⁴²¹. Si son comportement n'est pas intentionnel, il n'en reste pas moins volontaire. Toutefois, le Code pénal français recourt à «l'adjectif involontaire pour parler des homicides et blessures qui n'ont pas été voulus par l'agent»⁴²². Cette terminologie paraît trompeuse⁴²³ dans la mesure où elle sous-entend que l'acte qui se trouve à l'origine du dommage a été lui-même involontaire, ce qui est incorrect⁴²⁴. Il s'agit bien de la volonté de produire le résultat qui fait défaut à l'agent, à savoir l'in-

⁴¹⁷ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 110 : «Dieser Erfolg ist weder als Ziel, noch als Mittel oder Nebenfolge in den Verwirklichungswillen des Täters aufgenommen worden, sondern erscheint als ungewollte Nebenwirkung der von ihm zur Verwirklichung anderer Zwecke eingesetzten Kausalfaktoren».

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 146 : «Entgleisung der Kausallinie».

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 110.

⁴²⁰ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel*, vol. 2 – *L'infraction et la responsabilité*, op. cit., p. 213, n° 457. Dans le même sens, voir P. KOLB et L. LETURMY, *Cours de droit pénal général*, Gualino, 7^e édition, 2022, p. 183, n° 835 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, infractions du Code pénal*, Dalloz, 8^e édition, 2018, p. 432, n° 366 et M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 17^e édition, 2019, p. 104.

⁴²¹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, tome 3, Droit pénal spécial, 1^{re} partie*, Cujas, 1982, p. 1427.

⁴²² J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, 8^e édition, 2020, p. 88, n° 66.

⁴²³ E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 6^e édition, 2021, p. 727. Voir également A. GIUDICELLI, «Incertitudes sur les frontières de l'intention», *Dix ans après la réforme de 1994. Quels repères dans le Code pénal*, dir. M. DANTI-JUAN, Cujas, 2005, p. 32, selon qui, «distinguer intention et non-intention (...) ce n'est pas opposer comportements volontaires et involontaires».

⁴²⁴ M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, op. cit., p. 104.

tention de porter atteinte à l'intégrité corporelle. Aussi la doctrine française fait-elle généralement remarquer que l'homicide et les blessures seraient mieux désignés par référence à ce qui est non intentionnel plutôt qu'involontaire, conformément aux termes explicites en ce sens de l'intitulé de la loi du 10 juillet 2000⁴²⁵. Nous adhérons à cette proposition, qui nous semble mieux rendre compte de «cette nuance essentielle»⁴²⁶.

95. Similarité des approches

En définitive, les doctrines suisse et française considèrent de manière similaire que l'imprudence et la négligence résident «non pas dans la volonté de commettre un acte parce qu'on en désire le résultat, mais dans l'inertie de la volonté qui conduit à manifester une activité sans en prévoir l'effet et sans prendre les précautions nécessaires pour empêcher le résultat»⁴²⁷. Si cette définition exprime parfaitement l'état d'esprit qui régit les actes non intentionnels devant être réprimés, elle ne permet toutefois pas de distinguer la forme consciente de l'imprudence ou la négligence de sa forme inconsciente⁴²⁸. Ces deux formes doivent donc être envisagées.

2 La forme consciente ou inconsciente

96. Principe de la distinction

L'imprudence et la négligence ne décrivent pas un état d'esprit uniforme mais comportent au contraire un double degré. Il est ainsi d'usage dans la doctrine de distinguer leur forme consciente de leur forme inconsciente.

Il y a imprudence ou négligence consciente (*bewusste Fahrlässigkeit*) lorsque l'auteur a eu conscience du risque qu'un dommage pénal survienne, a sous-estimé ce risque et est passé outre, en escomptant, par légèreté ou désinvolture, qu'il ne se concrétiserait pas⁴²⁹. Dans ce cas de figure, les faits ont à un certain moment figuré dans la représen-

⁴²⁵ En ce sens: Y. MAYAUD, «Violences involontaires: théorie générale», *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2005, n° 230; PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e édition, 2004, n° 381; F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, 2009, p. 91 n° 79 et M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 104.

⁴²⁶ E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 727.

⁴²⁷ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, tome 3, *op. cit.*, p. 1427.

⁴²⁸ V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, *op. cit.*, p. 373.

⁴²⁹ Dans ce sens, voir pour la doctrine suisse B. CORBOZ, «L'homicide par négligence (art. 117 CP)», *op. cit.*, p. 90; P. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 215; J. HURTADI POZO, *Droit pénal, partie générale*, *op. cit.*, p. 435; L. MOREILLON, *L'infraction par omission*, *op. cit.*, p. 107 et G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, *op. cit.*, p. 499. Pour la doctrine française, voir R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, tome 3, *Droit pénal spécial, 1^{re} partie*, *op. cit.*, p. 1428 et PH. SALVAGE, «L'imprudence en droit pénal», *La Semaine Juridique Edition Générale*, N° 50, 2017, n° 4.

tation que l'auteur se faisait de la situation (*Tatbild*) puis en ont été écartés⁴³⁰ parce qu'il croyait fermement que ce risque ne se réaliserait pas⁴³¹. Ainsi, par exemple, le fumeur est conscient du danger que représente son mégot mais estime à tort qu'il ne va pas rouler dans l'herbe ou qu'il ne causera pas d'incendie s'il y roule⁴³².

A contrario, il y a imprudence ou négligence inconsciente (*unbewusste Fahrlässigkeit*) lorsque l'auteur, par manque de précaution ou défaut d'attention, n'a pas perçu les conséquences potentiellement illicites de son comportement, c'est-à-dire le risque de réaliser le résultat⁴³³. Le qualificatif «inconscient» rend compte du fait que tous les éléments ne figurent pas dans la représentation que l'auteur se fait de la situation mais il ne signifie en aucun cas que sa conscience est annihilée: «il n'agit pas comme un somnambule»⁴³⁴. Ces éléments susceptibles de ne pas être appréhendés ou anticipés par l'auteur peuvent être «des éléments constitutifs eux-mêmes, [ou] l'événement qui permettra leur réalisation, tel le coup de vent emportant sur l'herbe sèche la cigarette allumée déposée sur un rocher par un fumeur»⁴³⁵.

Il n'est donc pas nécessaire que l'auteur se soit représenté le résultat pour que son comportement passe le seuil de la répression pénale.

97. Importance de la distinction

Bien que le droit suisse et le droit français reconnaissent tous deux le principe de la distinction, ces deux formes ne bénéficient pas de la même importance dans les deux droits.

En droit suisse, la distinction entre négligence consciente et inconsciente trouve directement son fondement dans la première phrase de l'article 12 alinéa 3 du Code pénal suisse. Dans sa version en langue française, il dispose notamment qu'agit de manière négligente «*quiconque, par une imprévoyance coupable, commet un crime ou un délit sans se rendre compte des conséquences de son acte ou sans en tenir compte*»⁴³⁶. Si la

⁴³⁰ P. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, op. cit., p. 215.

⁴³¹ B. CORBOZ, «Art. 12», op. cit., p. 150.

⁴³² P. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, op. cit., p. 215.

⁴³³ Dans ce sens, voir pour la doctrine suisse B. CORBOZ, «L'homicide par négligence (art. 117 CP)», op. cit., p. 90; P. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, op. cit., p. 215; J. HURTADI POZO, *Droit pénal, partie générale*, op. cit., p. 435; S. MAEDER et M. A. NIGGLI, «Art. 12», op. cit., p. 191 et G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, op. cit., p. 499. Pour la doctrine française, voir E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Premier fascicule (art. 1 à 165), Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1901, p. 777, n° 17; J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, op. cit., p. 402 et PH. SALVAGE, *Droit pénal général*, op. cit., n° 4.

⁴³⁴ J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, op. cit., p. 404.

⁴³⁵ P. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, op. cit., p. 215.

⁴³⁶ En langue allemande, l'art. 12, al. 3, ph. 1 CPS dispose: «*Fahrlässig begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt*».

doctrine suisse reconnaît que cette distinction présente un intérêt didactique, il faut toutefois reconnaître qu'elle n'emporte pas de conséquence pratique particulière, car la loi les traite sur un pied d'égalité⁴³⁷. La doctrine suisse considère qu'elle n'emporte pas davantage de conséquence concernant le degré de gravité de la peine prononcée⁴³⁸ car, «comparée à la négligence consciente, la négligence inconsciente peut impliquer une faute tout aussi grave, voire plus grave»⁴³⁹. «La reconnaissance d'un danger – pas forcément évident – peut être le signe d'une vigilance particulière, tandis que le fait de méconnaître un risque flagrant peut exprimer une indifférence ou un manque d'égard particulier»⁴⁴⁰. «C'est en revanche et précisément la gravité du manquement, d'un point de vue objectif et subjectif, et non sa forme qui est déterminante»⁴⁴¹ pour choisir d'entrer en voie de condamnation.

En droit français, la doctrine a longtemps employé la distinction entre imprudence consciente et inconsciente sans pour autant pouvoir se fonder sur une base légale. Ce n'est que depuis la loi du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels que cette distinction est implicitement apparue dans la loi. Elle se déduit désormais des alinéas 3 et 4 de l'article 121-3 du Code pénal français, qui traitent respectivement de la faute d'imprudence simple (inconsciente) et de la faute d'imprudence qualifiée (consciente). Cet article ne se limite pas à une simple distinction entre les fautes conscientes et inconscientes mais affirme que la première est plus grave que la seconde⁴⁴², en attribuant un régime spécifique à chacune d'elles, lorsque ces fautes ont été commises par une personne physique⁴⁴³.

98. Cœur de la distinction

En fin de compte, l'imprudence et la négligence peuvent revêtir une forme consciente ou inconsciente, selon que l'agent envisage ou non le résultat. Dans les deux cas, elles

⁴³⁷ B. CORBOZ, «Art. 12», *op. cit.*, p. 149.

⁴³⁸ *Ibid.* Pour un avis divergeant, voir G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, *op. cit.*, p. 500 et Y. JEANNERET, A. KUHN et B. LAPÉROU-SCHENEIDER, *Droit pénal français et droit pénal suisse, une mise en parallèle*, *op. cit.*, p. 101.

⁴³⁹ P. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 227.

⁴⁴⁰ S. MAEDER et M. A. NIGGLI, «Art. 12», *op. cit.*, p. 192: «Das Erkennen (nicht sehr nahe-liegender) Gefahren kann ein Zeichen besonderer Wachsamkeit sein, das Verkennen (sich aufdrängender) Risiken Ausdruck besonderer Gleichgültigkeit oder Rücksichtslosigkeit».

⁴⁴¹ P. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 227.

⁴⁴² C. ROKOFYLLOS considère à cet égard qu'il est injustifiable d'établir une gradation *a priori* entre ces deux formes de culpabilité fautive. Selon lui, «la gravité de la faute (...) ne peut être estimée qu'à propos de chaque espèce particulière». (*Le concept de lésion et la répression de la délinquance par imprudence, essai de critique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Bibliothèque de sciences criminelles, 1967).

⁴⁴³ Pour que la responsabilité pénale d'une personne physique soit engagée, l'art. 121-3 al. 3 et 4 CPF prévoit qu'elle doit avoir commis soit une faute simple (imprudence inconsciente) qui a causé directement le dommage, soit une faute qualifiée (imprudence consciente) qui peut n'avoir causé qu'indirectement le dommage.

se caractérisent par une volonté non tendue vers le résultat, ce qui les différencie de l'intention. Toutefois, la frontière entre intention et non-intention n'est pas toujours aussi franche. Il existe une hypothèse «hybride»⁴⁴⁴, «à la charnière entre les délits intentionnels et les délits d'imprudence [ou de négligence]»⁴⁴⁵, qui a fait l'objet de nombreuses hésitations : le dol éventuel.

B La conception différenciée du dol éventuel

99. Définition du dol éventuel

Les auteurs contemporains décrivent le dol éventuel comme «l'état d'esprit d'une personne qui, sachant que son comportement pourrait porter atteinte à un intérêt protégé ou réaliser une situation infractionnelle, sans en avoir la certitude, persiste néanmoins à l'adopter»⁴⁴⁶. Le dol éventuel se réfère ainsi à l'état d'esprit de «celui qui se représente la possibilité d'un résultat qu'il ne désire pas, mais à la création duquel il consent en dernière instance, en courant le risque de le causer, pourvu qu'il obtienne l'effet qu'il recherche à tout prix»⁴⁴⁷. Dans cette hypothèse, le seuil de la répression semble alors largement dépassé. La volonté de l'agent n'est plus directement orientée vers le résultat, mais il l'accepte néanmoins comme effet secondaire⁴⁴⁸ s'il devait survenir, «fût-ce à regret ou en [le] redoutant»⁴⁴⁹. Tel serait le cas par exemple d'un automobiliste, qui, «après avoir aperçu l'enfant traversant la rue, et dans son désir d'arriver tôt, accepte la possibilité de tuer l'enfant plutôt que de réduire sa vitesse»⁴⁵⁰. C'est cette «indifférence à la création de l'état de fait incriminé»⁴⁵¹ qui caractérise le dol éventuel⁴⁵².

100. Comparaison

Il a fallu répondre à la question de savoir si la réalisation d'un dommage avec l'état d'esprit du dol éventuel devait entraîner une qualification intentionnelle ou non⁴⁵³. La

⁴⁴⁴ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, op. cit., p. 171.

⁴⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 172. Dans le même sens, voir J. CEDRAS, «Le dol éventuel», *Recueil Dalloz*, 1995, p. 18 et s. Pour une définition du dol éventuel voir M. ABDEL-RAZEK pour qui il s'agit de la situation «dans laquelle le coupable n'accepte ni ne refuse le résultat» (*L'élément moral de l'infraction en droit comparé op. cit.*, p. 365).

⁴⁴⁷ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, op. cit., p. 172. Pour une définition équivalente dans la littérature helvète, voir O. A. YOUSSEF, «art. 12», *StGB, Annotierter Kommentar*, dirigé par D. K. GRAF, Stämpfli, 2020, p. 59.

⁴⁴⁸ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 110.

⁴⁴⁹ P. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, op. cit., p. 207.

⁴⁵⁰ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, op. cit., p. 178.

⁴⁵¹ P. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, op. cit., p. 208.

⁴⁵² Pour un aperçu des droits européens sur la notion de dol éventuel, voir E. MARTIN-HOC-QUENHEIM, «Le dol éventuel», *Code pénal et Code d'instruction criminelle, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2004, p. 445 à 451.

⁴⁵³ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 4^e édition, 2016, p. 115.

réponse diffère en droit suisse et français: le premier considère que le dol éventuel fait déjà partie de la psychologie intentionnelle (1), alors que le second, qui réfute cette position, hésite sur la véritable portée de cette notion (2).

1 La nature intentionnelle du dol éventuel en droit suisse

101. Principe

En droit suisse, il est clairement établi que le dol éventuel dénote un état d'esprit ayant un tel degré de gravité qu'il doit être assimilé à l'intention et non à la négligence⁴⁵⁴. Il se présente comme une «forme dégradée»⁴⁵⁵ de l'intention (dol). Cette assimilation est prévue à l'article 12 alinéa 2 du Code pénal suisse, qui a trait à l'intention. Il reprend à sa deuxième phrase la définition du dol éventuel, en disposant que: «*l'auteur agit déjà intentionnellement lorsqu'il tient pour possible la réalisation de l'infraction et l'accepte au cas où celle-ci se produirait*»⁴⁵⁶.

Selon la conception suisse, le dol éventuel est donc appréhendé comme le degré le plus faible de la psychologie intentionnelle⁴⁵⁷. Il ne se confond pas avec la négligence consciente qui, elle, caractérise le degré le plus élevé de la psychologie non intentionnelle. Dans ces deux hypothèses, «l'agent a entrevu la possibilité de causer le résultat»⁴⁵⁸ mais elles se distinguent du point de vue de l'acceptation de ce résultat⁴⁵⁹. En cas de dol éventuel, l'agent ne veut certes pas le résultat mais, il s'accommode par indifférence de sa possible réalisation. Il ne fait rien pour éviter le péril et poursuit nonchalamment son activité dangereuse: adviennent ce qu'il pourra!⁴⁶⁰ En cas de négligence consciente, l'agent n'accepte au contraire aucunement le résultat, mais espère par une

⁴⁵⁴ Pour une conception similaire, voir le droit libanais. E. ANIM, *La faute en droit libanais comparé avec le droit français*, thèse, Beyrouth, 1952, p. 183 et s.

⁴⁵⁵ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, op. cit., p. 171.

⁴⁵⁶ En langue allemande, l'art. 12, al. 2, ph. 2 CPS dispose: «*Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt*».

⁴⁵⁷ N. MARKWALDER und M. SIMMLER, «Das Unrecht der eventualvorsätzlichen Tat», *Revue pénale suisse*, 2018, p. 30.

⁴⁵⁸ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, op. cit., p. 118.

⁴⁵⁹ C. GETH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Helbing Lichtenhahn, 7^e édition, 2021, p. 56 et s.

⁴⁶⁰ Dans ce sens, voir la condamnation de deux chauffards pour meurtre par dol éventuel: ATF 130 IV 58. Sur ce point, la littérature ayant trait au délit de chauffard est éclairante: T. BAUER et F. ABRAR, *Le délit de chauffard: questionnement après plus d'un an d'application controversée*, Jusletter, 28 septembre 2015, réf. 10 et J. DÉLÈZE et H. DUTOIT, *Le « délit de chauffard » au sens de l'art. 90 al. 3 LCR: éléments constitutifs et proposition d'interprétation*, *Aktuelle Juristische Praxis, Dike*, 2013, p. 1206; H. VEST et J. WEBER, «Anmerkungen zur Diskussion über den Eventualvorsatz bei Raserfällen», *Revue pénale suisse*, 4/2009, p. 443 et s. Dans le même sens, pour une condamnation qui a défrayé la chronique en Allemagne, voir <<https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/toedliches-rennen-bgh-bestaetigt-mord-urteil-fuer-berliner-raser-16820633.html>>.

forme de légèreté, que cette éventualité ne se réalisera pas⁴⁶¹, «grâce aux mesures déjà prises par lui»⁴⁶². La distinction est sensible, car elle engendre de grandes différences du point de vue de la qualification⁴⁶³.

102. Délicatesse de l'appréciation

Il revient au juge helvète d'établir l'existence d'un dol éventuel. En l'absence d'aveux, il se réfère à différents indices qui laissent penser que l'agent avait accepté l'éventualité de la survenance du résultat, tels que, par exemple, l'imminence de cette réalisation, la gravité de la violation du devoir de prudence ou encore l'existence d'une forte probabilité de réalisation du risque que l'agent ne pouvait ignorer⁴⁶⁴. Il faut toutefois manier avec précaution l'indice de la probabilité, afin de ne pas en venir à considérer l'acceptation du résultat comme caractérisée lorsque le risque était élevé et nécessairement absente lorsqu'il était faible⁴⁶⁵. Un tel automatisme conduit à confondre les notions de conscience et de volonté «car un risque faible peut avoir été accepté [dol éventuel] et un risque considérable, écarté [négligence consciente]»⁴⁶⁶. Un tel amalgame risquerait de «convertir la négligence inconsciente en dol éventuel par des postulats successifs: vu son degré, le risque n'a pas pu ne pas être envisagé et une fois envisagé n'a pas pu ne pas être accepté»⁴⁶⁷. C'est la raison pour laquelle la doctrine suisse considère que, «lorsqu'il apparaît douteux au juge que l'auteur ait considéré le résultat dommageable comme possible, il ne doit pas retenir le dol éventuel en vertu du principe *in dubio pro reo*»⁴⁶⁸ mais doit seulement caractériser une négligence consciente.

Reconnaissons que la subtilité de la distinction helvétique entre dol éventuel et négligence consciente a laissé dubitatifs un certain nombre d'auteurs français, qui critiquent son «caractère particulièrement sibyllin»⁴⁶⁹ et «byzantin»⁴⁷⁰, «lié à la complexité de l'analyse psychologique réclamée de la part du juge»⁴⁷¹. Selon eux, une telle distinction «ne [permettrait] pas de mettre en lumière des critères opératoires et [ferait] fi des difficultés de la preuve»⁴⁷². Ces incertitudes risquent d'entraîner une

⁴⁶¹ M. DUPUIS et L. MOREILLON, «Art. 12», *Petit commentaire CP*, Helbing Lichtenhahn, 2^e édition, 2017, p. 100.

⁴⁶² J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 118 et M. R. HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips im Strassenverkehr und für das Fahrlässigkeitsdelikt*, thèse, Zurich, 1996, p. 45.

⁴⁶³ M. DUPUIS et L. MOREILLON, «Art. 12», *op. cit.*, p. 100.

⁴⁶⁴ C. FAVRE, M. PELLET et P. STOUDEMANN, «Art. 12», *Code pénal annoté*, éditions Bis et Ter, Lausanne, 3^e édition, 2011, p. 45.

⁴⁶⁵ P. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 208.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 209.

⁴⁶⁷ *Ibid.*

⁴⁶⁸ C. FAVRE, M. PELLET et P. STOUDEMANN, «Art. 12», *op. cit.*, p. 44.

⁴⁶⁹ J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, *op. cit.*, p. 410.

⁴⁷⁰ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, *op. cit.*, p. 179.

⁴⁷¹ J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, *op. cit.*, p. 410.

⁴⁷² *Ibid.*

extension de la répression en appréhendant au moyen d'incriminations intentionnelles des comportements qui relèvent de la simple négligence consciente. Le droit pénal français n'a d'ailleurs pas adopté la conception retenue par le Code pénal suisse.

2 Les hésitations sur la portée du dol éventuel en droit français

103. Assimilation de la faute délibérée au dol éventuel

Bien que le dol éventuel ne soit pas expressément visé à l'article 121-3 du Code pénal français, la création de la faute délibérée au sein de cet article a pu être analysée comme une reconnaissance du dol éventuel en droit français⁴⁷³.

La faute délibérée est «le fruit de réformes successives»⁴⁷⁴. Elle a été esquissée pour la première fois par le Code pénal de 1992, qui visait, dans un deuxième alinéa de l'article 121-3, la faute de mise en danger délibérée⁴⁷⁵. Cette dernière était énumérée à la suite de l'imprudence et de la négligence, ce qui suggérait sa nature non intentionnelle. Lors de la réforme du 10 juillet 2000⁴⁷⁶ tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, l'article 121-3 du Code pénal français a été complété par un quatrième alinéa, qui vise notamment une faute délibérée, dont il donne la définition⁴⁷⁷. La doctrine majoritaire considère que la faute de mise en danger délibérée et la faute délibérée sont redondantes en ce qu'elles se définissent de la même manière⁴⁷⁸. Seul leur usage se différencie car le recours à la faute de mise en danger délibérée de l'alinéa 2 est réservé à l'infraction formelle de mise en danger délibérée de la vie d'autrui (article 223-1 du Code pénal français⁴⁷⁹), alors que la faute délibérée de l'alinéa 4,

⁴⁷³ MARTIN-HOCQUENHEIM, «Le dol éventuel», *op. cit.*, p. 456 et F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal, op. cit.*, p. 151.

⁴⁷⁴ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.*, p. 60.

⁴⁷⁵ PH. CONTE, «De l'ancien au nouveau code pénal: l'invention de la variante juridique du triangle des Bermudes? Commentaire de l'article 121-3 alinéa 2 du Code pénal», *Code pénal et Code d'instruction criminelle, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2004, p. 433 et s.

⁴⁷⁶ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.*, p. 60.

⁴⁷⁷ La définition de la faute délibérée donnée à l'art. 121-3 al. 4 CPF par la loi du 10 juillet 2000 reprend en réalité la définition de la faute de mise en danger délibérée telle qu'elle est visée à l'art. 223-1 CPF, qui incrimine l'infraction de mise en danger délibérée de la vie d'autrui.

⁴⁷⁸ Pour des auteurs qui reconnaissent une identité entre la faute de mise en danger délibérée (al. 2) et la faute délibérée (al. 4), voir S. CORIOLAND, *Responsabilité pénale des personnes publiques*, Dalloz, 2018, p. 227, n° 181; F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 447; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, Presses universitaires de France, 7^e édition, 2021, p. 317; J.-Y. MARÉCHAL, «Art. 121-3, l'élément moral de l'infraction», *op. cit.*, n° 87 et A. ZOUHAL, *Le risque en droit pénal, op. cit.*, p. 367. *A contrario*, pour des auteurs qui ne voient pas d'identité entre ces deux fautes, voir P. KOLB et L. LETURMY, *Cours de droit pénal général, op. cit.*, p. 190, n° 873.

⁴⁷⁹ Art. 223-1 CPF: «*Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.*».

dont le texte envisage également le dommage, s'applique aux infractions matérielles, qui sont concernées par notre étude⁴⁸⁰.

L'article 121-3 alinéa 4 définit la faute délibérée comme le fait de violer «*de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement*». D'après les termes de cette définition, une faute délibérée existe lorsque l'agent oriente sa volonté vers la violation d'une obligation, sans pour autant chercher à ce que le résultat dommageable qui découle de cette violation se réalise. Étant donné que la violation délibérée porte sur une obligation de prudence ou de sécurité, l'agent envisage nécessairement la survenance d'un dommage mais, comme dans l'hypothèse du dol éventuel, il reste indifférent à cette éventualité et persiste dans son attitude imprudente⁴⁸¹. Sur ces considérations, une grande partie de la doctrine française appréhende la faute délibérée comme une forme de dol éventuel⁴⁸². Elle explique ainsi que le Code pénal français prévoit une réponse pénale plus répressive en cas de faute délibérée par rapport aux autres hypothèses de fautes non intentionnelles⁴⁸³.

104. Difficulté de l'assimilation

Certains auteurs considèrent au contraire qu'il faut éviter toute assimilation entre la faute délibérée et le dol éventuel, dans la mesure où la théorie du dol éventuel sert avant tout à tenir compte de la gravité de l'état d'esprit de l'agent imprudent pour l'assimiler au dol, c'est-à-dire à une intention⁴⁸⁴.

Contrairement au droit suisse, les textes du droit français ne prévoient pas de pareille extension de l'intention⁴⁸⁵. Il faut donc s'en tenir à la définition traditionnelle de l'intention, qui se caractérise par l'orientation de la volonté vers le résultat. La faute délibérée n'entre pas dans ce cadre puisqu'elle se définit comme une volonté orientée vers

⁴⁸⁰ PH. CONTE, «De l'ancien au nouveau code pénal: l'invention de la variante juridique du triangle des Bermudes? Commentaire de l'article 121-3 alinéa 2 du Code pénal», *op. cit.*, p. 436 et 437 et X. PIN, «La non-intention est-elle vraiment l'exception?», *Le nouveau Code pénal vingt ans après, état des questions*, dir. par L. SAENKO, L.G.D.J, 2014, p. 89.

⁴⁸¹ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, *op. cit.*, p. 200.

⁴⁸² Voir dans ce sens P. BONFILS et M. GIACOPELLI, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 144, n° 227; F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 447; A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, Presses universitaires de France, 6^e édition, 2015, p. 178; J. LEROY, *Droit pénal général*, L.G.D.J, 9^e édition, 2022, p. 240, n° 420; J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 22^e édition, 2019, p. 487; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, 4^e édition, 2017, p. 349 et M.-C. SORDINO, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 151.

⁴⁸³ L'aggravation de la peine en cas de faute délibérée est notamment prévue aux art. 221-6 al. 2 CPF, 222-19 al. 2 CPF, et 222-20 CPF mais aussi aux art. 221-6-1 al. 2, 1^o CPF, 222-19-1 al. 2, 1^o CPF et 222-20 al. 2, 1^o CPF.

⁴⁸⁴ Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, Dalloz, 2003, p. 142 et J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, *op. cit.*, p. 408.

⁴⁸⁵ X. PIN, «La non-intention est-elle vraiment l'exception?», *op. cit.*, p. 90.

la violation d'une obligation et non vers la réalisation du dommage. Cela implique qu'elle reste nécessairement dans le domaine de l'imprudence et qu'elle «ne franchit pas le seuil de l'intention»⁴⁸⁶. «Si le moindre doute devait encore traverser les esprits, il serait tout de suite effacé par l'intitulé même de la loi du 10 juillet 2000 dite «tendant à préciser la définition des délits *non intentionnels*»⁴⁸⁷: cette loi ayant donné sa définition à la faute délibérée, cette dernière relève donc bien de la non-intention. Dès lors, la référence au dol éventuel n'est nullement appropriée pour rendre compte de la valeur non intentionnelle de la faute délibérée. Pour cette raison, mieux vaut ne pas employer la notion de dol éventuel en droit français et en rester à l'expression plus précise de faute délibérée, ou plus largement d'imprudence consciente⁴⁸⁸, qui ne laisse planer aucune confusion. Lorsque certains auteurs français se réfèrent à la notion de dol éventuel, il faut alors bien comprendre qu'ils visent par là le degré le plus élevé que connaît la psychologie non intentionnelle, et en aucun cas une forme intentionnelle comme en droit suisse. Les développements ultérieurs conduiront néanmoins à s'interroger sur la réalité pratique de la faute délibérée car, lorsque l'agent est un professionnel, il peut arriver que les juges caractérisent d'emblée un tel degré de faute non intentionnelle. La question du seuil de la répression reste alors entière⁴⁸⁹.

105. Divergences et comparaison

En définitive, l'hypothèse dite du dol éventuel, selon laquelle l'agent s'accommode de la possible survenance d'un résultat qu'il avait envisagé, n'est pas traitée de la même manière en droits suisse et français: le premier considère qu'il s'agit d'une intention, alors que le second l'envisage comme une imprudence. La portée pratique de cette différence ne doit toutefois pas être exagérée car il revient dans tous les cas au juge helvète, pour caractériser une intention, d'établir que l'auteur n'avait pas seulement envisagé le résultat en espérant qu'il ne se produise pas mais qu'il avait véritablement accepté son éventualité⁴⁹⁰. Le juge ne pouvant sonder les âmes, il devra mécaniquement, en cas de doute, considérer que l'agent n'a agi que par négligence consciente, ce qui revient finalement à la position du droit français.

⁴⁸⁶ Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, *op. cit.*, p. 141.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 142.

⁴⁸⁸ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel*, vol. 2 – *L'infraction et la responsabilité*, *op. cit.*, p. 216 et s., n° 458 et F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, *op. cit.*, p. 172.

⁴⁸⁹ Voir 1^{re} partie, titre 2, chapitre 1, section 1, II, B, 2, a: La faute caractérisée, n° 200 et s. Voir également 2^e partie, titre 1, chapitre 2, section 2, II, B, 2: Le maintien de la référence aux diligences normales, n° 440

⁴⁹⁰ <https://www.nzz.ch/amp/raser_vor_bundesgericht-1.1543806>.

106. Tableau comparatif des degrés psychologiques de l'infraction

Terminologie en droit suisse	Conscience	Volonté	Terminologie en droit français
Intention (ou dol direct)	Envisage le résultat comme une certitude	S'oriente vers le résultat	Intention (ou dol)
Intention (ou dol éventuel)	Envisage le résultat comme une possibilité	S'accommode du résultat	Imprudence consciente (cf. faute délibérée)
Négligence consciente	Envisage le résultat comme une possibilité	Pense que le résultat ne se produira pas	Imprudence consciente
Négligence inconsciente	N'envisage pas le résultat	Ne veut pas le résultat	Imprudence inconsciente

107. Conclusion de la section 1

Les droits pénaux suisse et français font face à des difficultés similaires dans l'identification du fait non intentionnel punissable.

La première concerne la détermination de la place de l'imprudence et de la négligence dans les structures suisse et française de l'infraction, ce qui rend par voie de conséquence plus difficile d'accès les éléments établissant le seuil de la répression. Les auteurs des deux pays expriment toutefois le souci commun d'en étudier les aspects objectifs et subjectifs sans les séparer artificiellement. La doctrine suisse opte majoritairement pour la conception finaliste de l'action qui appréhende l'ensemble de la négligence au sein de la typicité, alors que la doctrine française recourt à une structure propre aux atteintes non intentionnelles au sein de laquelle les aspects objectifs et subjectifs de l'imprudence peuvent être étudiés ensemble. Il ressort de ces deux systèmes que deux éléments sont en mesure de faire varier le seuil de la répression: il s'agit du comportement lui-même et du lien de causalité avec le dommage.

La seconde difficulté porte sur l'identification du degré psychologique auquel le fait non intentionnel punissable correspond. Pour résoudre cette difficulté, les droits suisse et français recourent à des critères communs, qui leur permettent de distinguer de manière similaire d'une part l'intention de la non-intention et d'autre part l'imprudence et la négligence consciente de celle qui est inconsciente. Les deux droits divergent toutefois en ce qui concerne l'hypothèse dite du dol éventuel: le droit suisse considère qu'il s'agit déjà d'une intention, alors que le droit français ne l'envisage que sous la forme d'une imprudence aggravée. La portée pratique de cette différence reste néanmoins limitée dans bien des cas.

La séparation, essentielle, de la psychologie non intentionnelle entre ce qui est conscient et ce qui est inconscient permet de mieux saisir la substance des reproches pouvant être adressés à l'imprudent, c'est-à-dire ce qui dépasse le seuil de la répres-

sion. La définition du comportement blâmable sous-tend une ligne de démarcation entre ce qui est punissable et ce qui ne l'est pas. Pour poursuivre cette réflexion, il convient à présent d'appréhender l'imprudence et la négligence sous l'angle textuel, en s'intéressant à la manière dont elles sont incriminées dans les Codes pénaux suisse et français.

Section 2 L'incrimination du fait non intentionnel

108. Incrimination et légalité criminelle

Qu'il s'agisse du droit suisse ou du droit français, l'incrimination du fait non intentionnel est impérativement soumise au principe de légalité criminelle⁴⁹¹ (*Legalitätsprinzip*). Ce dernier, qui est souvent désigné par l'adage latin «*nullum delictum, nulla poena, sine lege*», requiert que la loi définisse au préalable de manière claire et précise les comportements interdits et qu'elle prévoise la peine qui peut leur être appliquée⁴⁹². L'exigence de légalité stricte a été érigée par certains penseurs du XVIII^e siècle⁴⁹³ «comme une garantie essentielle de la liberté individuelle et de la sécurité juridique»⁴⁹⁴, car elle «permet de délimiter exactement le champ de la liberté des citoyens et constitue donc un rempart contre l'arbitraire»⁴⁹⁵.

Le principe de légalité criminelle bénéficie aujourd'hui d'une vaste protection, tant en droit suisse qu'en droit français. Ce principe est énoncé, d'une part, dans plusieurs textes internationaux applicables aux deux pays, à savoir la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 (article 11 § 2)⁴⁹⁶, la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre de 1949 (articles 82 et 87) et le Pacte international pour les droits civils et politiques de 1966 (article 15 § 1). Au niveau européen, il est prévu à l'article 7 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme de 1950⁴⁹⁷.

Ce principe est consacré, d'autre part, à un double niveau national, tant en droit suisse qu'en droit français. Il présente d'abord une valeur législative, puisqu'il est prévu à l'article 1 du Code pénal suisse et à l'article 111-3 du Code pénal français. Il a ensuite et surtout été élevé au rang de norme constitutionnelle dans les deux États. En droit suisse, cette valeur se déduit des articles 31 alinéas 1 et 36 alinéa 1 de la Constitution

⁴⁹¹ Voir par ex. A. CHAUVEAU et F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, tome 1, Cosse, 3^e édition, 1872, p. 41 et J. HURTADO POZO, *Droit pénal général*, op. cit., p. 39.

⁴⁹² W. BENESSIANO, *Légalité pénale et droits fondamentaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2011, p. 24.

⁴⁹³ P. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, op. cit., p. 19.

⁴⁹⁴ F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 148.

⁴⁹⁵ *Ibid.*

⁴⁹⁶ Ce texte ne vise pas le terme «loi» mais celui de «droit».

⁴⁹⁷ Ce texte fait de même.

suisse⁴⁹⁸. En droit français, cette valeur est affirmée à la fois par l'article 34 de la Constitution française, et «par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁴⁹⁹, qui, en bloc, fait corps avec le texte constitutionnel»⁵⁰⁰.

En application du principe de légalité criminelle, le fait non intentionnel ne peut être réprimé que lorsqu'il est prévu par un texte. Or, le premier alinéa des articles 12 du Code pénal suisse⁵⁰¹ et 121-3 du Code pénal français⁵⁰² pose une «présomption d'intentionnalité»⁵⁰³ des infractions, de telle sorte que lorsque les textes ne donnent aucune précision, les faits incriminés ne peuvent être réalisés que de manière intentionnelle⁵⁰⁴. L'imprudence et la négligence ne peuvent donc être envisagées «que de manière exceptionnelle, lorsque la loi le prévoit expressément»⁵⁰⁵ dans l'infraction en question. C'est le cas des infractions d'atteinte non intentionnelle à la personne.

109. Difficultés de l'incrimination de la non-intention

Pour satisfaire le principe de légalité criminelle, la norme pénale doit prévoir de manière claire et précise le comportement non intentionnel réprimé. En droits suisse et français, il existe des convergences dans la technique d'incrimination du comportement imprudent ou négligent. Ces comportements sont pareillement incriminés grâce à la technique du renvoi du texte spécial à une disposition générale de définition de la non-intention punissable (1). En outre et surtout, les législateurs suisses et français n'ont pas eu d'autre solution que de prévoir des incriminations «ouvertes», en utilisant des termes larges et englobants. Même après les deux réformes qu'a connu le droit français en la matière, les dispositions sur l'imprudence restent grandement soumises à l'interprétation des juges (2).

⁴⁹⁸ J. HURTADO POZO et F. ILLANEZ, «Art. 1», *Commentaire romand, code pénal I*, dirigé par L. MOREILLON et al., Helbing Lichtenhahn, 2^e édition, 2021, p. 3. Voir également M. DUPUIS et L. MOREILLON, «Art. 1», *Petit commentaire CP*, Helbing Lichtenhahn, 2^e édition, 2017, p. 6. Dans ce sens, voir ATF 128 I 327 et ATF 129 IV 276.

⁴⁹⁹ Voir les art. 5 et 8 de la Déclaration.

⁵⁰⁰ P. KOLB et L. LETURMY, *Cours de droit pénal général, op. cit.*, p. 55, n° 176. Voir également H. RENOUT, *Droit pénal général*, Larcier, 18^e édition, 2013, p. 28 et s.

⁵⁰¹ Art. 12 al. 1 CPS, dans sa version romande: «*Sauf disposition expresse et contraire de la loi, est seul punissable l'auteur d'un crime ou d'un délit qui agit intentionnellement*»; dans sa version en langue allemande: «*Bestimmt es das Gesetz nicht ausdrücklich anders, so ist nur strafbar, wer ein Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich begeht*». De surcroît, l'art. 104 CPS prévoit que l'art. 12 CPS s'applique en matière de contravention.

⁵⁰² Art. 121-3 al. 1 CPF: «*Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre*».

⁵⁰³ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal, op. cit.*, p. 69.

⁵⁰⁴ En droit suisse, la règle est renversée en ce qui concerne les contraventions du droit pénal accessoire (*Nebenstrafrecht*), c'est-à-dire celles qui n'ont pas été codifiées dans le Code pénal: aux termes de l'art. 333 al. 7 CPS, ces contraventions sont punissables même lorsqu'elles ont été commises par négligence, sauf s'il en est disposé autrement.

⁵⁰⁵ Pour le droit français, voir P. BONFILS et M. GIACOPELLI, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 135, n° 210. Pour le droit suisse, voir O. A. YOUSSEF, «art. 12», *op. cit.*, p. 57.

I Une incrimination par renvoi

110. Technique du renvoi

La technique législative du renvoi «consiste à prévoir dans la disposition finale d'un code ou d'une loi particulière la sanction d'un ensemble de dispositions techniques en renvoyant globalement, pour la définition des comportements incriminés [à un autre article] du code ou de la loi»⁵⁰⁶. Le recours à cette technique en droit pénal est souvent dénoncé par la doctrine pour son manque de clarté, alors qu'il s'agit d'une des exigences qui découle du principe de légalité criminelle⁵⁰⁷. Ce procédé du renvoi ne trahit pourtant en rien le principe de légalité, dès lors que le renvoi s'effectue lui-même bien vers un texte de même nature⁵⁰⁸ qui définit précisément le comportement prohibé. Tout au plus ce procédé manque-t-il d'élégance⁵⁰⁹ puisqu'il complique nécessairement l'accessibilité de la norme pénale en séparant ses éléments.

La technique du renvoi est employée par les législateurs suisse et français pour incriminer les atteintes non intentionnelles à la personne. Dans la partie spéciale des Codes pénaux des deux pays, se trouvent les incriminations d'homicide et de blessures non intentionnels. Pourtant, ces textes visent essentiellement l'atteinte prohibée et renvoient, en ce qui concerne la description du comportement incriminé, à des dispositions qui se situent dans la partie générale du code⁵¹⁰. Ces dispositions de portée générale se présentent alors comme une clef de lecture indispensable des textes d'incrimination de la partie spéciale⁵¹¹.

En droit suisse, le législateur incrimine les infractions d'homicide et de lésions corporelles par négligence aux articles 117 et 125 du Code pénal suisse, en s'abstenant de décrire de manière factuelle le comportement incriminé. Il privilégie au contraire une formulation «casuistique»⁵¹², qui vise «*celui qui, par négligence ...*»⁵¹³, puis se rapporte pour le reste au résultat causé. En mentionnant le terme de négligence, le législateur effectue ainsi un renvoi implicite au troisième alinéa de l'article 12, qui donne une définition générale de la négligence: «*agit par négligence quiconque ...*». La commune référence de ces textes au terme de négligence permet au renvoi de s'effectuer sans difficulté, de sorte que la définition lacunaire des articles 117 et 125 du Code

⁵⁰⁶ F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 172.

⁵⁰⁷ P. KOLB et L. LETURMY, *Cours de droit pénal général*, op. cit., p. 56, n° 185.

⁵⁰⁸ *Ibid.*

⁵⁰⁹ *Ibid.*

⁵¹⁰ B. CORBOZ, «L'homicide par négligence (art. 117 CP)», op. cit., p. 117.

⁵¹¹ Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, op. cit., p. 120.

⁵¹² J. HURTADI POZO, *Droit pénal, partie générale*, op. cit., p. 436.

⁵¹³ J. HURTADO POZO et F. ILLÁNEZ, «Art. 117», *Commentaire romand, code pénal II*, dirigé par A. MACALUSO, L. MOREILLON, N. QUELOZ, Helbing Lichtenhahn, 2017, p. 82.

pénal suisse se trouve efficacement palliée par le complément prévu à l'article 12 alinéa 3.

En droit français, le législateur incrimine les infractions d'homicide et de blessures par imprudence aux articles 221-6 et 222-19, R. 625-2, R. 622-1⁵¹⁴ du Code pénal français. Outre la mention du résultat, ces textes renvoient tous explicitement aux «*distinctions prévues à l'article 121-3*» de ce même Code, c'est-à-dire au régime de la faute d'imprudence tel qu'instauré après la loi du 10 juillet 2000⁵¹⁵. Par conséquent, «la simple lecture des articles de droit pénal spécial (...) ne suffit pas à traduire ce qu'ils contiennent de précisions sur les catégories de fautes prises en compte au titre [de ces infractions]»⁵¹⁶. Il faut encore les combiner aux dispositions générales de l'article 121-3 du Code pénal français pour pouvoir véritablement être en mesure de qualifier de telles infractions⁵¹⁷.

111. Maladresse du renvoi français

Le système de renvoi du droit français présente une certaine faiblesse qui trouve sa source dans une maladresse rédactionnelle⁵¹⁸. Après avoir renvoyé aux prévisions de l'article 121-3, les textes d'incrimination de l'homicide et des blessures non intentionnels précisent de manière surabondante les comportements fautifs visés au titre de ces infractions. Il existe cependant «un décalage [terminologique] très net entre la définition générale de l'article 121-3 et celle des infractions particulières»⁵¹⁹: «alors que la définition générale ne fait allusion qu'à l'imprudence», à la «négligence» et au «manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement», les [différents textes d'incrimination] ajoutent l'«inattention» et la «maladresse»⁵²⁰.

Pire, le législateur donne l'impression dans les textes d'incrimination spéciaux qu'il n'existe qu'un seul type de faute. Or, depuis la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, l'article 121-3 du Code pénal français distingue deux catégories de fautes, la faute simple et la faute qualifiée, selon leur gravité et attribue à chacune d'elle un régime particulier. Cette spécificité de la réforme n'est signalée que très brièvement dans les textes d'incriminations des atteintes non intentionnelles à la personne, par la formule «*les distinctions de l'article 121-3*». Ces textes insistent en revanche lourdement sur les différentes facettes d'une seule catégorie de ces fautes, celle de la faute simple.

⁵¹⁴ Selon l'art. 111-3 CPF, les contraventions sont prévues par le règlement.

⁵¹⁵ Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.

⁵¹⁶ Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, op. cit., p. 120.

⁵¹⁷ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, op. cit., p. 189.

⁵¹⁸ Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, op. cit., p. 144.

⁵¹⁹ G. VINEY, «Conclusion au colloque organisé le 1^{er} février 2001 par le Centre de recherche en droit privé de Paris I», *La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000*, Paris, AJ Pénal, 2001, p. 764.

⁵²⁰ *Ibid.*

Cette discordance est regrettable car elle nuit à la lisibilité d'un seuil de la répression clair. Il aurait été souhaitable que le législateur se soucie davantage de l'harmonisation entre les textes généraux et spéciaux⁵²¹. Se voulant précis dans la définition des infractions, il s'est montré «trop pointilleux»⁵²² en donnant des détails superfétatoires qui nuisent aujourd'hui «à la clarté de la loi»⁵²³.

Pour remédier à cette incohérence, la jurisprudence adopte, de manière pragmatique, une approche globale des termes⁵²⁴ employés dans les textes d'incrimination spéciaux. Elle se fonde avant tout sur la définition générale de l'imprudence des alinéas 3 et 4 de l'article 121-3 du Code pénal français⁵²⁵. Ainsi, même en ce qui concerne la faute simple, il est bien rare que les juridictions «s'efforcent de motiver ou de justifier leurs décisions en partant de [ces] subtiles distinguos»⁵²⁶ terminologiques. Malgré les définitions nuancées que proposent les dictionnaires⁵²⁷, il n'est donc «pas indispensable de se livrer à l'exégèse de chacun de ces termes»⁵²⁸, qui «participent plus de la finesse stylistique que d'un enjeu substantiel»⁵²⁹. Il est d'ailleurs habituel dans la doctrine de «ramener [ces termes] à l'unité en parlant simplement d'«imprudence»»⁵³⁰. La chambre criminelle de la Cour de cassation se contente de vérifier dans ces hypothèses que les faits sont correctement qualifiés à l'aune des prévisions de l'article 121-3⁵³¹, c'est-à-dire de la faute simple, et «se prive [par conséquent] de toute autre distinction supplémentaire»⁵³². Ce sont les dispositions de l'article 121-3 du Code pénal qui prime sur les textes d'incrimination spéciaux auquel cet article renvoie. Cette approche permet à la jurisprudence de surmonter utilement la malfaçon du renvoi français.

Les dispositions générales auxquelles renvoient les textes d'incrimination de la partie spéciale présentent une autre particularité commune dans les Codes suisse et français: il s'agit de dispositions ouvertes, ce qui rend plus délicate l'identification textuelle d'un seuil de la répression.

⁵²¹ X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 233, n° 216.

⁵²² F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, *op. cit.*, p. 79.

⁵²³ *Ibid.*

⁵²⁴ Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, *op. cit.*, p. 121.

⁵²⁵ Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, *op. cit.*, p. 121.

⁵²⁶ *Ibid.*

⁵²⁷ *Ibid.*

⁵²⁸ PH. CONTE, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 6^e édition, 2019, p. 48.

⁵²⁹ Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, *op. cit.*, p. 121.

⁵³⁰ PH. CONTE, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 48. Voir également E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Premier fascicule, *op. cit.*, p. 776, n° 15.

⁵³¹ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, *op. cit.*, p. 124.

⁵³² *Ibid.*

II Une incrimination ouverte

112. Dispositions générales

Les articles 12 alinéa 3 du Code pénal suisse et 121-3 du Code pénal français prévoient des dispositions ouvertes: ils recourent à des éléments compréhensifs, car il est difficile d'atteindre une plus grande précision de la norme en matière non intentionnelle (A), ce qui concède par conséquent une grande marge de manœuvre au juge dans l'interprétation de la norme (B).

A La précision de la norme

113. Exigence de précision

Conformément au principe de légalité criminelle, le législateur est tenu par une exigence de précision de la norme pénale ou, en allemand, par une *Bestimmtheitsgebot*⁵³³, selon laquelle la norme pénale doit permettre d'identifier précisément le comportement prohibé⁵³⁴. Il lui revient ainsi «d'élaborer les normes pénales de manière aussi précise que possible»⁵³⁵, de telle sorte qu'elles puissent pleinement assurer leur rôle de protection contre l'arbitraire du juge et que leurs conséquences soient prévisibles pour tous⁵³⁶. La norme pénale doit donc éviter, autant que faire se peut, d'employer des termes «trop généraux»⁵³⁷, formulés «d'une façon tellement vague qu'en pratique [il est possible d'y] faire entrer n'importe quel acte»⁵³⁸. Cela reviendrait à édifier «une incrimination de façade»⁵³⁹ en fournissant «au juge une enveloppe vide [qu'il] remplirait à son gré»⁵⁴⁰, ce qui annihilerait évidemment la portée même du principe de légalité criminelle.

Il n'en reste pas moins que «le législateur ne peut statuer que par voie de dispositions générales»⁵⁴¹. Par conséquent, l'exigence de précision «ne doit pas être [comprise] dans un sens absolu»⁵⁴², car il n'est ni possible ni souhaitable pour le législateur d'envisager «toutes les hypothèses particulières que l'imagination suggère; sa tâche deviendrait impossible»⁵⁴³. Lorsque c'est nécessaire, il est ainsi admis que le législateur

⁵³³ M. JEAN-RICHART-DIT-BRESSEL, *Strafrecht in a nutshell*, Dike, Zurich, 2015, p. 14. Voir également ATF 119 IV 242.

⁵³⁴ Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 171.

⁵³⁵ M. DUPUIS et L. MOREILLON, «Art. 1», *op. cit.*, p. 9.

⁵³⁶ *Ibid.*

⁵³⁷ E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 251.

⁵³⁸ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, tome 1*, *op. cit.*, p. 230.

⁵³⁹ E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 251.

⁵⁴⁰ Ph. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 23.

⁵⁴¹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, tome 1*, *op. cit.*, p. 231.

⁵⁴² M. DUPUIS et L. MOREILLON, «Art. 1», *op. cit.*, p. 9.

⁵⁴³ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, tome 1*, *op. cit.*, p. 231.

emploi des notions «ouvertes»⁵⁴⁴, qui peuvent comprendre une grande variété de comportements.

114. Incrimination ouverte de la non-intention

Un tel procédé est inévitable en ce qui concerne les infractions d'atteinte non intentionnelle⁵⁴⁵ étant donné qu'elles visent le comportement de personnes placées dans des situations extrêmement diversifiées, allant par exemple du responsable d'activités à risque au simple *quidam*, en passant par le professionnel de santé et l'automobiliste⁵⁴⁶. En raison de l'extraordinaire variété de ces hypothèses, il est impossible d'envisager tous les actes que ces incriminations doivent appréhender⁵⁴⁷ et d'en fournir une «définition exhaustive»⁵⁴⁸. Dès lors, les législateurs suisse et français recourent à une «incrimination <ouverte>»⁵⁴⁹ de ces comportements et non à «une incrimination <fermée> dont chaque élément serait enserré dans une définition limitative»⁵⁵⁰. D'une part, l'article 12 alinéa 3 du Code pénal suisse donne une définition générale très compréhensive de la négligence, qui permet de recouvrir toute la diversité de ses manifestations. D'autre part, l'article 121-3 du Code pénal français vise à l'inverse de manière limitative les différentes fautes sur lesquelles le juge peut se fonder pour caractériser une infraction non intentionnelle. En réalité toutefois, l'extrême amplitude des fautes énumérées par ce texte permet, tout comme en droit suisse, de saisir aisément l'ensemble des comportements blâmables⁵⁵¹. Le Professeur YVES MAYAUD fait remarquer à cet égard que ce texte a vocation «à s'appliquer à tout ce qui est facteur de risques»⁵⁵², attestant ainsi de son caractère bien ouvert⁵⁵³.

La plasticité de ces dispositions les rend susceptibles d'une grande variété d'interprétations⁵⁵⁴. Le seuil de la répression est donc largement déterminé par l'interprétation jurisprudentielle et l'appréciation effectuée par le juge au cas par cas, ce qui ouvre la

⁵⁴⁴ P. KOLB et L. LETURMY, *Cours de droit pénal général*, op. cit., p. 53, n° 166.

⁵⁴⁵ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, tome 3, op. cit., p. 1425.

⁵⁴⁶ E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 299.

⁵⁴⁷ PH. CONTE, *Droit pénal spécial*, op. cit., p. 48.

⁵⁴⁸ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, tome 3, op. cit., p. 1425.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 1424.

⁵⁵⁰ *Ibid.*

⁵⁵¹ E. FORTIS, *L'élément légal dans les infractions d'imprudence portant atteinte à l'intégrité corporelle*, thèse, Lille, 1974, p. 322, n° 381. Cette auteure considère que les termes employés «sont si larges que tout se passe comme si on avait affaire à une énumération ouverte».

⁵⁵² Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, op. cit., p. 76.

⁵⁵³ Pour un auteur sévère à l'égard de cette élasticité, voir P. ROSSI qui considère que «ce vice de rédaction est peut-être celui qui est le plus à craindre». (*Traité de droit pénal*, tome 2, J. Barbezat et Cie source, 1829, p. 282).

⁵⁵⁴ V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, op. cit., p. 10. Voir également W. JÄGER, *Fahrlässigsigkeitsbrände, Eine Strafrechtliche Studie zu § 309 StGB unter Berücksichtigung von Kriminologie und Kriminalistik*, thèse, Francfort, 1989, p. 178.

voie à une grande variabilité du seuil recherché. Il convient, dès lors, de s'interroger sur le rôle joué par le juge dans l'application de la norme pénale afin de préciser sa marge de manœuvre.

B L'interprétation de la norme

115. Nécessité de l'interprétation

Au premier abord, l'importance du principe de légalité criminelle aurait pu laisser penser que le rôle du juge était très restreint⁵⁵⁵ puisque ce principe « a justement été érigé par méfiance à l'égard [de celui-ci] »⁵⁵⁶. Toutefois, lorsque le juge fait application de la norme pénale, il ne peut se limiter à n'être que la bouche qui prononce les paroles de la loi⁵⁵⁷ en en faisant une application purement mécanique sans aucune interprétation⁵⁵⁸. Une telle position ne serait pas réaliste⁵⁵⁹ en raison du caractère général de la loi. « Au contraire, le respect du texte impose de lui donner tout son sens, ce qui conduit à son interprétation »⁵⁶⁰. Il revient donc au juge d'interpréter la norme pénale, de manière à en préciser la portée exacte dans le cas d'espèce⁵⁶¹.

Dans le cadre de cette interprétation, la jurisprudence ne peut toutefois que tendre à « découvrir » la règle contenue dans la norme pénale, mais elle ne peut en aucun cas l'inventer⁵⁶², en vertu du principe de légalité criminelle. En d'autres termes, elle « accouche la disposition en cause d'une règle qui s'y trouvait à l'état latent, mais elle n'est pas davantage la mère de la règle ainsi découverte qu'une sage-femme n'est la mère de l'enfant qu'elle aide à mettre au monde »⁵⁶³.

L'interprétation jurisprudentielle joue donc un rôle essentiel dans la précision de la norme pénale. La Cour européenne des droits de l'homme l'a d'ailleurs consacré, en considérant que les exigences d'accessibilité et de prévisibilité, découlant de l'article 7 de la Convention, sont satisfaites dès lors que le comportement prohibé peut être identifié en se référant à l'interprétation jurisprudentielle de la norme pénale en question⁵⁶⁴. L'analyse des dispositions incriminant les atteintes non intentionnelles ne doit donc pas être séparée de leur interprétation prétorienne.

⁵⁵⁵ J. PRADEL, *Droit pénal comparé, op. cit.*, p. 826.

⁵⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁵⁷ C.-L. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, livre XI, chapitre VI.

⁵⁵⁸ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 154.

⁵⁵⁹ X. PIN, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 59, n° 54.

⁵⁶⁰ *Ibid.*

⁵⁶¹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, tome I, op. cit.*, p. 254.

⁵⁶² P. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable, op. cit.*, p. 55.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 25.

⁵⁶⁴ CEDH, 15 novembre 1996, *Cantoni c. France* et CEDH, 29 mars 2006, *Achour c. France*.

116. Marge d'interprétation

L'examen attentif du rôle joué par la jurisprudence révèle que les droits suisse et français n'accordent pas exactement la même marge de manœuvre au juge dans l'interprétation de la norme pénale.

En droit suisse, le Tribunal fédéral considère que l'interprétation d'une disposition pénale doit se fonder sur le sens possible des mots (*der mögliche Wortsinn*), ce qui fixe la limite théorique de l'interprétation. Dans le cadre de cette limite toutefois, le Tribunal fédéral affirme de manière constante qu'une interprétation extensive de la norme pénale est parfaitement admissible lorsqu'elle permet de dégager son sens véritable⁵⁶⁵, quand bien même l'interprétation serait réalisée au détriment de la personne poursuivie. Au sens du droit suisse, le principe de légalité criminelle interdit simplement d'élargir les infractions pénales existantes d'une manière telle que l'interprétation qui en serait donnée ne serait même plus comprise par le sens de la norme⁵⁶⁶. A condition de ne pas aller au-delà du sens possible des mots, le juge helvétique bénéficie donc d'une réelle liberté d'interprétation.

En droit français, le juge dispose d'une marge de manœuvre en principe plus restreinte dans l'interprétation qu'il donne de la norme pénale. Selon l'article 111-4 du Code pénal français, le juge a l'obligation d'interpréter strictement la norme pénale, ce qui lui interdit en principe, «sous couvert d'interprétation, d'étendre le champ d'application des incriminations»⁵⁶⁷. Cette exigence d'interprétation stricte a été largement confirmée par la jurisprudence⁵⁶⁸ qui s'inscrit dans le prolongement d'une acception rigoureuse du principe de légalité criminelle. L'article 111-4 du Code pénal français ne doit cependant pas être faussement compris, puisqu'il ne signifie pas que la norme pénale

⁵⁶⁵ P. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 25 et 54.

⁵⁶⁶ ATF 137 IV 99; ATF 128 IV 272; ATF 127 IV 198; ATF 121 IV 380; ATF 116 IV 134; ATF 103 IV 129; ATF 95 IV 68; ATF 90 IV 180 et ATF 87 IV 115.

⁵⁶⁷ F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 154.

⁵⁶⁸ Par exemple, la Cour de cassation a jugé à de multiples reprises que le principe d'interprétation stricte de la loi pénale interdisait de reconnaître un homicide non intentionnel lorsqu'un agent cause par imprudence la mort d'un fœtus. Elle considère que l'emploi du terme «*autrui*» dans cette incrimination désigne nécessairement une personne vivante, ce qui ne saurait être le cas du fœtus, dès lors qu'il ne naît pas vivant par la suite. Dans ce sens, voir Cass. crim., 25 juin 2002, n° 00-81.359, D. 2002. 3099, note Pradel, JCP 2002. II. 10155, note Rassat, Dr. Pén. 2002. 31, obs. Commaret et 93, obs. Véron, LPA, 2002, note Daille-Duclos; Cass. A. P., 29 juin 2001, n° 99-85.973, D. 2001. 2917, note Mayaud, JCP 2001. II. 10569, Gaz. Pal. 2001.2.1456, note Bonneau, Dr. Pén. 2001. 34, obs. Demont, RTD civ. 2001. 560, obs. Hauser, RSC 2002. 97, obs. Bouloc; Cass. crim., 30 juin 1999, n° 97-82351, D. 1999. 710, note Vigneau, D. 2000. 27, obs. Mayaud et 169, obs. Desnoyer et Dumaine, JCP 2000. II. 10231, note Fauré, Gaz. Pal. 1999. 2. 676, note Bonneau et 139, obs. Doucet, LPA 1999. 229. 15, note Debove, Dr. Pén. 2000. 3, obs. Véron, RSC 1999. 813, obs. Mayaud. Notons que le droit suisse adopte une conception plus souple de la «*personne*» en considérant que la vie commence dès les «*premières douleurs de l'accouchement*». Dans ce sens, voir J. HURTADO POZO et F. ILLÀNEZ, «*Art. 117*», *op. cit.*, p. 41.

doit systématiquement être interprétée de manière restrictive⁵⁶⁹ mais plutôt que le juge doit se limiter à en restituer strictement l'exacte portée, de manière à éviter tout risque de décision arbitraire⁵⁷⁰. Le juge français bénéficie donc d'une certaine marge d'interprétation, qui, même si elle apparaît plus resserrée qu'en droit suisse, n'en demeure pas moins réelle.

Cette différence doit toutefois être amplement relativisée en ce qui concerne l'interprétation des normes ouvertes, telles que celles qui se trouvent en matière d'atteintes non intentionnelles à la personne. En effet, l'interprétation stricte exigée par le droit français requiert nécessairement que la norme pénale décrive au préalable précisément le comportement à punir, ce qui n'est justement pas le cas des dispositions de l'article 121-3 du Code pénal français. Dès lors, il devient illusoire de chercher à interpréter strictement de telles dispositions⁵⁷¹. Tout comme son homologue suisse, le juge français doit alors s'efforcer, par tous moyens, de découvrir le sens véritable de la norme, de manière à remplir les «cadres un peu vagues dont le législateur s'est contenté de tracer les contours»⁵⁷² en se référant à différentes méthodes d'interprétation de la loi.

117. Méthodes d'interprétation

Les juges suisse et français disposent de trois méthodes principales d'interprétation de la loi, à savoir l'interprétation littérale, téléologique et analogique. Il convient de les analyser.

118. Interprétation littérale (1)

En premier lieu, la norme pénale peut être interprétée de manière littérale, c'est-à-dire en s'attachant «à la lettre de la loi»⁵⁷³. Le juge cherche alors à dégager le véritable sens de la disposition en effectuant «une lecture attentive du texte, de sa syntaxe et de sa ponctuation»⁵⁷⁴. Il peut également prendre en compte, à titre indicatif, les intitulés des subdivisions du Code pénal dans lesquelles se situe le texte, ainsi que son titre marginal pour ce qui concerne le droit suisse⁵⁷⁵. Le cas échéant, il recourt «à toutes les ressources de la logique abstraite»⁵⁷⁶, telles que le raisonnement *a contrario* ou *a fortiori*⁵⁷⁷.

⁵⁶⁹ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 161.

⁵⁷⁰ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, tome 1, op. cit., p. 233.

⁵⁷¹ E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 539.

⁵⁷² R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, tome 1, op. cit., p. 255.

⁵⁷³ X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 59, n° 54.

⁵⁷⁴ E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 510.

⁵⁷⁵ P. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, op. cit., p. 43.

⁵⁷⁶ W. JEANDIDIER, «Art. 111-1 à 111-5, principe de légalité criminelle, interprétation de la loi pénale», *JurisClasseur Pénal code*, LexisNexis, 2019, n° 8.

⁵⁷⁷ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 151.

Même si l'interprétation littérale apparaît particulièrement respectueuse du texte légal, elle se révèle largement insuffisante pour permettre l'application de dispositions ouvertes, car elle ne permet pas «de fixer le contenu et le contour des notions juridiques indéterminées»⁵⁷⁸. Cette méthode présente toutefois un intérêt spécifique en ce qui concerne l'interprétation de la loi pénale suisse, puisque cette dernière comporte trois versions linguistiques officielles d'égale valeur juridique⁵⁷⁹. Lorsqu'une version du texte présente une ambiguïté, le juge en recherche alors l'interprétation à l'aune des deux autres versions⁵⁸⁰. Il procède pour ce faire à une analyse littérale de la disposition dans les différentes versions linguistiques, en examinant le choix des structures grammaticales et des termes employés. Cette méthode suffit parfois à éclairer la version équivoque et à dégager le véritable sens du texte. La comparaison des versions linguistiques permettra ainsi de définir la notion ambiguë d'imprévoyance en droit suisse⁵⁸¹. En revanche, lorsque cette méthode ne suffit pas, c'est-à-dire si la comparaison entre les trois versions n'est pas suffisamment éclairante ou si des raisons «permettent de penser [que cette méthode] ne restitue pas le sens véritable de la disposition en cause»⁵⁸², il convient alors de faire prévaloir l'esprit du texte sur sa lettre⁵⁸³.

119. Interprétation téléologique (2)

En deuxième lieu, la norme pénale peut être soumise à une interprétation téléologique, «téléologie signifiant la science des finalités»⁵⁸⁴. Cette «méthode attribue une importance primordiale à la *ratio legis*, c'est-à-dire à la volonté déclarée ou présumée»⁵⁸⁵ de la loi. Elle conduit à rechercher «la raison d'être et le but de la norme»⁵⁸⁶. Pour ce faire, le juge peut par exemple se référer à titre indicatif à l'étude des travaux préparatoires du texte pour en déterminer la visée⁵⁸⁷. En se fondant sur l'esprit du texte, le juge peut alors donner un contenu aux notions ouvertes. Il peut ensuite le faire évoluer continuellement de manière à l'adapter aux évolutions de la société⁵⁸⁸, notamment du point de vue des technologies⁵⁸⁹, ce qui est particulièrement nécessaire en matière d'infractions non intentionnelles.

⁵⁷⁸ P. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 43.

⁵⁷⁹ M. DUPUIS et L. MOREILLON, «Art. 1», *op. cit.*, p. 12.

⁵⁸⁰ P. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 38.

⁵⁸¹ Voir 1^{re} partie, titre 2, chapitre 1, section 1, I: La notion d'imprévoyance en droit suisse, n° 177 et s.

⁵⁸² M. DUPUIS et L. MOREILLON, «Art. 1», *op. cit.*, p. 12.

⁵⁸³ E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 527.

⁵⁸⁴ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, Presses universitaires de France, 22^e édition, 2005, p. 196.

⁵⁸⁵ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 161.

⁵⁸⁶ P. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 48.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 42.

⁵⁸⁸ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 162.

⁵⁸⁹ W. JEANDIDIER, «Art. 111-1 à 111-5, principe de légalité criminelle, interprétation de la loi pénale», *op. cit.*, n° 13.

L'interprétation téléologique l'a largement emporté dans les droits suisse et français⁵⁹⁰, car elle parvient à transcender les imperfections de la loi, sans toutefois transgresser les frontières de l'interprétation. D'une part, elle apparaît respectueuse de la limite posée en droit suisse par le «sens possible des mots». D'autre part, elle est considérée comme conforme au principe d'interprétation stricte de la loi pénale par la jurisprudence et la doctrine française, qui admettent unanimement «qu'une interprétation [peut] être <large> sans cesser d'être <stricte>»⁵⁹¹. L'inconvénient d'une telle méthode se devine toutefois aisément⁵⁹², puisqu'apparaît le risque que, «de serviteur du texte, le juge [ne finisse par se muer] en [son] coauteur»⁵⁹³, ce qu'il fait inévitablement en matière non intentionnelle. Il lui revient par conséquent de savoir s'arrêter à temps.

120. Interprétation par analogie (3)

En dernier lieu, la norme pénale peut dans certaines hypothèses être interprétée par la méthode de l'analogie légale. Cette méthode doit d'emblée être distinguée de l'analogie juridique qui consiste «à étendre une incrimination à un cas que le législateur n'a pas prévu alors qu'il aurait pu le prévoir»⁵⁹⁴, «en s'inspirant de l'esprit général du système répressif»⁵⁹⁵. Une telle méthode ne saurait être admise: elle ne correspond pas à «un procédé d'interprétation [puisqu'il ne s'agit plus tant de chercher] dans le texte d'incrimination la description du comportement»⁵⁹⁶ envisagé, «que de dégager une règle nouvelle»⁵⁹⁷ en prenant le texte d'incrimination pour prétexte. Au contraire, l'analogie légale part du texte d'incrimination et cherche à l'appliquer par association à un comportement qui, même s'il n'est pas directement visé par le texte, présente un nombre suffisant de similitudes avec celui décrit⁵⁹⁸ pour suggérer de l'appliquer dans l'espèce.

Les droits suisse et français admettent facilement la légitimité de l'interprétation par analogie lorsqu'elle concerne une norme favorable à la personne poursuivie, comme un fait justificatif⁵⁹⁹, puisque même une interprétation extensive ne porte alors aucune atteinte aux libertés individuelles. La question se révèle en revanche plus délicate lorsque l'analogie accroît la répression. En droit suisse, l'interprétation par analogie est en principe admise dans la limite du sens possible des mots. C'est grâce à

⁵⁹⁰ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, tome 1, op. cit.*, p. 250.

⁵⁹¹ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 194.

⁵⁹² W. JEANDIDIER, «Art. 111-1 à 111-5, principe de légalité criminelle, interprétation de la loi pénale», *op. cit.*, n° 13.

⁵⁹³ *Ibid.*, n° 13.

⁵⁹⁴ X. PIN, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 61, n° 56.

⁵⁹⁵ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, tome 1, op. cit.*, p. 251.

⁵⁹⁶ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 195.

⁵⁹⁷ E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 530.

⁵⁹⁸ F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 155.

⁵⁹⁹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, tome 1, op. cit.*, p. 253. Voir également C. PAULIN, *Droit pénal général, LexisNexis, Litec, 6^e édition, 2010, p. 21, n° 33.*

l'analogie que la jurisprudence suisse a admis, alors qu'aucun fondement textuel n'existait, la répression de l'omission non intentionnelle⁶⁰⁰. En droit français à l'inverse, «c'est très précisément ce procédé d'interprétation qu'interdit l'article 111-4 du Code pénal»⁶⁰¹. La doctrine française estime unanimement que l'interprétation stricte exige de «s'en tenir aux frontières des textes et à ne pas s'en évader»⁶⁰². Cependant, bien que l'analogie soit en principe prohibée en droit français, les juges procèdent parfois à «certaines interprétations dites téléologiques qui sont aux confins de l'analogie»⁶⁰³. Tel est le cas lorsque l'esprit de la loi commande au juge d'étendre l'application d'un texte à une hypothèse similaire qu'il n'avait pas spécifiquement prévue, par exemple pour l'adapter «aux évolutions techniques»⁶⁰⁴. Tel est encore le cas lorsque le juge français sanctionne un comportement d'omission au titre d'une infraction non intentionnelle en se fondant sur l'hybridité du texte, alors même que celui-ci ne visait pas expressément un tel comportement⁶⁰⁵. En cela, le droit français rejoint finalement en partie la position du droit suisse étant donné que, même si le Tribunal fédéral admet le recours à l'analogie légale, il la conditionne au fait «que la solution ainsi trouvée s'impose d'une manière pressante, c'est-à-dire que sans elle l'application de la loi ne puisse pas correspondre à la véritable volonté du législateur»⁶⁰⁶, ce qui renvoie de nouveau inévitablement au critère de la *ratio legis*. L'essentiel n'est donc pas tellement de savoir si le recours à l'interprétation analogique est admissible ou non, mais consiste plutôt à s'assurer fermement que l'interprétation donnée à la loi respecte fidèlement son esprit.

121. Similarité des méthodes d'interprétation

Que ce soit en droit suisse ou français, aucune méthode d'interprétation ne peut donc *a priori* être définitivement écartée pour interpréter les dispositions ouvertes. Il incombe au contraire à l'interprète d'employer ces différentes méthodes de manière complémentaire afin de parvenir à donner une interprétation conforme à l'esprit de la loi et respectueuse du sens de ses termes. Les juges suisse et français recourent ainsi à des méthodes d'interprétation similaires et la différence essentielle qui subsiste entre leurs interprétations n'est finalement qu'une question de degré.

⁶⁰⁰ Voir 1^{re} partie, titre 1, chapitre 2, section 1: L'omission improprement dite en droit suisse, n° 126 et s.

⁶⁰¹ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 155.

⁶⁰² R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, tome 1, op. cit., p. 253.

⁶⁰³ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 168.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 163.

⁶⁰⁵ Voir 1^{re} partie, titre 1, chapitre 2, section 2, I, B: L'admission d'une équivalence entre commission et omission en matière non intentionnelle, n° 158 et s.

⁶⁰⁶ ATF 103 IV 129.

122. Conclusion de la section 2

Pour incriminer le fait non intentionnel, les législateurs suisse et français sont soumis au principe de légalité criminelle qui leur impose de définir le comportement prohibé et de prévoir la peine qui le sanctionne. Pour définir le comportement imprudent ou négligent, ils emploient un procédé similaire en recourant, d'une part, à la technique du renvoi, et en donnant, d'autre part, une définition ouverte de la notion. Ce caractère ouvert a pour effet d'octroyer une grande marge d'interprétation au juge pénal et lui donne ainsi un rôle décisif dans la fixation du seuil de la répression.

123. Conclusion du chapitre 1

Après avoir appréhendé de manière générale le fait non intentionnel punissable dans les droits répressifs suisse et français, il est possible d'observer plusieurs caractéristiques communes dans la façon dont les deux pays ont relevé les difficultés pour appréhender l'imprudence et la négligence. Les caractéristiques relevées serviront de fondement pour traiter les éléments qui conduiront à établir le seuil de la répression.

D'abord, la doctrine des deux pays a accordé une place spéciale au fait non intentionnel dans la structure de l'infraction, qui permet de tenir compte de la réalité à la fois objective et subjective du fait non intentionnel punissable. Que ce soit dans le cadre de la typicité ou d'une structure autonome, la doctrine des deux pays finit généralement par décortiquer le fait non intentionnel punissable en trois éléments, à savoir le comportement imprudent ou négligeant, le lien de causalité et le résultat dommageable. Les deux premiers éléments devront être comparés car ils constituent les variables du seuil de la répression.

Ensuite, les droits suisse et français appréhendent la psychologie non intentionnelle grâce à une conception similaire, en distinguant sa forme consciente ou inconsciente. Ils la définissent en toute hypothèse, par opposition à l'intention, comme une volonté qui ne s'oriente pas vers le résultat dommageable mais vers la réalisation d'un autre objectif. En voulant atteindre cet objectif toutefois, l'auteur dévie de son objectif initial par manque de précaution et cause le dommage. La psychologie délictuelle de la non-intention permet de mieux saisir le reproche adressé à celui qui dépasse le seuil de la répression. Ce seuil reste néanmoins à déterminer à ce stade.

Enfin et surtout, les législateurs suisse et français ont éprouvé le même embarras pour incriminer le fait non intentionnel en raison de son caractère protéiforme. Ils ont dû recourir à une incrimination ouverte afin de laisser une certaine latitude au juge dans la caractérisation des infractions non intentionnelles. Le juge pénal joue donc un rôle essentiel dans la détermination du seuil de la répression, lequel doit encore être précisé⁶⁰⁷.

⁶⁰⁷ Voir 1^{re} partie, titre 2: Le caractère extensif des variables du fait non intentionnel punissable, n° 170 et s.

Les observations effectuées portent sur l'ensemble des faits non intentionnels. De manière plus spécifique toutefois, la question se pose de savoir si l'omission non intentionnelle doit être réprimée et, dans l'affirmative, si elle possède un seuil de la répression commun avec la commission non intentionnelle. En réalité, des règles supplémentaires sont susceptibles de s'appliquer en matière d'omission. Il convient par conséquent de s'intéresser aux difficultés que soulève l'appréhension de l'omission non intentionnelle punissable.

Chapitre 2 L'appréhension spécifique de l'omission non intentionnelle punissable

124. Appréhension spécifique de l'omission

Le fait non intentionnel punissable peut prendre la forme d'une omission. Dans cette hypothèse, l'auteur se voit reprocher «d'être resté passif, c'est-à-dire de ne pas avoir agi par un mouvement, une parole ou un écrit»⁶⁰⁸, alors qu'il était tenu d'être actif⁶⁰⁹. En s'abstenant, «l'auteur s'est comporté différemment de ce qui aurait été nécessaire pour éviter l'atteinte ou la mise en danger d'un bien juridique dans la situation d'es-pèce»⁶¹⁰. Il s'agit alors de savoir si cette omission non intentionnelle peut connaître un seuil de la répression identique à celui d'une commission.

125. Deux formes d'omissions non intentionnelles

L'omission non intentionnelle peut d'abord être sanctionnée sur la base d'une disposition pénale qui l'envisage expressément en énonçant une obligation d'agir (*Handlungspflicht*)⁶¹¹. En droit suisse, il s'agit des infractions d'omission proprement dites (*echte Unterlassung*)⁶¹², telle que l'infraction prévue à l'article 230 alinéa 2 du Code pénal suisse, qui incrimine le fait de supprimer ou d'omettre d'installer par négligence des appareils protecteurs destinés à éviter un accident⁶¹³. En droit français, on parle d'infractions d'omission pure ou d'abstention mais ce sont alors uniquement des infractions intentionnelles⁶¹⁴. Dans tous les cas, cette forme d'omission correspond à des infractions formelles ou de mises en danger qui ne nécessitent pas la réalisation d'un dommage. Notre étude étant circonscrite aux atteintes à la personne, cette forme d'omission ne sera pas approfondie.

L'omission négligente peut ensuite être sanctionnée sur le fondement d'une disposition qui ne l'envisage pas expressément. C'est le cas en matière d'atteintes non intentionnelles à la personne. Pour appréhender cette forme d'omission, le droit suisse recourt à la figure

⁶⁰⁸ B. CORBOZ, «L'homicide par négligence (art. 117 CP)», *Les infractions en droit suisse*, 3^e édition, Stämpfli, 2010, p. 74.

⁶⁰⁹ G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I – die Straftat*, Stämpfli, 4^e édition, 2011, p. 457.

⁶¹⁰ K. SEELMANN, «Art. 11», *Basler Kommentar, Strafrecht I*, dirigé par S. MAEDER et M.-A. NIGGLI, Helbing Lichtenhahn, 3^e édition, 2013, p. 249: «[Beim «Unterlassen» geht es darum], dass sich der Täter anders verhält, als es zur Vermeidung einer Rechtsverletzung bzw -gefährdung in der Konkreten Situation erforderlich gewesen wäre».

⁶¹¹ A. DAN, *Le délit de commission par omission: éléments de droit suisse et comparé*, Schulthess, thèse, Genève, 2015, p. 43.

⁶¹² G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, op. cit., p. 459: «Den Tatbestand erfüllt also (...) die reine Untätigkeit».

⁶¹³ N. QUELOZ, *Droit pénal suisse, partie générale*, Schulthess, 3^e édition, 2019, p. 69.

⁶¹⁴ Pour un auteur qui dresse le même constat: B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 27^e édition, 2021, p. 232et PH. SALVAGE, *Droit pénal général*, Presses Universitaires de Grenoble, 8^e édition, 2016, p. 35.

des infractions d'omission improprement dites (*unechte Unterlassung*) (Section 1) alors que le droit français en admet tacitement la répression de ces omissions (Section 2).

Section 1 L'omission improprement dite en droit suisse

126. Reconnaissance des omissions improprement dites

Même si l'hypothèse de l'omission n'est pas envisagée par les textes qui incriminent les infractions d'homicide⁶¹⁵ et de lésions corporelles⁶¹⁶ par négligence en droit pénal suisse, la jurisprudence helvétique admet depuis le XVIII^e siècle⁶¹⁷ que des omissions peuvent être appréhendées au titre de ces infractions à travers la figure de l'infraction d'omission improprement dite – ou commission par omission (*Begehung durch Unterlassung*). Cette figure permet d'effectuer une extension par analogie de la punissabilité de comportements de commission à des omissions qui causent un même résultat⁶¹⁸. Par exemple, dans l'hypothèse d'une mère qui, par son manque de soins, provoque la mort de son jeune enfant, le recours à l'omission improprement dite autorise à assimiler l'omission de la mère à un acte homicide⁶¹⁹.

La doctrine suisse a cependant souligné qu'un tel raisonnement par analogie⁶²⁰ comportait le danger d'étendre le champ de la responsabilité pénale à l'infini puisque, dans bien des cas, l'intervention de presque n'importe quelle personne aurait permis d'éviter que le dommage ne se réalise. Dans un service hospitalier par exemple, il serait possible de considérer que tous les professionnels présents – qu'il s'agisse des aides-soignants, des infirmiers ou des médecins – sont responsables de n'importe quel dommage survenu dans le service car ils auraient pu, par leur action, en éviter la réalisation.

Pour éviter une telle extension de la répression des infractions de commission, le Tribunal fédéral a cherché à déterminer les conditions qui autorisent la caractérisation d'une infraction d'omission improprement dite. Il a considéré qu'un « *délit d'omission improprement dit était réalisé lorsque la survenue du résultat par une action est expressément menacée d'une sanction pénale, que l'agent aurait effectivement pu éviter le résultat en agissant et qu'en raison de sa situation juridique particulière, il y était à ce point obligé que son omission apparaît équivalente à la provoca-*

⁶¹⁵ Art. 117 CPS: « *Celui qui, par négligence, aura causé la mort (...)* ».

⁶¹⁶ Art. 125 CPS: « *Celui qui, par négligence, aura fait subir à une personne une atteinte à l'intégrité corporelle (...)* ».

⁶¹⁷ G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, op. cit.*, p. 146.

⁶¹⁸ M. DUPUIS et L. MOREILLON, « Art. 11 », *Petit commentaire CP*, Helbing Lichtenhahn, 2^e édition, 2017, p. 78.

⁶¹⁹ G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, op. cit.*, p. 146.

⁶²⁰ M. DUPUIS et L. MOREILLON, « Art. 11 », *op. cit.*, p. 78.

tion du résultat par un comportement actif»⁶²¹. Avec cette définition, la jurisprudence a limité l'assimilation aux seules hypothèses dans lesquelles l'auteur, appelé garant, se trouve dans une position particulière en raison de l'obligation d'agir qui pèse sur lui.

L'admission prétorienne de l'infraction d'omission improprement dite a toutefois été critiquée du point de vue du principe de la légalité criminelle, qui exige que toute condamnation soit fondée sur une base légale explicite⁶²².

127. Article 11 du Code pénal suisse

Pour répondre à ces critiques, le législateur a codifié⁶²³, lors de la révision législative du 1^{er} janvier 2007, les conditions posées par la jurisprudence dans un article 11, dont le titre marginal⁶²⁴ est intitulé « *commission par omission* » et qui dispose :

« 1. Un crime ou un délit peut aussi être commis par le fait d'un comportement passif contraire à une obligation d'agir.

2. Reste passif en violation d'une obligation d'agir celui qui n'empêche pas la mise en danger ou la lésion d'un bien juridique protégé par la loi pénale bien qu'il y soit tenu à raison de sa situation juridique, notamment en vertu :

- a. de la loi;
- b. d'un contrat;
- c. d'une communauté de risques librement consentie;
- d. de la création d'un risque.

3. Celui qui reste passif en violation d'une obligation d'agir n'est punissable à raison de l'infraction considérée que si, compte tenu des circonstances, il encourt le même reproche que s'il avait commis cette infraction par un comportement actif.

4. Le juge peut atténuer la peine»⁶²⁵.

⁶²¹ Voir ATF 117 IV 130 pour la version en langue française et ATF 113 IV 68 pour la version en langue allemande: « *ein unechtes Unterlassungsdelikt ist gegeben, wenn wenigstens die Herbeiführung des Erfolges durch Tun ausdrücklich mit Strafe bedroht wird, der Beschuldigte durch sein Tun den Erfolg tatsächlich hätte abwenden können und infolge seiner besonderen Rechtsstellung dazu auch so sehr verpflichtet war, dass die Unterlassung der Erfolgsherbeiführung durch aktives Handeln gleichwertig erscheint* ».

⁶²² X. DE HALLER, « La commission par omission », *La nouvelle partie générale du Code pénal suisse*, Stämpfli, 2006, p. 37 et G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, op. cit.*, p. 460.

⁶²³ L. BÜRGE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Orell füssli, 2^e édition, 2017, p. 38 et X. DE HALLER, « La commission par omission », *op. cit.*, p. 38.

⁶²⁴ Nom donné aux titres des articles qui se trouvent dans la marge des codes suisses.

⁶²⁵ Art. 11 du Code pénal suisse en allemand: « *1. Ein Verbrechen oder Vergehen kann auch durch pflichtwidriges Untätigbleiben begangen werden. 2. Pflichtwidrig untätig bleibt, wer die Gefährdung oder Verletzung eines strafrechtlich geschützten Rechtsgutes nicht verhindert, obwohl er aufgrund seiner Rechtsstellung dazu verpflichtet ist, namentlich auf Grund: a. des Gesetzes; b. eines Vertrages; c. einer freiwillig eingegangenen Gefahrgemeinschaft; oder d. der Schaffung einer Gefahr. 3. Wer pflichtwidrig untätig bleibt, ist gestützt auf den ent-*

Cet article constitue désormais le fondement commun à toutes les infractions d'omission improprement dites: il ne peut y avoir analogie que lorsque toutes ses conditions sont remplies.

128. Application

Pour faire application de ce texte en matière non intentionnelle, il faut s'assurer que le comportement de l'agent correspond bien à une omission et non à une commission: c'est la question du champ de l'omission improprement dite (I). Lorsque le comportement correspond effectivement à une omission, il faut alors vérifier l'existence d'une obligation d'agir au sens de l'article 11 du Code pénal suisse, et ce, avant toute caractérisation des éléments de l'infraction de négligence concernée⁶²⁶: c'est l'établissement de la condition préalable de l'obligation d'agir (II).

I Le champ de l'omission improprement dite

129. Enjeu de la distinction entre commission et omission

S'il est parfois habilement affirmé que «la commission viole une interdiction [alors] que l'omission viole un commandement»⁶²⁷, la doctrine suisse reconnaît qu'il n'est pas toujours aisé en pratique de déterminer si un comportement doit être considéré comme actif ou comme passif: «l'image d'une personne adoptant un comportement qui ne serait qu'actif ou que passif est plutôt théorique, ne reflétant que très imparfaitement la multitude de formes que peut revêtir l'action humaine»⁶²⁸.

Cette difficulté est mise en évidence par le Professeur RALF STOECKER⁶²⁹ avec l'exemple du travail d'un pâtissier: lorsqu'il confectionne un gâteau, il passe par des étapes successives au cours desquelles il mélange les ingrédients, laisse lever la pâte, avant de l'enfourner pour la laisser cuire, etc. Au cours de cette préparation, le pâtissier a en réalité alternativement adopté une attitude active puis passive; pourtant, à la fin, son comportement est décrit de manière active comme «faire un gâteau», ce qui intègre *de facto* les phases passives. De la même manière, il est très délicat de savoir si le patient malheureux d'un chirurgien décède en raison de l'opération qu'il a né-

sprechenden Tatbestand nur dann strafbar, wenn ihm nach den Umständen der Tat derselbe Vorwurf gemacht werden kann, wie wenn er die Tat durch ein aktives Tun begangen hätte. 4. Das Gericht kann die Strafe mildern.»

⁶²⁶ S. TRECHSEL et M. JEAN-RICHARD, «Art. 12», *Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxis-kommentar*, dirigé par S. TRECHSEL et M. PIETH, Dike, 3^e édition, 2018, p. 70.

⁶²⁷ B. CORBOZ, «L'homicide par négligence (art. 117 CP)», *op. cit.*, p. 177.

⁶²⁸ A. DAN, *Le délit de commission par omission*, *op. cit.*, p. 47.

⁶²⁹ R. STOECKER, «Tun und Lassen: Überlegungen zur Ontologie Menschlichen Handelns», *Erkenntnis*, 1998, vol. 48, p. 400, Dans la littérature romande, cette comparaison est reprise par A. DAN, *Le délit de commission par omission*, *op. cit.*, p. 68.

gligemment réalisée (commission) ou bien en raison de son omission de suturer un tissu au cours de celle-ci (omission improprement dite).

Le choix des critères selon lesquels le juge va déterminer si un comportement doit être considéré comme une commission ou une omission a donc une importance capitale dans cette détermination⁶³⁰. Deux théories ont vu le jour au sein de la doctrine: celle de la pondération et celle de la subsidiarité.

130. Théorie de la pondération

Dans la théorie de la pondération, également appelée théorie du centre de gravité (*Schwerpunkttheorie*), la qualification du comportement s'effectue en recherchant quelle est la composante de celui-ci qui a été la plus déterminante dans la réalisation du résultat, autrement dit, quelle est celle dont le poids a été prépondérant⁶³¹. La composante prépondérante détermine alors si l'ensemble du comportement correspond à une commission ou une omission.

Cette conception a été principalement adoptée par la jurisprudence en Allemagne⁶³² mais a également été identifiée par la doctrine suisse dans quelques arrêts du Tribunal fédéral⁶³³. Dans un arrêt en date du 1^{er} mars 1957⁶³⁴ par exemple, était en cause un alpiniste expérimenté qui avait entrepris une excursion en montagne avec son épouse, laquelle, peu habituée à l'alpinisme, avait fini par décéder d'hypothermie au petit matin. Un certain nombre de négligences pouvaient être reprochées au mari, parmi lesquelles certaines pouvaient être appréhendées comme des omissions (ne pas avoir vérifié les conditions météorologiques, ne pas avoir pris l'équipement nécessaire, ne pas s'être assuré que les vêtements étaient adaptés à la rudesse de la montagne) tandis que d'autres pouvaient l'être comme des commissions (poursuivre l'excursion malgré les intempéries, prendre le chemin le plus difficile, abandonner son épouse pour aller chercher les secours sans lui laisser le matériel nécessaire, se tromper dans les indications délivrées à l'équipe de secouristes). Pourtant, «malgré les différents comportements actifs identifiables»⁶³⁵, le Tribunal fédéral a retenu une omission, ce qui implique que les juges ont admis la prépondérance des omissions, en considérant que les omissions devaient prévaloir dans l'explication de la survenue du décès⁶³⁶. Cette théorie a ainsi pour défaut manifeste de produire un résultat aléatoire du fait de l'absence de critère objectif permettant de déterminer ce qui est prépondérant.

⁶³⁰ A. DAN, *Le délit de commission par omission*, *op. cit.*, p. 68.

⁶³¹ *Ibid.*, p. 49.

⁶³² S. FLACHSMANN, *Fahrlässigkeit und Unterlassung*, thèse, Zurich, 1992, p. 19 et s.

⁶³³ A. DAN, *Le délit de commission par omission*, *op. cit.*, p. 51.

⁶³⁴ ATF 83 IV 9.

⁶³⁵ A. DAN, *Le délit de commission par omission*, *op. cit.*, p. 52.

⁶³⁶ *Ibid.*

131. Théorie de la subsidiarité

La théorie de la subsidiarité (*Subsidiaritätstheorie*), largement dominante dans la jurisprudence helvétique⁶³⁷, corrige ce défaut en adoptant une approche plus pragmatique⁶³⁸. Elle commande de ne caractériser une omission que lorsqu'en considérant le comportement de l'auteur dans sa globalité, il n'est pas possible de retenir une commission⁶³⁹. Lorsque le juge peut constater qu'une «action a contribué à créer ou à accroître le danger à l'origine du résultat»⁶⁴⁰, l'infraction doit être traitée comme une commission. Une omission ne pourra être retenue que lorsqu'aucune commission n'aura pu être caractérisée, autrement dit lorsque «le reproche se limite à la passivité et ne peut s'attacher à une action de l'auteur, sous quelque forme que ce soit»⁶⁴¹. Cela correspond par exemple au cas où un médecin commet une erreur de diagnostic en ne détectant pas la péritonite dont souffre son patient et, de ce fait, ne réalise pas l'opération qui s'impose et prescrit à la place des antalgiques au patient qui finit par décéder⁶⁴². Ici, l'administration d'antalgiques a seulement permis une réduction de la douleur, sans que cette administration provoque en elle-même le décès. Il n'y a donc pas eu d'action causale du décès de la part du médecin mais seulement une omission de détecter la pathologie et de pratiquer l'opération requise⁶⁴³. En revanche, le Tribunal fédéral⁶⁴⁴ a vu une commission dans le fait pour le dirigeant d'une organisation sportive de recommander à un directeur de camp de vacances, en vue d'une descente en radeau, des guides ne disposant pas des autorisations nécessaires. Si le Tribunal a vu une commission et non une omission, alors même qu'il était reproché à ce dirigeant d'avoir omis de vérifier les autorisations des guides concernés, c'est parce que ce sont les recommandations qui ont été considérées comme causales du décès de l'un des jeunes vacanciers. Le Tribunal fédéral⁶⁴⁵ a également considéré que doit se voir reprocher une commission celui qui installe un portillon dans la porte coulissante d'un garage en omettant de prendre les mesures nécessaires pour que celui-ci ne présente pas un danger pour les tiers lorsque la porte est actionnée. De nouveau, dans

⁶³⁷ U. CASSANI et K. VILLARD, «Art. 11», *Commentaire romand, code pénal I*, dirigé par L. MOREILLON et al., Helbing Lichtenhahn, 2^e édition, 2021, p. 173 et S. TRECHSEL et M. JEAN-RICHARD, «Art. 11», *Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar*, dirigé par S. TRECHSEL et M. PIETH, Dike, 3^e édition, 2018, p. 47. Voir dans ce sens ATF 134 IV 255; ATF 129 IV 121; ATF 121 IV 14; ATF 120 IV 271 et ATF 115 IV 203.

⁶³⁸ L. MOREILLON, *L'infraction par omission, étude des infractions à la vie et à l'intégrité corporelle en droit anglais, français, allemand et suisse*, Librairie Droz, 1993, p. 53.

⁶³⁹ M. DUPUIS et L. MOREILLON, «Art. 117», *Petit commentaire CP*, 2^e édition, Helbing Lichtenhahn, 2017, p. 173.

⁶⁴⁰ ATF 122 IV 145 et ATF 115 IV 199.

⁶⁴¹ B. CORBOZ, «Art. 12», *Commentaire romand, code pénal I*, dirigé par R. ROTH et L. MOREILLON, Helbing Lichtenhahn, 2009, p. 151.

⁶⁴² K. SEELMANN, «Art. 11», *op. cit.*, p. 252.

⁶⁴³ *Ibid.*

⁶⁴⁴ ATF 129 IV 119.

⁶⁴⁵ ATF 122 IV 145.

cette espèce, c'est la mauvaise installation du portillon, c'est-à-dire une commission, qui a été considérée comme causale du décès d'un enfant.

Le mécanisme de la subsidiarité conduit à concevoir la commission de manière extensive. Une telle acception présente l'avantage de limiter le recours à l'omission⁶⁴⁶ dans un contexte où, finalement, «chaque négligence comporte également un élément d'omission, à savoir l'omission d'une diligence raisonnable»⁶⁴⁷. Par conséquent, seules les imprévoyances de pure omission peuvent être appréhendées par la figure de l'omission improprement dite. La subsidiarité joue un rôle essentiel de clarification et de simplification, en évitant autant que possible de recourir aux conditions spécifiques posées par l'article 11 du Code pénal suisse qui créent une incertitude supplémentaire⁶⁴⁸.

Bien que cette théorie soit majoritaire en jurisprudence, il faut bien constater qu'elle ne permet toutefois pas toujours à elle seule de rendre compte de l'ensemble des décisions rendues par le Tribunal fédéral – à l'instar de l'espèce concernant les deux alpinistes. C'est la raison pour laquelle certains auteurs considèrent que la théorie de la pondération ne peut pas être définitivement écartée mais doit pouvoir être combinée avec parcimonie à celle de la subsidiarité pour être utilisée dans des hypothèses dans lesquelles la gravité de l'omission est telle qu'elle relègue la commission à l'arrière-plan⁶⁴⁹.

En toute hypothèse, lorsque le juge considère que le comportement est bien constitutif d'une omission, il doit faire application de l'article 11 du Code pénal suisse en établissant – de manière préalable à la caractérisation de l'infraction de référence – que l'auteur occupait une position de garant (*Garantenstellung*) à raison de l'obligation d'agir à laquelle il était tenu.

II La condition préalable d'une obligation d'agir

132. Obligation d'agir

Aux termes du premier alinéa de l'article 11 du Code pénal suisse, un délit «*peut aussi être commis par le fait d'un comportement passif contraire à une obligation d'agir*». C'est donc l'existence d'une obligation d'agir qui permet de fonder la position de garant⁶⁵⁰. Pour caractériser une telle obligation, il faut analyser les deux alinéas suivants en procédant dans l'ordre.

⁶⁴⁶ U. CASSANI et K. VILLARD, «Art. 11», *op. cit.*, p. 173.

⁶⁴⁷ K. SEELMANN, «Art. 11», *op. cit.*, p. 251: «*Jede fahrlässige Handlung auch ein Unterlassungsmoment aufweist, nämlich die Unterlassung der gebotenen Sorgfalt*».

⁶⁴⁸ A. DAN, *Le délit de commission par omission*, *op. cit.*, p. 74.

⁶⁴⁹ *Ibid.*, p. 51 et U. CASSANI et K. VILLARD, «Art. 11», *op. cit.*, p. 173.

⁶⁵⁰ S. TRECHSEL et M. JEAN-RICHARD, «Art. 11», *Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxis-kommentar*, dirigé par S. TRECHSEL et M. PIETH, Dike, 3^e édition, 2018, p. 49.

Tout d'abord, le deuxième alinéa dispose que le garant doit avoir une obligation d'agir à raison de sa situation juridique et énonce différentes sources de l'obligation d'agir (A). Ensuite, le troisième alinéa exige, pour que l'omission d'agir soit punissable, que le reproche de cette dernière équivaille à celui d'une commission, ce qui est le cas lorsque l'obligation d'agir est particulière dans les circonstances de l'espèce (B).

A Les sources de l'obligation d'agir

133. Diversité des sources

Le deuxième alinéa de l'article 11 du Code pénal suisse énonce que, pour pouvoir être auteur d'une omission, l'agent devait être «*tenu [d'agir] à raison de sa situation juridique*». Dit autrement, il devait avoir une obligation d'agir.

Une telle obligation doit nécessairement être juridique et non simplement morale. Selon la doctrine, ces deux types d'obligation peuvent être distingués en ce qu'une obligation juridique concerne «une interdiction de violer les droits d'autrui»⁶⁵¹ tandis que l'obligation morale se contente de «promouvoir sa propre perfection et le bien-être des autres»⁶⁵². Certes, l'une et l'autre peuvent se recouper, comme c'est le cas par exemple de l'obligation d'assistance entre époux⁶⁵³. Toutefois, seules les obligations d'agir juridiques pourront revêtir le caractère contraignant nécessaire pour fonder le reproche pénal d'une infraction d'omission improprement dite⁶⁵⁴.

L'alinéa 2 énumère les quatre sources principales de l'obligation d'agir qui avaient été dégagées par la jurisprudence⁶⁵⁵, à savoir la loi, le contrat, la communauté de risques librement consentie et la création d'un risque. Cette liste revêt seulement un caractère exemplatif puisqu'elle est introduite par l'adverbe «*notamment*», ce qui autorise en principe la jurisprudence à consacrer de nouvelles sources d'obligations d'agir en raisonnant par analogie⁶⁵⁶.

Le choix de ne pas fixer de liste exhaustive a été critiqué par la doctrine en raison de l'imprécision qu'il entraîne⁶⁵⁷. Toutefois, la portée de cette critique ne doit pas être exagérée, dans la mesure où les travaux préparatoires et l'ensemble de la doctrine rappellent l'exigence, issue de la jurisprudence antérieure, que les sources de l'obligation

⁶⁵¹ K. SEELMANN, «Art. 11», *op. cit.*, p. 254: «*ein Verbot, andere in ihren Freiheitsrechten zu verletzen*».

⁶⁵² *Ibid.*: «*(...) die eigene Vollkommenheit und das Wohlergehen anderer zu fördern*».

⁶⁵³ A. DAN, *Le délit de commission par omission*, *op. cit.*, p. 79.

⁶⁵⁴ K. SEELMANN, «Art. 11», *op. cit.*, p. 254.

⁶⁵⁵ U. CASSANI et K. VILLARD, «Art. 11», *op. cit.*, p. 178.

⁶⁵⁶ P. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, Stämpfli, 2^e édition mise à jour par B. STRÄULI, 1995, p. 24.

⁶⁵⁷ A. DAN, *Le délit de commission par omission*, *op. cit.*, p. 33.

d'agir soient interprétées de manière restrictive⁶⁵⁸, ce qui limite l'extension abusive du champ de la répression que laisse craindre l'interprétation par analogie. La présence de cette énumération présente surtout un intérêt didactique majeur en couvrant, avec ces quatre sources, l'essentiel des hypothèses pouvant donner lieu à une obligation d'agir⁶⁵⁹.

Il convient de présenter d'abord les sources formelles (1) puis les sources situationnelles (2).

1 Les sources formelles

134. Deux sources formelles

La loi et le contrat constituent les deux sources formelles de l'obligation d'agir énoncées à l'article 11 alinéa 2 du Code pénal suisse.

135. Source légale

Pour fonder une obligation d'agir, la loi n'a pas à être revêtue d'un caractère pénal, faute de quoi l'omission commise correspondrait par définition à une infraction d'omission proprement dite⁶⁶⁰. L'obligation légale doit toutefois être de «nature pénale»⁶⁶¹, c'est-à-dire qu'elle doit avoir pour fonction d'«empêcher une mise en danger ou une atteinte à un bien juridique pénalement protégé»⁶⁶².

Une telle obligation peut d'une part exister à raison de la reconnaissance par la loi d'une relation entre deux personnes. Les parents ont ainsi une obligation d'agir vis-à-vis de leurs enfants sur le fondement des articles 301 et 302 du Code civil suisse relatifs à l'autorité parentale et au devoir d'éducation⁶⁶³. De même, les conjoints et les partenaires doivent se procurer mutuellement l'assistance prévue aux articles 159 alinéa 3 du Code civil suisse⁶⁶⁴ et 12 de la loi sur les partenariats enregistrés. Il en va pareillement pour les employeurs, qui sont tenus d'une obligation d'agir pour assurer la sécurité de leurs salariés sur le fondement des articles 55 et 101 du Code des obligations suisse⁶⁶⁵.

L'obligation d'agir peut d'autre part exister à raison de la propriété ou de l'utilisation d'une chose. Le propriétaire ou l'utilisateur d'un véhicule peut ainsi se trouver en

⁶⁵⁸ U. CASSANI et K. VILLARD, «Art. 11», *op. cit.*, p. 179.

⁶⁵⁹ M. DUPUIS et L. MOREILLON, «Art. 11», *op. cit.*, p. 80.

⁶⁶⁰ A. DAN, *Le délit de commission par omission*, *op. cit.*, p. 79.

⁶⁶¹ *Ibid.*

⁶⁶² *Ibid.*

⁶⁶³ U. CASSANI et K. VILLARD, «Art. 11», *op. cit.*, p. 179 et H. VEST, S. FREI, et S. MONTERO, *Betriebsanleitung zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil I*, Stämpfli, 2^e édition, 2017, p. 200.

⁶⁶⁴ U. CASSANI et K. VILLARD, «Art. 11», *op. cit.*, p. 179.

⁶⁶⁵ *Ibid.*, p. 180.

position de garant au titre de l'article 29 de la loi sur la circulation routière. C'est également le cas du détenteur d'un animal ou du propriétaire d'un immeuble, au titre respectivement des articles 56 et 58 du Code des obligations suisse⁶⁶⁶.

Ce fondement de l'obligation d'agir a été critiqué, en ce qu'il constituerait un critère trop étroit⁶⁶⁷, en excluant des hypothèses dans lesquelles une communauté de vie étroite devrait pouvoir donner lieu à une position de garant, comme c'est le cas lorsqu'un couple vit de manière stable en concubinage ou lorsqu'un enfant habite de manière habituelle avec un beau-parent, un grand-parent ou encore un grand frère⁶⁶⁸. C'est pour cette raison que certains auteurs, à l'instar de STRATENWERTH, plaident en faveur de l'entrée du critère de la « communauté de vie étroite » parmi les sources de l'obligation d'agir⁶⁶⁹ mais ce critère n'a pas été retenu par la jurisprudence à ce jour.

136. Source contractuelle

L'obligation d'agir peut également trouver sa source dans la conclusion d'un contrat lorsque ce dernier comporte une obligation principale ou accessoire dont l'objet est la protection d'un bien juridique ou la surveillance d'une source de danger⁶⁷⁰. L'obligation de sécurité est dite principale lorsque l'objet du contrat porte essentiellement sur une mission de protection ou de surveillance⁶⁷¹, qui lui donne sa coloration⁶⁷². C'est le cas par exemple de l'obligation du médecin et du personnel soignant vis-à-vis du patient en vertu d'un contrat de soins. C'est encore le cas de l'obligation de la personne chargée de la garde d'un enfant en vertu du contrat qu'elle a passé avec les parents⁶⁷³. Dans cette dernière hypothèse, il existe alors un cumul des sources légale et contractuelle puisque les parents ont une obligation de protection de l'enfant établie par la loi qu'ils transfèrent contractuellement à la personne à laquelle ils confient la surveillance de l'enfant⁶⁷⁴. L'obligation de sécurité est dite accessoire dans les autres cas, c'est-à-dire lorsqu'elle ne caractérise pas par elle-même le contrat⁶⁷⁵. Dans cette hypothèse, « le contrat porte [principalement] sur une prestation de service (...) et contient une obligation accessoire de sécurité »⁶⁷⁶. C'est par exemple le cas du contrat conclu entre

⁶⁶⁶ M. DUPUIS et L. MOREILLON, « Art. 11 », *op. cit.*, p. 81.

⁶⁶⁷ K. SEELMANN, « Art. 11 », *op. cit.*, p. 253: *ein « Kriterium zugleich zu weit und zu eng »*.

⁶⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁶⁹ G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, *op. cit.*, p. 410.

⁶⁷⁰ L. MOREILLON, *L'infraction par omission*, *op. cit.*, p. 232; M. A. NIGGLI et L. F. MUSKENS, « art. 11 », *Basler Kommentar, Strafrecht I*, dirigé par M. A. NIGGLI et H. WIPRÄCHTIGER, Helbing Lichtenhahn, 4^e édition, 2019, p. 137 et H. VEST, S. FREI, et S. MONTERO, *Betriebsanleitung zum Schweizerischen Strafgesetzbuch*, *op. cit.*, p. 201.

⁶⁷¹ M. DUPUIS et L. MOREILLON, « Art. 11 », *op. cit.*, p. 82.

⁶⁷² A. DAN, *Le délit de commission par omission*, *op. cit.*, p. 92.

⁶⁷³ U. CASSANI et K. VILLARD, « Art. 11 », *op. cit.*, p. 185.

⁶⁷⁴ L. MOREILLON, *L'infraction par omission*, *op. cit.*, p. 233.

⁶⁷⁵ A. DAN, *Le délit de commission par omission*, *op. cit.*, p. 92.

⁶⁷⁶ L. MOREILLON, *L'infraction par omission*, *op. cit.*, p. 232.

un guide de montagne ou un moniteur de sport et ses clients⁶⁷⁷. Un tel contrat contient une obligation accessoire de sécurité pendant la durée de l'excursion ou de l'activité sportive. C'est encore le cas du maître d'œuvre, qui est chargé d'assurer la sécurité des travaux sur son chantier⁶⁷⁸.

La question s'est posée de savoir si l'annulation d'un contrat qui n'avait pas été valablement conclu du point de vue du droit civil empêchait de fonder une position de garant⁶⁷⁹. La jurisprudence et la doctrine ont répondu par la négative, en considérant qu'une annulation n'empêche pas l'établissement d'une position de garant dès lors que l'agent a pris ses fonctions de manière effective. Par exemple, la nullité du contrat de garde d'un enfant n'empêche pas de fonder en droit pénal une position de garant, alors même que l'un des cocontractants «n'avait pas la capacité de s'engager»⁶⁸⁰, dès lors que la personne chargée de la garde a commencé son service⁶⁸¹.

Les auteurs distinguent généralement la source d'une telle obligation d'agir du contrat proprement dit, en considérant que l'obligation d'agir peut exister indépendamment de la conclusion ou de la validité d'un contrat entre les parties⁶⁸², dès lors qu'il existe une acceptation tacite d'une personne de prendre en charge la protection d'un bien juridique⁶⁸³ (*Garentenstellung aus freiwilliger Übernahme*). L'obligation d'agir se fonderait alors subsidiairement sur ce qui, en droit civil, caractérise un quasi-contrat⁶⁸⁴. En acceptant dans les faits de veiller sur autrui dans des circonstances proches de celles d'un engagement contractuel, l'agent est alors tenu à la même obligation d'agir que s'il avait valablement conclu un contrat⁶⁸⁵. Cette acceptation tacite peut être déduite des circonstances, en prenant en considération «l'attitude générale de l'auteur, sa présence aux côtés de la personne menacée et le soin avec lequel il entendait accomplir sa tâche»⁶⁸⁶. Ce serait ainsi la confiance suscitée qui justifierait l'existence d'une position de garant⁶⁸⁷.

137. Contrat, quasi-contrat et fin de l'obligation d'agir

Quoi qu'il en soit, les modalités selon lesquelles l'obligation d'agir prend fin diffèrent selon que celle-ci émane d'un contrat ou d'un quasi-contrat.

⁶⁷⁷ U. CASSANI et K. VILLARD, «Art. 11», *op. cit.*, p. 185; M. DUPUIS et L. MOREILLON, «Art. 11», *op. cit.*, p. 82.

⁶⁷⁸ ATF 104 IV 96.

⁶⁷⁹ U. CASSANI et K. VILLARD, «Art. 11», *op. cit.*, p. 183 et s.

⁶⁸⁰ *Ibid.*

⁶⁸¹ K. SEELMANN, «Art. 11», *op. cit.*, p. 254.

⁶⁸² U. CASSANI et K. VILLARD, «Art. 11», *op. cit.*, p. 183 et X. DE HALLER, «La commission par omission», *op. cit.*, p. 44.

⁶⁸³ G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, *op. cit.*, p. 465.

⁶⁸⁴ L. MOREILLON, *L'infraction par omission*, *op. cit.*, p. 232.

⁶⁸⁵ *Ibid.*

⁶⁸⁶ *Ibid.*

⁶⁸⁷ U. CASSANI et K. VILLARD, «Art. 11», *op. cit.*, p. 184.

Dans le cadre d'une relation contractuelle, les parties décident librement de la durée de la protection⁶⁸⁸. Le garant est ainsi en principe délié de son obligation d'agir lorsque le contrat prend fin⁶⁸⁹, que ce soit parce qu'il arrive à son terme ou en raison de la décision unilatérale de l'un des cocontractants. Lorsqu'il s'agit d'une décision unilatérale, celle-ci peut tout d'abord émaner du bénéficiaire. Lorsqu'un patient «ne souhaite plus que le médecin lui prodigue des soins, fussent-ils nécessaires pour sauvegarder sa vie et son intégrité corporelle, le médecin est délié de son obligation d'agir et son omission devient atypique»⁶⁹⁰. Le patient peut également mettre un terme à certaines obligations d'agir du médecin, notamment lorsqu'il module ses instructions, «de manière à charger le médecin de certains soins, par exemple de soins palliatifs, tout en le libérant du devoir de prendre des mesures de survie»⁶⁹¹. La décision unilatérale peut ensuite émaner de l'obligé lui-même, qui peut par principe mettre fin à tout moment au contrat et donc à son obligation d'agir⁶⁹². La décision ne doit toutefois pas intervenir à un moment «inopportun»⁶⁹³. Ainsi, par exemple, si un guide de montagne «peut à tout moment avant le début de l'expédition renoncer à entreprendre l'ascension», il «ne peut cependant pas, lorsqu'un membre du groupe a décroché, décider de s'en aller en faisant part de son intention de se départir du contrat»⁶⁹⁴. Un tel départ du guide l'exposerait à des poursuites pour meurtre puisque l'abandon serait ici volontaire⁶⁹⁵. Comme le souligne ADRIAN DAN, cette solution permet tant de préserver «la liberté contractuelle que [de] sauvegarder les biens juridiques consacrés par le droit pénal»⁶⁹⁶.

Dans le cadre d'une relation quasi-contractuelle, la question s'est posée de savoir si la personne qui a volontairement accepté de prendre à sa charge la protection d'un bien juridique peut se départir de la même manière de son engagement. En effet, il semble au premier abord qu'il n'y ait «aucune raison d'obliger, sous peine de punition, la personne qui cherche à aider à continuer ses services de bon samaritain»⁶⁹⁷. La doctrine considère toutefois que si l'intervention a eu pour conséquence de dissuader la victime ou des tiers de prendre des mesures de protection adéquate⁶⁹⁸, la personne qui s'est

⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 185.

⁶⁸⁹ *Ibid.*

⁶⁹⁰ *Ibid.*

⁶⁹¹ *Ibid.*

⁶⁹² A. DAN, *Le délit de commission par omission*, *op. cit.*, p. 93.

⁶⁹³ *Ibid.*

⁶⁹⁴ *Ibid.*

⁶⁹⁵ *Ibid.*

⁶⁹⁶ *Ibid.*

⁶⁹⁷ G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, *op. cit.*, p. 246: «[In-dessen] besteht kein Anlass, denjenigen, der zu helfen versucht, unter Androhung von Strafe zur Fortsetzung seiner Samariterdienste zu verpflichten».

⁶⁹⁸ L. MOREILLON, *L'infraction par omission*, *op. cit.*, p. 281.

engagée peut devoir continuer à assumer sa tâche durant un délai raisonnable, sur le modèle du critère du moment opportun retenu en matière contractuelle⁶⁹⁹.

L'obligation d'agir peut également émaner d'une situation.

2 Les sources situationnelles

138. Deux sources situationnelles

Il s'agit ici de deux situations, la communauté de risques librement consentie et la création d'un risque, dont la frontière doit être déterminée.

139. Communauté de risques librement consentie

«Cette source fait référence aux cas dans lesquels, [en dehors de tout contrat], plusieurs personnes s'engagent dans une entreprise périlleuse, [en] comptant soit sur la protection de l'un des membres en particulier, soit sur la protection mutuelle entre les membres»⁷⁰⁰.

La première hypothèse correspond aux situations dans lesquelles il «existe des différences de capacité et d'expérience entre les membres»⁷⁰¹. Certains membres ont accepté de participer à l'activité dangereuse en comptant sur l'aide de la personne d'expérience⁷⁰², qui est «tenue, dans la mesure du possible, de parer à la concrétisation de ce danger»⁷⁰³. La personne d'expérience peut alors avoir une position de garant envers les autres personnes du groupe. Il s'agit par exemple du moniteur qui ne demande aucune contrepartie financière lors d'une plongée de loisir ou encore de l'alpiniste qui, sans être officiellement le chef du groupe, donne les instructions en raison de la grande expérience que tous lui reconnaissent⁷⁰⁴.

La seconde hypothèse correspond aux situations dans lesquelles des partenaires, «pareillement capables de faire face à la situation»⁷⁰⁵, décident volontairement de s'engager ensemble dans une activité dangereuse afin de s'apporter une entraide réciproque. Les participants mettent ainsi en commun leurs forces et leurs moyens pour «augmenter les chances de succès de l'entreprise»⁷⁰⁶ tout en limitant les risques qu'elle leur fait courir⁷⁰⁷. Ici, chacun des participants peut occuper une position de garant vis-à-vis des autres participants. En vertu de cette position, chacun d'eux est tenu par une obligation d'assistance mutuelle. C'est l'exemple de la bande

⁶⁹⁹ G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, op. cit.*, p. 466.

⁷⁰⁰ A. DAN, *Le délit de commission par omission, op. cit.*, p. 94.

⁷⁰¹ M. DUPUIS et L. MOREILLON, «Art. 11», *op. cit.*, p. 83.

⁷⁰² *Ibid.*

⁷⁰³ *Ibid.*

⁷⁰⁴ *Ibid.*

⁷⁰⁵ U. CASSANI et K. VILLARD, «Art. 11», *op. cit.*, p. 187.

⁷⁰⁶ L. MOREILLON, *L'infraction par omission, op. cit.*, p. 265.

⁷⁰⁷ *Ibid.*

d'amis qui part réaliser une expédition d'alpinisme ou de spéléologie⁷⁰⁸, tous devant s'assister mutuellement.

Dans une hypothèse comme dans l'autre, la victime doit avoir accepté de participer à une activité comportant un risque élevé en raison de l'assistance d'autrui, sans laquelle elle aurait refusé de s'engager dans une telle activité⁷⁰⁹. Il convient d'apporter deux précisions. D'une part, la participation doit être volontaire, ce qui exclut les situations dans lesquelles la communauté ne serait due qu'au «hasard des circonstances»⁷¹⁰. Il faut qu'un véritable rapport de confiance puisse être établi entre les participants⁷¹¹. N'est ainsi pas en position de garant l'aubergiste qui conduit l'ivrogne dehors⁷¹². D'autre part, le risque doit être lié de manière intrinsèque à l'activité pour laquelle le garant est compétent, ce qui exclut notamment qu'une position de garant soit retenue lorsque les participants sont «confrontés ensemble à un danger accidentel ou naturel survenant inopinément, par exemple un incendie»⁷¹³.

Cette source de l'obligation d'agir a pu être rapprochée de la source contractuelle en ce qu'elle repose sur un engagement volontaire. Quelques auteurs⁷¹⁴ sont même allés jusqu'à exiger que le rapport entre les participants puisse être assimilé à un «contrat de société simple dont le but consisterait à surmonter les périls affrontés en commun»⁷¹⁵. Une telle interprétation doit toutefois être écartée, dans la mesure où elle ajoute un critère non prévu par la loi et vide nécessairement de sa portée l'hypothèse de la communauté de risques, qui ne se distingue alors plus de celle du contrat⁷¹⁶. Il n'empêche que cette source peut largement être rapprochée de l'hypothèse quasi-contractuelle, avec laquelle elle se recoupe. La communauté de risques sera privilégiée dans les hypothèses dans lesquelles un ensemble de participants accepte de former une telle communauté, chacun pouvant alors devenir le garant de l'autre.

140. Création d'un risque

Identifiée au début du XIX^e siècle, la dernière source de l'obligation d'agir a longtemps été utilisée comme «bouche-trou» (*Lückenbüßer*), lorsque l'omission paraissait digne d'être sanctionnée mais qu'aucun des fondements antérieurs ne permettait d'établir une position de garant⁷¹⁷. Elle découle d'un principe non écrit du droit,

⁷⁰⁸ *Ibid.*, p. 266.

⁷⁰⁹ P. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 82.

⁷¹⁰ L. MOREILLON, *L'infraction par omission*, *op. cit.*, p. 265.

⁷¹¹ *Ibid.*

⁷¹² K. SEELMANN, «Art. 11», *op. cit.*, p. 256.

⁷¹³ U. CASSANI et K. VILLARD, «Art. 11», *op. cit.*, p. 187.

⁷¹⁴ A. DONATSCH et B. TAG, *Strafrecht I, Verbrechenlehre*, Schulthess, 9^e édition, 2013, p. 306.

⁷¹⁵ U. CASSANI et K. VILLARD, «Art. 11», *op. cit.*, p. 187.

⁷¹⁶ *Ibid.*

⁷¹⁷ G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, *op. cit.*, p. 466.

nommé principe d'ingérence (*Ingerenzprinzip*)⁷¹⁸, selon lequel celui qui crée – ou accroît – le risque qu'il soit porté atteinte à des biens juridiques est tenu, de ce fait, «de prendre les mesures de sécurité que les circonstances requièrent»⁷¹⁹. De ce fait, le Tribunal fédéral considère qu'il est possible d'assimiler «à l'hypothèse de la création d'un risque (...) celle de l'aggravation d'un risque préexistant»⁷²⁰.

Cette source de l'obligation d'agir a donné lieu à une abondante jurisprudence. Le Tribunal fédéral a ainsi reconnu que celui qui, sans être médecin, dirige une cure de jeûne complet crée un risque vis-à-vis de la personne qui suit la cure et doit assumer une position de garant envers elle. Par conséquent, si le garant ne fait pas appel à un médecin lorsque l'état de santé de cette personne s'aggrave et que la personne décède par la suite, il se rend responsable d'un homicide par négligence⁷²¹. Le Tribunal fédéral a également reconnu que tout entrepreneur ou chef de chantier qui crée un risque par son activité se place en position de garant, ce qui l'oblige à prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher qu'un dommage ne se produise et à informer du risque toute personne que ses travaux mettent en danger⁷²². Au niveau des tribunaux cantonaux, il a également pu être considéré que «l'exploitant de pêche, qui possède (...) une volière à proximité des plans d'eau, doit s'attendre à ce que ces installations éveillent la curiosité des très jeunes enfants du voisinage. A l'égard de ces derniers, il se trouve ainsi dans une position de garant. Il lui incombe de prendre toutes les dispositions nécessaires pour éviter qu'un enfant ne puisse accéder aux étangs et s'y noyer»⁷²³. Il a également pu être considéré que celui qui remet de l'héroïne à un consommateur de drogue prend une position de garant vis-à-vis de ce dernier et se rend responsable s'il «ne fait pas appel à un médecin bien qu'il ait remarqué que la victime, inconsciente, éprouvait de graves difficultés respiratoires»⁷²⁴.

Une telle création ou augmentation du risque peut en outre tout à fait résulter du concours de plusieurs personnes. Dans ce cas, chacune d'elles peut alors occuper une

⁷¹⁸ B. CORBOZ, «Art. 12», *op. cit.*, p. 181 et M. A. NIGGLI et L. F. MUSKENS, «art. 11», *op. cit.*, p. 138.

⁷¹⁹ A. DAN, *Le délit de commission par omission*, *op. cit.*, p. 97. Dans ce sens, voir également P. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 83; L. MOREILLON, *L'infraction par omission*, *op. cit.*, p. 252 et H. VEST, S. FREI, et S. MONTERO, *Betriebsanleitung zum Schweizerischen Strafgesetzbuch*, *op. cit.*, p. 203.

⁷²⁰ U. CASSANI et K. VILLARD, «Art. 11», *op. cit.*, p. 188.

⁷²¹ ATF 108 IV 3. Dans ce sens, voir également N. DONGOIS et al., *Code pénal, Partie générale (art. 1-110)*, Helbing Lichtenhahn, 4^e édition, 2016, p. 40; M. DUPUIS et L. MOREILLON, «Art. 11», *op. cit.*, p. 85 et C. FAVRE, M. PELLET et P. STAUDMANN, «Art. 11», *Code pénal annoté*, éditions Bis et Ter, Lausanne, 3^e édition, 2011, p. 41.

⁷²² ATF 101 IV 28. Voir également M. DUPUIS et L. MOREILLON, «Art. 11», *op. cit.*, p. 85.

⁷²³ AG: OG 24.06.1997, AGVE (arrêts des tribunaux du canton d'Argovie) 1997 n° 35, p. 109.

⁷²⁴ TG: KK 02.12.1985, RBOG (arrêts du tribunal cantonal [= supérieur] de Thurgovie) 1986 n° 22, p. 89.

position de garant vis-à-vis de cette source de danger⁷²⁵. C'est ainsi que «le constructeur d'une installation électrique et l'usager exclusif de l'immeuble dont dépend cette installation ont tous deux une position de garant vis-à-vis des tiers»⁷²⁶.

141.

Par ailleurs, une controverse a éclaté en doctrine en ce qui concerne la nature du risque⁷²⁷, certains auteurs⁷²⁸ considérant que seul un risque illicite pouvait donner lieu à une position de garant – comme dans l'hypothèse de la remise d'une dose de drogue – tandis que d'autres⁷²⁹ estimaient qu'un risque licite pouvait tout autant être à l'origine d'une position de garant. La jurisprudence a tranché ce débat en considérant que celui qui crée un risque licite – par exemple en dirigeant une cure ou en installant une volière – pouvait également être considéré comme garant et avait par conséquent l'obligation de veiller sur la source de danger ainsi créée⁷³⁰.

142.

Un autre problème s'est posé dans l'hypothèse où l'illicéité du risque provient d'une négligence. En effet, selon la théorie de la subsidiarité⁷³¹, une omission improprement dite ne peut être retenue qu'en cas d'omission pure, c'est-à-dire lorsqu'aucune commission n'est caractérisée. Ici, au premier abord, il semble précisément que la création d'un risque – telle que la création d'un portillon – corresponde nécessairement à une commission. En application de la théorie de la subsidiarité, une telle approche risquerait par conséquent d'empêcher systématiquement que la création d'un risque soit appréhendée sous le prisme d'une omission improprement dite, ce qui reviendrait à vider l'article 11 de l'une de ses hypothèses⁷³².

Selon ADRIAN DAN, un tel raisonnement repose sur une confusion entre comportement actif et commission puisque tout comportement actif ne correspond pas nécessairement à une commission: seul le comportement actif imprévoyant constitue une commission devant être prise en compte par la règle de la subsidiarité⁷³³. A l'inverse, si la création du risque respecte les règles de prudence, ce comportement actif ne caractérise aucune commission, une position de garant au titre du risque créé ne pouvant alors découler que de l'éventuelle insuffisance des mesures subséquentes dans la sur-

⁷²⁵ B. CORBOZ, «L'homicide par négligence (art. 117 CP)», *op. cit.*, p. 181.

⁷²⁶ M. DUPUIS et L. MOREILLON, «Art. 11», *op. cit.*, p. 84.

⁷²⁷ A. DAN, *Le délit de commission par omission*, *op. cit.*, p. 97.

⁷²⁸ G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, *op. cit.*, p. 468.

⁷²⁹ A. DAN, *Le délit de commission par omission*, *op. cit.*, p. 98 et L. MOREILLON, *L'infraction par omission*, *op. cit.*, p. 253.

⁷³⁰ A. DAN, *Le délit de commission par omission*, *op. cit.*, p. 98.

⁷³¹ Voir dans ce Chapitre, à la Section 1, I: «Le champ de l'omission», n° 105.

⁷³² A. DAN, *Le délit de commission par omission*, *op. cit.*, p. 51.

⁷³³ *Ibid.*, p. 66.

veillance de cette source de danger⁷³⁴. Il ne sera ainsi possible de reprocher une omission au titre du risque créé qu'au seul garant qui n'aura pas pris les mesures nécessaires pour diminuer le risque mais qui ne pourra pas par ailleurs se voir reprocher une imprévoyance dans son comportement actif lui-même⁷³⁵, autrement dit une commission. A titre d'exemple, une omission pourra ainsi être retenue à l'encontre de celui qui crée un danger en creusant un trou dans la chaussée avec les autorisations requises – le comportement actif respecte le devoir de prudence – mais omet d'installer la signalisation correspondante⁷³⁶. En effet, ici, c'est bien l'omission imprévoyante subséquente qui lui est reprochée. A l'inverse, une commission devra être retenue lorsque, comme dans l'espèce de l'installation du portillon, l'action d'installation qui a créé le risque était elle-même imprévoyante. La nuance est certes fine – et sans doute délicate en pratique – mais elle présente l'avantage d'envisager, même en matière de négligence, une application de l'article 11 alinéa 2 d. respectueuse de la théorie de la subsidiarité.

143. Frontière entre la création d'un risque et la communauté de risques

La frontière entre ces deux sources situationnelles a pu apparaître incertaine à certains égards, en ce que ces sources se fondent toutes deux sur l'existence d'une situation présentant un risque. Elles peuvent toutefois être distinguées l'une de l'autre, du point de vue tant de la participation du garant que du consentement de la victime.

En ce qui concerne la participation du garant d'abord, dans l'hypothèse de la communauté de risques, le garant, quelles que soient ses compétences, fait partie de la communauté et se soumet lui-même aux risques de l'activité exercée en commun. En revanche, dans l'hypothèse de la création d'un risque, le garant crée le risque sans pour autant nécessairement s'y exposer lui-même.

En ce qui concerne le consentement de la victime ensuite, dans l'hypothèse de la communauté de risques, la victime doit consentir, au moins de manière tacite, à participer à l'activité risquée. Le consentement permet par là-même de déterminer quelle est la communauté des personnes au sein de laquelle l'obligation d'agir sera due. A l'inverse, dans l'hypothèse de la création d'un risque, il n'est pas nécessaire que la victime ait accepté d'être exposée au risque créé, puisque le garant n'est pas tenu d'agir vis-à-vis d'une victime en particulier mais vis-à-vis de l'ensemble des personnes pouvant être exposées au risque créé.

⁷³⁴ *Ibid.*, p. 54.

⁷³⁵ U. CASSANI et K. VILLARD, « Art. 11 », *op. cit.*, p. 116 et A. DAN, *Le délit de commission par omission*, *op. cit.*, p. 174.

⁷³⁶ A. DAN, *Le délit de commission par omission*, *op. cit.*, p. 66.

144. Concours de sources

Les auteurs ont cherché à hiérarchiser les quatre sources du devoir d'agir, de manière à déterminer laquelle devait primer sur l'autre en cas de concours de sources. «En réalité, plusieurs sources peuvent donner naissance à une position de garant simultanément, chacune apportant un élément qui précise ladite position»⁷³⁷.

C'est par exemple le cas de celui qui prend bénévolement soin d'une personne dépendante. Il peut occuper une place de garant tout aussi bien sous l'angle du quasi-contrat, en ce qu'il a accepté tacitement de prendre en charge cette personne, que sous l'angle de la création du risque, s'il a, par son acceptation, empêché l'intervention d'un tiers, ce qui en cas de défaillance ultérieure de sa part augmente le risque que la personne ne soit pas prise en charge. C'est encore le cas, selon la doctrine⁷³⁸, du fabricant qui met sur le marché un produit à risque, comme un médicament ou une machine. Une fois qu'il a réalisé l'ensemble des tests autorisant la mise du produit sur le marché, le fabricant peut se trouver dans une position de garant tant au titre du risque qu'il a ainsi créé qu'au titre de l'article 8 de la loi fédérale sur la sécurité des produits qui oblige les fabricants à une surveillance particulière de leurs produits⁷³⁹.

Ces sources ne doivent pas être opposées les unes aux autres, puisqu'elles se recoupent. Au contraire, leur pluralité participe à une meilleure identification de l'obligation d'agir dans un cas d'espèce donné⁷⁴⁰.

145. Liste non exhaustive

Cependant, l'énumération de l'alinéa 2 n'est qu'une liste non exhaustive d'exemples, susceptible d'extension. Elle ne permet donc pas nécessairement de fixer de manière définitive le domaine de l'obligation d'agir.

Par ailleurs, la seule existence d'une obligation d'agir émanant de l'une de ces sources ne suffit pas à fonder automatiquement une position de garant. L'obligation d'agir doit encore être particulière dans les circonstances de l'espèce⁷⁴¹.

⁷³⁷ *Ibid.*, p. 93.

⁷³⁸ S. GLESS, «Strafrechtliche Produkthaftung», *recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, vol. 31-2, 2013, p. 60et G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, op. cit.*, p. 473.

⁷³⁹ Art. 8 al. 2 de la loi fédérale sur la sécurité des produits: «le producteur ou l'importateur qui met un produit sur le marché doit, dans les limites de ses activités, adopter des mesures appropriées couvrant la durée d'utilisation indiquée ou raisonnablement prévisible d'un produit pour: a. être informé des risques que peut présenter le produit lorsqu'il est utilisé dans des conditions normales ou raisonnablement prévisibles; b. prévenir les risques éventuels (...)».

⁷⁴⁰ A. DAN, *Le délit de commission par omission, op. cit.*, p. 110.

⁷⁴¹ *Ibid.*, p. 108.

B La particularité de l'obligation d'agir

146. Caractère particulier

Selon le troisième alinéa de l'article 11, l'obligation juridique d'agir doit être particulière, de telle sorte que sa violation, «*compte tenu des circonstances, [doit pouvoir faire encourir à l'auteur] le même reproche que s'il avait commis [l'infraction de référence] par un comportement actif*».

L'exigence d'une telle équivalence s'explique par le fait que l'infraction d'omission improprement dite n'a pas d'existence propre et ne peut être caractérisée que par rapport à une infraction de commission dont elle constitue une extension de la typicité⁷⁴². Il faut donc établir un rapport d'équivalence entre les deux, de telle sorte que la punissabilité d'une omission improprement dite soit limitée aux seules hypothèses où, au vu des circonstances, l'agent avait une obligation d'agir particulière, qui permet d'assimiler son omission à une commission⁷⁴³.

Il convient donc définir ce qu'est une obligation d'agir particulière (1), celle-ci pouvant prendre deux formes (2).

1 La définition de la particularité

147. Énoncé de la définition

Il apparaît délicat en pratique de déterminer si une obligation d'agir est suffisamment particulière pour que le reproche de l'omission de son exécution puisse être équivalent à celui d'une commission. La doctrine et la jurisprudence ont cherché à résoudre cette difficulté en considérant qu'une obligation d'agir ne peut remplir cette condition de particularité que lorsque qu'il existait en l'espèce un tel rapport de proximité entre l'auteur et le bien juridique ou la source de danger⁷⁴⁴ que l'obligation d'agir de l'agent apparaissait évidente⁷⁴⁵. La caractérisation d'un tel rapport se fonde sur les circonstances concrètes de l'espèce et ne peut donc pas être déterminée de manière purement abstraite⁷⁴⁶.

Ainsi, par exemple, bien que la loi prévoie une obligation juridique d'assistance entre conjoints, cette obligation n'est plus particulière dès lors que la situation des conjoints n'implique plus un tel rapport de proximité, comme lorsque les conjoints sont séparés

⁷⁴² *Ibid.*, p. 73.

⁷⁴³ K. SEELMANN, «Art. 11», *op. cit.*, p. 266.

⁷⁴⁴ M. DUPUIS et L. MOREILLON, «Art. 11», *op. cit.*, p. 80 (obligation particulière) et M. A. NIGGLI et L. F. MUSKENS, «art. 11», *op. cit.*, p. 132 et s. (*qualifizierte Rechtspflicht*). Dans ce sens, voir par ex. ATF 108 IV 3: «*wenn der Täter auf Grund einer besonderen Rechtsbeziehung verpflichtet ist*» ou encore ATF 120 IV 98: «*besondere, qualifizierte Rechtspflicht*».

⁷⁴⁵ M. DUPUIS et L. MOREILLON, «Art. 11», *op. cit.*, p. 86.

⁷⁴⁶ *Ibid.*, p. 80.

de fait. De même, une obligation contractuelle ne peut pas être considérée comme particulière tant que l'obligé n'est pas effectivement placé dans la situation de proximité qui l'oblige à agir. Ainsi, celui qui s'est engagé contractuellement à garder un enfant n'en est pas garant s'il ne se présente pas à son service⁷⁴⁷: ce n'est qu'au moment où l'obligé prend ses fonctions de manière effective⁷⁴⁸ qu'un rapport de proximité s'établit entre lui et l'enfant qu'il doit garder, de telle sorte que l'obligation contractuelle devient particulière dans le cas d'espèce⁷⁴⁹.

148. Critère du rapport de proximité

Que l'obligation doive être particulière ne signifie pas qu'elle doive nécessairement être précisée dans ses moindres détails⁷⁵⁰. Ce qui est pris en compte pour caractériser la particularité de l'obligation n'est pas son contenu mais le rapport de proximité qui, dans les circonstances de l'espèce, imposait à l'auteur, de manière évidente et impérieuse, l'accomplissement de cette obligation⁷⁵¹. Il en va ainsi de la mère, qui, au titre de l'autorité parentale, est tenue de nourrir son enfant, sans qu'aucun texte ne spécifie à quelles heures, de quelle manière et dans quelles quantités⁷⁵². Du seul fait qu'elle exerce l'autorité parentale, elle a nécessairement avec son enfant un rapport de proximité qui l'oblige de manière particulière.

Deux formes d'obligation d'agir particulière doivent être distinguées.

2 Les formes d'obligation particulière

149. Garant de protection ou de surveillance

L'obligation d'agir peut être particulière soit vis-à-vis d'un bien juridique (l'agent devient alors garant de protection) soit à raison d'une source de danger (l'agent devient alors garant de surveillance).

150. Garant de protection

Est garant de protection celui qui a une obligation de protection particulière vis-à-vis d'un bien juridique déterminé⁷⁵³ (*rechtsgutsbezogene Obhuts- ou Schutzpflicht*) qu'il doit protéger contre toute forme de danger⁷⁵⁴. En matière de négligence, ce bien juridique correspond généralement à l'intégrité corporelle ou à la vie d'une personne que le garant doit protéger – si nécessaire en s'interposant – contre toute atteinte qu'elle pourrait subir.

⁷⁴⁷ K. SEELMANN, « Art. 11 », *op. cit.*, p. 254.

⁷⁴⁸ G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, *op. cit.*, p. 465.

⁷⁴⁹ A. DAN, *Le délit de commission par omission*, *op. cit.*, p. 92.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, p. 83.

⁷⁵¹ *Ibid.*

⁷⁵² *Ibid.*

⁷⁵³ A. DAN, *Le délit de commission par omission*, *op. cit.*, p. 86.

⁷⁵⁴ L. MOREILLON, *L'infraction par omission*, *op. cit.*, p. 211.

Pour établir l'existence d'une telle obligation particulière, la doctrine pose généralement une double condition. D'une part, il doit exister avec la victime un rapport de garde qui doit légitimement pouvoir placer le garant dans une position d'autorité ou de confiance. D'autre part, la victime ne doit pas avoir été, en tout ou partie, en mesure de se protéger ou d'empêcher la survenance de l'atteinte⁷⁵⁵.

Ces conditions peuvent être remplies pour toutes les sources de l'obligation d'agir, à l'exception de la création d'un risque. Par exemple, un guide (source contractuelle) ou l'ami expérimenté en spéléologie (communauté de risques) a une obligation particulière de protection vis-à-vis des personnes qu'il accompagne lors de l'expédition: n'ayant pas les compétences leur permettant d'assurer leur propre protection dans le cadre de l'activité pratiquée, les clients ou les amis novices recourent justement au service de cette personne digne de confiance pour bénéficier de son encadrement. Une obligation particulière de protection peut également être caractérisée lorsqu'un patient accepte qu'un médecin le prenne en charge, lui administre un traitement et en assure le suivi (source contractuelle) car il place ainsi sa confiance dans ce médecin en particulier⁷⁵⁶.

En toute hypothèse, l'étendue de l'obligation de protection «dépend des circonstances, de l'âge de la personne à protéger et de son état de santé»⁷⁵⁷. Le principe est que plus la victime est faible et dépendante de l'auteur, plus l'obligation de protection est étendue⁷⁵⁸. Dans l'exemple de l'expédition en spéléologie, le guide est tenu de protéger les participants des risques liés à l'excursion. Au sein du groupe, l'étendue de cette obligation peut ne pas être la même si un participant est un sportif de haut niveau alors qu'un autre est un jeune enfant qui n'est pas à même d'attraper les prises pour escalader ou une personne qui vient de se blesser durant l'activité.

La doctrine s'est demandé si cette obligation comprenait aussi une obligation de protéger la personne gardée contre ses propres actes. Deux hypothèses doivent ici être distinguées. Lorsqu'une personne gardée s'expose elle-même, de manière imputable, à un danger – comme c'est le cas par exemple d'un participant à une expédition de spéléologie qui ne respecte pas les instructions de sécurité données par le guide – cette personne sort du champ de la protection du garant⁷⁵⁹. A l'inverse, si la victime manque de discernement du fait de son âge ou de son état psychique, la doctrine considère que l'obligation de protection vis-à-vis de cette personne s'étend non seulement à une obligation de la protéger d'elle-même mais également à une obligation de protéger autrui de ses actes. L'obligation de protection se double alors d'une obligation de surveillance.

⁷⁵⁵ *Ibid.*

⁷⁵⁶ *Ibid.*, p. 255.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, p. 232.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, p. 211.

⁷⁵⁹ K. SEELMANN, «Art. 11», *op. cit.*, p. 258.

151. Garant de surveillance

Est garant de surveillance celui qui a l'obligation particulière de surveiller une source déterminée de danger (*gefahrenquellenbezogene Sicherungs- ou Überwachungspflicht*), de manière à éviter toute atteinte aux biens juridiques indéterminés qui y sont exposés⁷⁶⁰. Dès lors, il n'est plus nécessaire que le garant ait un quelconque rapport de proximité avec la potentielle victime, celle-ci pouvant même ne pas être connue de lui: il suffit que le garant ait un rapport de proximité avec la source de danger à l'origine de l'atteinte⁷⁶¹.

Cela correspond à deux hypothèses. La première est celle dans laquelle une personne «a préalablement commis un acte de nature à créer une situation dangereuse»⁷⁶², ce qui correspond à l'hypothèse de la création d'un risque. La seconde est celle dans laquelle une personne se voit attribuer la «tâche de surveiller une source potentielle de danger»⁷⁶³, qu'il s'agisse d'un animal, d'une chose ou d'un lieu⁷⁶⁴. La surveillance de cette source de danger peut lui avoir été confiée en vertu de la loi, parce qu'il en est propriétaire, ou en vertu d'un contrat qui lui en attribue la garde ou la jouissance.

Le Tribunal fédéral a par exemple considéré qu'est garant de surveillance l'exploitant d'une installation dont l'utilisation comporte des risques particuliers, difficilement identifiables, comme celui qui exploite un engin fonctionnant au gaz liquide. Le garant doit par conséquent veiller non seulement aux risques que cette chose induit pour autrui lorsqu'il l'utilise mais également à ce que les tiers qu'il autorise à utiliser son installation soient dûment informés des risques d'accident et des règles à respecter⁷⁶⁵. Cette juridiction a également estimé qu'est garant de surveillance celui qui exploite concrètement un lieu particulier, comme les responsables d'une remontée mécanique⁷⁶⁶, qui doivent assurer la sécurisation des pistes et de leurs abords, notamment en mettant en place une signalisation appropriée lorsque des dangers apparaissent⁷⁶⁷. Les mesures propres à prévenir les dangers inhérents

⁷⁶⁰ C. FAVRE, M. PELLET et P. STAUDMANN, «Art. 11», *op. cit.*, p. 39 et G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, op. cit.*, p. 463.

⁷⁶¹ L. MOREILLON, *L'infraction par omission, op. cit.*, p. 251.

⁷⁶² C. FAVRE, M. PELLET et P. STAUDMANN, «Art. 11», *op. cit.*, p. 40.

⁷⁶³ P. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable, op. cit.*, p. 82.

⁷⁶⁴ *Ibid.*, p. 80.

⁷⁶⁵ ATF 110 IV 68.

⁷⁶⁶ Au sein de l'entreprise de remontée mécanique, il s'agit de la ou des personnes effectivement en charge de la sécurité des pistes. Selon les espèces, il peut s'agir du directeur adjoint et du directeur technique (ATF 101 IV 396), du directeur des opérations (ATF 109 IV 99), du directeur de la société (ATF 111 IV 15) ou de toute autre personne à qui une telle tâche a été déléguée (ATF 115 IV 189).

⁷⁶⁷ ATF 122 IV 193 et ATF 109 IV 99. Dans ce sens, voir également P. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable, op. cit.*, p. 82; K. SEELMANN, «Art. 11», *op. cit.*, p. 258 et G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, op. cit.*, p. 510.

aux installations doivent être prises, telles que la mise en place d'un matelassage autour des poteaux qui présentent des angles vifs et se trouvent à proximité des pistes⁷⁶⁸.

La doctrine s'est interrogée sur l'étendue de l'obligation de surveillance, en se demandant si le garant «n'est tenu que d'une obligation de sécurité ou s'il est également tenu, après la survenance d'un dommage, à une obligation de secours. Par exemple, le propriétaire de la maison a-t-il seulement le devoir d'empêcher les objets de tomber du toit sur la rue ou doit-il également aider les personnes blessées en cas de chute d'objet?»⁷⁶⁹. La doctrine considère que «la prise en charge de la responsabilité du danger doit également déboucher sur un devoir de secours, puisqu'il s'agit d'assumer la responsabilité des conséquences de sa propre organisation»⁷⁷⁰. Le devoir de surveillance n'est donc pas simplement un devoir passif mais implique de mettre en œuvre toutes les mesures permettant de protéger les biens juridiques exposés au risque, en allant le cas échéant jusqu'à provoquer les secours.

152. Double qualité de garant

Il est important de souligner que les deux formes particulières de l'obligation d'agir ne s'excluent pas mutuellement. Une seule et même personne peut en effet voir réunies sur sa tête les fonctions de garant de protection et de surveillance⁷⁷¹. C'est le cas par exemple des parents, qui ont l'obligation légale de protéger à la fois «leur enfant mineur et contre leur enfant mineur»⁷⁷².

153. Conclusion de la section 1

L'omission négligente est réprimée de manière spécifique en droit suisse. En cas d'omission, la négligence ne peut pas être appréhendée seulement au moyen des articles 117 et 125 du Code pénal suisse, relatifs respectivement à l'homicide et aux lésions corporelles par négligence, combinés à l'article 12 du Code pénal suisse, qui définit la négligence. Pour savoir si une omission peut être réprimée, il est nécessaire de recourir également à l'article 11 du Code pénal suisse selon lequel l'agent doit avoir violé une obligation d'agir. Cette dernière peut notamment découler de la loi, du contrat, d'une communauté de risques librement consentie ou de la création d'un

⁷⁶⁸ ATF 111 IV 15.

⁷⁶⁹ K. SEELMANN, «Art. 11», *op. cit.*, p. 258: «[Hier stellt sich die Frage], ob diese nur eine Sicherungspflicht oder auch – nach eingetretener Schädigung – eine Rettungspflicht mit umfasst (ob z.B. der Hauseigentümer lediglich die Pflicht hat, zu verhindern, dass Gegenstände von seinem Dach auf die Strasse fallen oder ob er dadurch verletzten Personen auch helfen muss)».

⁷⁷⁰ *Ibid.*: «[Richtigerweise] muss sich aus der Übernahme der Gefahrverantwortlichkeit in solchen Fällen auch eine Rettungspflicht ergeben, da es um ein Einstehen für Konsequenzen eigener Organisation geht».

⁷⁷¹ A. DAN, *Le délit de commission par omission*, *op. cit.*, p. 86.

⁷⁷² P. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 80.

risque. L'obligation d'agir doit en outre revêtir un caractère particulier, ce qui signifie que l'agent doit avoir une proximité avec le bien juridique à protéger ou avec la source de danger à surveiller. Lorsque tel est le cas, l'omission non intentionnelle pourra être réprimée car, par son omission, l'agent encourt le même reproche que s'il avait commis le dommage. Le seuil de la répression est alors pareil qu'en matière de commission⁷⁷³.

Il convient à présent de s'intéresser à la façon dont le droit français appréhende l'omission afin de déterminer si le seuil de la répression d'une omission peut également être considéré comme identique à celui d'une commission en matière non intentionnelle et, si oui, sur quel fondement.

Section 2 L'admission tacite de la répression de l'omission en droit français

154. Admission tacite

Le droit pénal français ne connaît pas la figure de l'omission improprement dite: il n'existe aucune disposition générale dans le Code pénal français permettant d'étendre les incriminations de commission à des hypothèses d'omission, comme c'est le cas en droit suisse. Pourtant, le droit pénal français admet que certaines omissions soient réprimées au titre des infractions non intentionnelles (I). Le cas échéant, il fonde tacitement leur répression sur l'existence d'une obligation d'agir, semblable à celle que connaît le droit suisse (II).

I L'admission restreinte de la répression de l'omission

155. Interprétation stricte

Le droit français rejette le principe d'une équivalence générale entre omission et commission en raison de l'interprétation stricte de la loi pénale (A) mais admet toutefois cette équivalence en matière non intentionnelle du fait du caractère ouvert de ces incriminations (B).

⁷⁷³ En cas d'omission, la peine encourue est alors celle prévue pour l'infraction de référence. L'art. 11 al. 4 CPS énonce toutefois que le juge a la faculté d'atténuer la peine en cas d'omission improprement dite. Une telle faculté est instructive, en ce qu'elle montre que l'omission est considérée en droit suisse comme ayant une gravité moindre par rapport à la commission.

A Le rejet de principe d'une équivalence entre commission et omission

156. Affaire de la séquestrée de Poitiers

En l'absence de fondement textuel, la jurisprudence refuse de manière constante de condamner au titre d'une infraction de commission l'auteur d'une simple omission⁷⁷⁴. Cette position a été consacrée en 1901 à l'occasion de l'affaire dite de « la séquestrée de Poitiers ».

Un frère avait laissé vivre pendant de longues années sa sœur, majeure et atteinte d'aliénation mentale, cloîtrée dans une chambre sans air et sans lumière⁷⁷⁵. Ne bénéficiant d'aucune surveillance ni soin, elle se trouvait dans un état déplorable, « *étendue sur une paille pourrie, au milieu de débris de nourriture en putréfaction et de bêtes immondes, le corps complètement nu et enveloppé seulement d'une couverture sale et trouée, [et] la chevelure remplie d'ordure* »⁷⁷⁶. Elle était dans un tel état de dénuement et de saleté « *que, sans l'intervention opportune des magistrats, la méthode barbare qui avait présidé à son traitement, n'aurait pas tardé à avoir pour elle une issue fatale* »⁷⁷⁷. La question s'est alors posée de savoir si la privation de soins pouvait tomber sous le coup de l'incrimination de violences⁷⁷⁸.

Les juges de première instance ont condamné le prévenu, en estimant que « *le fait de mettre ou de maintenir en semblable état une personne, alors qu'elle est dans l'impossibilité de s'y soustraire, constitue un attentat contre elle par violences et voies de fait* »⁷⁷⁹. Cette décision donnait la possibilité de retenir une conception souple des incriminations, qui ne tenait plus compte de la forme active ou passive de l'élément matériel pour caractériser l'infraction⁷⁸⁰. Les juges s'inspiraient ainsi de la solution de l'ancien régime qui, influencé par les canonistes, admettait que celui qui laisse volontairement survenir un résultat équivalent à celui d'une infraction de commission se rend coupable comme l'auteur de celle-ci⁷⁸¹ : « qui peut et n'empêche, pêche »⁷⁸², comme le résumait alors la formule de LOYSEL.

⁷⁷⁴ P. CANIN, *Droit pénal général*, Hachette, Les fondamentaux, 12^e édition, 2022, p. 52 et R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, tome 1, Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, Cujas, 7^e édition, 1997, p. 611.

⁷⁷⁵ Trib. corr. Poitiers, 11 octobre 1901.

⁷⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷⁷ CA Poitiers, 20 novembre 1901, S. 1902.2.305, note Hémard, D. 1902.2.81, note Le Poittevin. Voir également A. GIDE, *La séquestrée de Poitiers*, Gallimard, 1930.

⁷⁷⁸ PH. SALVAGE, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 36.

⁷⁷⁹ Trib. corr. Poitiers, 11 octobre 1901.

⁷⁸⁰ D. REBUT, *L'omission en droit pénal, pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, thèse, Lyon, 1993, p. 123.

⁷⁸¹ J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 22^e édition, 2019, p. 358.

⁷⁸² A. LOYSEL, *Institutes coutumières*, avec les notes d'E. DE LAURIÈRE, vol. 2, Hachette, 1846, Livre VI, Titre 1, IV.

Le jugement a ensuite été réformé en appel, au motif « *qu'on ne saurait (...) comprendre un délit de violences ou de voies de fait sans violences* »⁷⁸³. Les juges d'appel ont considéré que même si « *le rôle purement passif auquel [le frère] a cru devoir se résigner ainsi que sa froide impassibilité, qui ne lui a inspiré aucune démarche efficace, méritent le blâme le plus sévère, [sa conduite ne tombe] pas, néanmoins, sous le coup de la loi pénale à laquelle les juges ne sauraient suppléer* »⁷⁸⁴. Par cet arrêt, la Cour d'appel a formellement enterré le principe d'une équivalence entre commission et omission en droit français, et la jurisprudence n'est jamais revenue sur ce principe⁷⁸⁵.

157. Appréciation de la solution

Bien que cette solution apparaisse moralement choquante, elle se révèle être juridiquement exacte⁷⁸⁶ en raison de l'application en droit français du principe d'interprétation stricte de la loi pénale⁷⁸⁷. Ce principe interdit qu'une loi pénale qui incrimine une commission soit étendue à une simple omission⁷⁸⁸. La commission et l'omission ne sont pas équivalentes⁷⁸⁹ car une commission est par nature causale, ce qui n'est pas le cas d'une omission: « *ne pas empêcher n'est pas causer* »⁷⁹⁰. Celui qui assiste sans sourcilier à la noyade d'un individu n'est pas la cause de sa mort étant donné que, en son absence, le dommage se serait produit de la même manière⁷⁹¹. La commission doit par conséquent être comprise strictement et non de manière générique⁷⁹², en ce qu'elle ne vise pas n'importe quel comportement, mais seulement un comportement positif⁷⁹³.

En décider autrement reviendrait à accepter de raisonner par la méthode de l'analogie juridique, ce qui est absolument interdit en droit français⁷⁹⁴. Une confirmation du jugement de première instance aurait ainsi conduit à remettre en cause « *l'ensemble de la construction pénale* »⁷⁹⁵ française, « *en ouvrant nombre d'incriminations à des faits négatifs* »⁷⁹⁶, ce qui aurait eu pour conséquence d'étendre le champ de la répression

⁷⁸³ CA Poitiers, 20 novembre 1901, S. 1902.2.305, note Hémar, D., 1902.2.81, note Le Poittevin.

⁷⁸⁴ *Ibid.*

⁷⁸⁵ PH. SALVAGE, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 36.

⁷⁸⁶ *Ibid.*

⁷⁸⁷ Voir 1^{re} partie, titre 1, chapitre 1, section 2, II, B: L'interprétation de la norme, n° 116.

⁷⁸⁸ A. DECOCQ, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 159 et R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, tome 1, *op. cit.*, p. 611.

⁷⁸⁹ B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 234.

⁷⁹⁰ PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e édition, 2004, p. 176.

⁷⁹¹ *Ibid.*

⁷⁹² Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, Presses universitaires de France, 7^e édition, 2021, p. 226.

⁷⁹³ *Ibid.*

⁷⁹⁴ B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 234.

⁷⁹⁵ D. REBUT, *L'omission en droit pénal, pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, *op. cit.*, p. 124.

⁷⁹⁶ *Ibid.*

d'une manière difficilement contrôlable⁷⁹⁷. Au contraire, «la censure arrêtaît à les dangers d'un tel désordre, sans même obliger à une intervention ultérieure de la Cour de cassation»⁷⁹⁸.

Par conséquent, le juge ne peut sanctionner une omission que lorsque celle-ci est prévue par le texte d'incrimination⁷⁹⁹. Il revient donc au législateur d'incriminer à titre autonome les omissions qui portent atteinte à la société. C'est ce qu'il a fait après l'affaire de la séquestrée de Poitiers, en créant le délit intentionnel de non-assistance à personne en péril, désormais prévu à l'article 223-6 alinéa 2 du Code pénal français. Le refus de l'équivalence entre commission et omission a ainsi conduit le législateur à multiplier les délits de pure omission dans l'arsenal répressif français, de manière à couvrir l'ensemble des hypothèses d'omission qui méritent une sanction. La peine encourue est alors en principe diminuée par rapport à celle de l'infraction de commission correspondante⁸⁰⁰.

Toutefois, le juge peut admettre une équivalence entre commission et omission dans l'hypothèse particulière où le texte d'incrimination reste ouvert quant à la forme du comportement matériel.

B L'admission d'une équivalence entre commission et omission en matière non intentionnelle

158. Incriminations hybrides

Il existe des infractions dont l'élément matériel est défini de telle sorte qu'il peut être caractérisé tant par un acte de commission que d'omission⁸⁰¹, dès lors que celui-ci conduit au résultat incriminé⁸⁰². C'est le cas en matière d'atteinte non intentionnelle à la personne⁸⁰³.

Les articles 221-6 et 222-19 du Code pénal français, qui prévoient respectivement les infractions d'homicide et de blessures non intentionnelles, de même que l'article 121-3

⁷⁹⁷ *Ibid.*

⁷⁹⁸ *Ibid.*

⁷⁹⁹ J. LARGUIER, PH. CONTE, et S. FOURNIER, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 15^e édition, 2013, p. 62.

⁸⁰⁰ E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 6^e édition, 2021, p. 600.

⁸⁰¹ F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Economica, 16^e édition, 2009, p. 399.

⁸⁰² J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, Presses universitaires de France, 22^e édition, 2005, p. 207.

⁸⁰³ P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie, tome 1, droit pénal général*, Dalloz, 2^e édition, 1970, p. 184; O. DÉCIMA, S. DETRAZ, E. VERNY, *Droit pénal général*, L.G.D.J., 5^e édition, 2022, p. 207, n° 406 et D. REBUT, *L'omission en droit pénal, pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, *op. cit.*, p. 332.

du même Code auquel ils renvoient, visent à la fois l' « *imprudence* » et la « *négligence* ». Les textes spéciaux visent de surcroît la « *maladresse* » et l' « *inattention* ». La doctrine distingue ces différents termes, en considérant généralement que l'imprudence et la maladresse correspondent à un comportement de commission – l'agent agit en manquant de précaution ou de soin –, alors que la négligence et l'inattention se rapportent à un comportement d'omission – l'agent s'abstient de prendre les précautions requises⁸⁰⁴. Ces textes visent également le « *manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* », qui peut renvoyer tant à un comportement d'omission que de commission, selon qu'il s'agit d'une obligation de faire ou de ne pas faire. L'ensemble de ces expressions permet à la jurisprudence de saisir à travers les incriminations non intentionnelles toutes les formes de comportement, qu'il s'agisse de commission ou d'omission, tout en respectant le principe d'interprétation stricte de la loi pénale⁸⁰⁵.

Toutefois, il faut reconnaître que la subtile distinction entre les termes désignant une commission ou une omission est surtout « une affaire de la doctrine »⁸⁰⁶. « La jurisprudence pénale ne s'est guère essayée au jeu d'une distribution rigoureuse de chacun de ces termes en fonction de l'agissement observé de l'auteur ».⁸⁰⁷ Elle considère qu'une telle distinction se révèle vite superficielle, le comportement incriminé mêlant bien souvent à la fois commission et omission⁸⁰⁸, comme l'a mis en évidence en droit suisse l'exemple de la confection d'un gâteau par le pâtissier⁸⁰⁹. De manière pragmatique, la jurisprudence française ne donne par conséquent pas un sens spécifique pour chacun de ces termes⁸¹⁰ mais en adopte plutôt une approche globale, en reconnaissant le caractère « protéiforme de la conduite matérielle »⁸¹¹ de l'auteur dans ces infractions. Il est donc fréquent que la jurisprudence réprime des comportements d'omission au titre des infractions d'atteinte non intentionnelle à la personne, sans nécessairement signaler expressément le caractère passif du comportement en cause.

Le législateur français est même allé plus loin en consacrant partiellement cette assimilation dans la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000. Cette dernière ajoute un quatrième alinéa à l'article 121-3 du Code pénal français qui vise, en matière de causalité indi-

⁸⁰⁴ A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982, p. 313 et E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 726.

⁸⁰⁵ E. FORTIS, *L'élément légal dans les infractions d'imprudence portant atteinte à l'intégrité corporelle*, thèse, Lille, 1974, p. 463 et Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 221 et s.

⁸⁰⁶ D. REBUT, *L'omission en droit pénal, pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, op. cit., p. 334.

⁸⁰⁷ *Ibid.*

⁸⁰⁸ PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., p. 177.

⁸⁰⁹ Voir 1^{re} partie, titre 1, chapitre 2, section 1, I: le champ de l'omission, n° 129.

⁸¹⁰ D. REBUT, *L'omission en droit pénal, pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, op. cit., p. 335.

⁸¹¹ *Ibid.*, p. 333.

recte, les personnes physiques «*qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage [commission] ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter [omission]*». Ce faisant, cette disposition met les deux formes de comportement imprudent sur le même pied.

En visant des formes positives et négatives de comportement, les incriminations d'atteintes non intentionnelles permettent ainsi que commission et omission soient saisies par le droit pénal français. Ces deux formes sont soumises à un régime identique en droit français, contrairement au droit suisse, qui recourt à la figure de l'omission improprement dite en cas de forme négative.

Néanmoins, lorsque les juges français condamnent une forme négative de comportement non intentionnel, il apparaît que le choix de réprimer se fonde en réalité tacitement sur une obligation d'agir, semblable à celle qui est requise en droit suisse.

II Le fondement tacite d'une obligation d'agir

159. Existence d'une obligation d'agir

En raison du refus de la figure de l'omission improprement dite par le droit français, la doctrine n'a pas particulièrement recherché à mettre en exergue l'existence d'une obligation d'agir en matière d'omission non intentionnelle.

Pourtant, la logique montre que les condamnations fondées sur une omission non intentionnelle en droit français trouvent également leur source dans l'existence d'une obligation préalable d'agir⁸¹²: il n'est en effet possible de reprocher à une personne de ne pas avoir pris certaines mesures de précaution que lorsqu'il lui incombait de le faire en raison de la position dans laquelle elle se trouvait. Ainsi, même si les juges français ne prennent pas le soin d'identifier dans leurs décisions une obligation d'agir, leur raisonnement se fonde tacitement sur l'existence d'une telle obligation. Ce constat ressort d'un examen approfondi de la jurisprudence française. S'il ne se fondaient pas sur une telle obligation, n'importe quelle personne pourrait voir sa responsabilité pénale engagée en cas de dommage, au titre d'une omission non intentionnelle, sous le simple prétexte qu'en cas d'intervention de sa part, aucun dommage ne se serait produit, même si rien dans la situation ne permettait d'exiger d'elle une telle intervention.

⁸¹² Pour un auteur du début du XX^e siècle qui effectue la même analyse, voir M. GAND, *Du délit de commission par omission, essai de théorie pénale*, Paris, Arthur Rousseau éditeur, 1900, p. 103. Il limite cependant les sources de cette obligation à la loi, au règlement, au contrat et au quasi-contrat.

160. Sources

Il convient de chercher à identifier d'où peut provenir une telle obligation tacite d'agir en droit français, afin de déterminer quelles sont les personnes qui sont susceptibles de tomber sous le coup de la loi pénale en raison d'une omission non intentionnelle. De manière empirique, il apparaît que cette obligation d'agir peut, tout comme en droit suisse, émaner aussi bien d'une source formelle (A) que d'une source situationnelle (B).

A Les sources formelles

161. Deux sources formelles

Une obligation d'agir peut tacitement se trouver dans une loi ou dans un contrat qui exige d'une personne de protéger autrui ou de surveiller une source de danger.

162. Source légale

Il convient en premier lieu de s'intéresser aux hypothèses dans lesquelles une obligation d'agir peut prendre sa source dans des dispositions légales qui se trouvent en dehors du champ pénal.

Tout d'abord, il en va ainsi des parents vis-à-vis de leur enfant. Lorsqu'un père de famille laisse sans précaution une arme à feu à portée de main de son enfant et que ce dernier se blesse ou blesse autrui avec cette arme, la doctrine française considère que le père doit être condamné en raison de sa négligence⁸¹³. S'il peut être reproché au père son absence de précaution, c'est bien parce qu'il était tenu par une obligation d'agir, c'est-à-dire dans cette hypothèse, une obligation de protéger et de surveiller son enfant⁸¹⁴. A l'inverse, dans une espèce où un enfant avait été écrasé par une grume, la Cour de cassation a considéré que les parents, qui ignoraient l'existence d'un tas de grume aux abords du chemin, pouvaient légitimement laisser jouer leurs enfants, « sans être tenus à une surveillance de tous les instants »⁸¹⁵. En énonçant que les circonstances n'exigeaient pas des parents une surveillance plus soutenue, la Cour reconnaît par là même implicitement qu'il incombe d'une manière générale aux parents une obligation de surveillance de leur enfant – dont l'intensité est modulée en fonction des circonstances. Il est vraisemblable que ces obligations de protection et de surveillance des parents envers leurs enfants puissent tacitement se déduire de l'autorité parentale. L'article 371-1 du Code civil français présente l'autorité parentale comme « un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant », qui doivent permettre de « le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité ». Ce serait donc la loi

⁸¹³ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, tome 1, op. cit.*, p. 666.

⁸¹⁴ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, tome 3, Droit pénal spécial, 1^{re} partie*, Cujas, 1982, p. 1426.

⁸¹⁵ Cass. crim., 13 novembre 2002, n°01-88.643, RSC 2003. 337, obs. Mayaud.

civile qui placerait les parents dans une position juridique de protection et de surveillance à l'égard de leurs enfants, et qui, le cas échéant, les oblige à agir sur le plan pénal.

Ensuite, il en va ainsi des maires. Il existe en jurisprudence de nombreux arrêts qui retiennent la faute du maire en raison de son omission. C'est par exemple le cas du maire qui n'a pas fait mettre en conformité avec la réglementation la barre transversale d'une cage de buts mobile, qui, par sa chute, a entraîné le décès d'un enfant⁸¹⁶ ou du maire qui n'a pas fait vérifier les règles de sécurité applicables à un podium sur lequel se déroulait un bal, au cours duquel un homme s'est électrocuté en touchant la barrière délimitant la piste du bal⁸¹⁷. C'est encore le cas du maire qui ne s'est pas assuré de l'exécution de la réglementation relative à la protection des risques d'incendie et de panique dans les établissements recevant du public, tel qu'un établissement thermal, dans lequel s'est ensuite produit un incendie qui a causé la mort de plusieurs curistes⁸¹⁸ ou telle qu'une maison de retraite, dans laquelle la survenance ultérieure d'un incendie a entraîné le décès de trois personnes âgées⁸¹⁹. Dans ces différents exemples, il est reproché au maire de s'être abstenu de s'assurer de la bonne conformité des différentes installations. Si une abstention peut lui être opposée, cela signifie par conséquent qu'il avait effectivement une obligation d'agir. Cette obligation découle certainement des articles L2122-24 et L2212-1 du Code général des collectivités territoriales, qui investissent le maire d'une compétence générale en matière de police administrative au niveau de sa commune. L'article L2212-2 du même code précise que le maire est tenu d'assurer « *le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publique* ». Dans les deux espèces relatives à un incendie, la Cour de cassation confirme d'ailleurs tacitement cette déduction, en se référant au prévenu, pour la première espèce, en tant que « *maire, autorité de droit commun pour la police spéciale des établissements recevant du public* » et, pour la seconde espèce, en tant que « *maire, titulaire du pouvoir de police, chargé notamment de la prévention des incendies dans les établissements recevant du public (...)* ». Il apparaît donc que c'est en vertu des pouvoirs de police que la loi civile attribue au maire qu'il incombe pénalement à ce dernier de surveiller les installations de sa commune et de protéger ses administrés des périls qui l'affectent⁸²⁰.

⁸¹⁶ Cass. crim., 4 juin 2002, n°01-81.280, D. 2003. 95, note Petit, D. 2003. 244, obs. Roujou de Boubée, RSC 2003. 127, obs. Giudicelli.

⁸¹⁷ Cass. crim., 11 juin 2003, n°02-82.622, Dr. Pén. 2003. 120, note Véron, JCP G 2003. IV. 2448, RSC 2003. 784, obs. Mayaud.

⁸¹⁸ Cass. crim., 29 juin 1999, n°98-81.413, D. 2000. 29, obs. Mayaud, Gaz. Pal. janvier 2000. 11, note Petit, Dr. Pén. 1999. 148, obs. Véron.

⁸¹⁹ Cass. crim., 9 novembre 1999, n°98-87.432, Gaz. Pal. avril 2000. 13, note Petit, RSC 2000. 389, obs. Mayaud, et 601, obs. Bouloc.

⁸²⁰ A l'inverse du droit français, la responsabilité des maires est rarement engagée pour des faits de négligence en droit suisse. Cela s'explique notamment par le fait que les maires helvètes n'ont pas les mêmes missions en matière de sécurité que les maires français, ce domaine étant géné-

Enfin, il en va ainsi des propriétaires d'animaux. La jurisprudence considère que le propriétaire d'un animal peut être tenu responsable des blessures causées par cet animal⁸²¹. La Cour de cassation a notamment confirmé la condamnation du propriétaire d'un cheval qui a laissé son animal dans une prairie mal clôturée, d'où celui-ci s'est échappé pendant la nuit et a mortellement blessé un motocycliste⁸²², ou encore le propriétaire d'un chien qui a laissé divaguer son animal sans être tenu en laisse et qui s'est attaqué à une passante⁸²³. Dans ces deux espèces, les juges ont reproché aux propriétaires de ne pas avoir pris les mesures de précaution suffisantes pour assurer la sécurité d'autrui vis-à-vis de leurs animaux. Il apparaît donc que les propriétaires sont également tenus par une obligation d'agir, qui les contraint à assurer la garde et la surveillance effective de leurs animaux. Cette obligation d'agir peut vraisemblablement être tirée d'une part de l'article 554 du Code civil français, qui définit la propriété comme le droit de jouir d'une chose sans en faire un usage prohibé, et, d'autre part, de l'article L211-19-1 du Code rural, qui interdit « *de laisser divaguer les animaux domestiques et les animaux sauvages apprivoisés ou tenus en captivité* ». Il faut noter à ce propos que, depuis 2008, les articles 222-19-2 et 222-20-2 du Code pénal aggravent la sanction encourue par un propriétaire lorsque son chien cause des blessures à autrui, ce qui vient souligner l'importance de l'obligation de surveillance qui incombe au propriétaire de chien en particulier.

163. Source contractuelle

Il convient en second lieu de s'intéresser aux hypothèses dans lesquelles une obligation d'agir peut prendre sa source dans des stipulations contractuelles.

Il s'agit pour commencer du cas du médecin. Plusieurs praticiens ont été condamnés pour avoir engendré, par leur omission, le décès d'un patient, comme ce médecin qui s'est abstenu de procéder « *à un interrogatoire sur les antécédents médicaux du patient et à [son] examen médical complet* »⁸²⁴ ou encore, cet autre médecin, qui n'a pas vérifié personnellement les constatations effectuées par un interne inexpérimenté⁸²⁵. C'est encore le cas du chirurgien qui s'est abstenu de surveiller son patient durant les

ralement plutôt du ressort des cantons. Ils se retrouvent donc assez rarement en position de garant dans le cadre des infractions d'atteinte non intentionnelle.

⁸²¹ Y. MAYAUD, « Violences involontaires: applications et illustrations », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2006, p. 324.

⁸²² Cass. crim., 29 avril 1964, n° 62-92.630, JCP 1964. II. 13912, note Meurisse.

⁸²³ Cass. crim., 29 mai 2013, n° 12-85.427, Gaz. Pal. 2018. 45, note Detraz, JCP G 2013, 1176, note Detraz, Dr. Pén. 2013. 125, note Véron, D. 2013. 2016, note Desprez, AJ pénal 2013. 678, obs. Lasserre-Capdeville. Dans le même sens, voir CA Paris, 25 février 2000, JCP 2000. IV. 2861, CA Paris, 17 décembre 1996, Dr. Pén. 1997. 46, obs. Véron, et Cass. crim., 3 juin 1957, Bull. crim. n° 466.

⁸²⁴ Cass. crim., 18 octobre 2011, n° 11-80.653, Dr. Pén. 2012. 6, obs. Véron.

⁸²⁵ Cass. crim., 8 février 2011, n° 10-84.161, Dr. Pén. 2011. 61, obs. Véron.

seize heures qui ont suivi l'opération⁸²⁶ ou de celui qui n'a pas exercé la surveillance postopératoire avec toute l'attention qui était requise⁸²⁷. Bien que la doctrine ne le démontre pas toujours⁸²⁸, elle reconnaît généralement que les condamnations des médecins reposent sur l'existence d'une obligation d'agir⁸²⁹. L'existence d'une telle obligation peut de toute façon être facilement démontrée en se référant au contrat de soin entre le patient et le médecin, par lequel le patient donne au médecin la charge de le soigner, laquelle est acceptée par le médecin. En vertu de ce contrat, le médecin est alors tenu d'une obligation d'agir qui lui impose de tout mettre en œuvre pour sauvegarder la vie de son patient, à défaut de quoi il peut engager sa responsabilité pénale.

Il s'agit encore de la situation du guide professionnel. La Cour de cassation a par exemple confirmé la condamnation d'un guide de haute montagne qui avait organisé une randonnée avec des skieurs au cours de laquelle deux participants sont décédés dans une avalanche⁸³⁰. Il a notamment été reproché au guide ne pas avoir tenu compte des bulletins nivo-météorologiques qui faisaient état de possibilités d'avalanche, alors qu'il lui incombait de prendre les mesures nécessaires à la sécurité et à la protection des participants. Cette obligation d'agir trouve vraisemblablement sa source dans le contrat par lequel les randonneurs ont engagé le guide professionnel, puisque l'objet de ce contrat était justement de s'assurer de la sécurité de l'expédition.

Il s'agit pour finir de la personne à qui est confiée la garde d'un enfant. Il a ainsi été reproché à une personne à qui des parents avaient confié la garde de leur enfant de sept ans de s'être abstenue de le surveiller de manière constante durant sa baignade, entraînant le décès de l'enfant par noyade⁸³¹. Là encore, cette personne avait une obligation d'agir dont la source se trouve directement dans le contrat de garde. En lui confiant leur enfant, les parents ont transféré temporairement à cette personne l'obligation de veiller sur lui qui leur incombait. Cette personne se devait par conséquent de tout mettre en œuvre pour assurer la sécurité et la protection de l'enfant, à défaut de quoi elle peut engager sa responsabilité pénale.

A côté de ces sources formelles, une obligation d'agir peut aussi découler d'une situation particulière.

⁸²⁶ Cass. crim., 29 novembre 2005, n°05-80.017, JCP 2006. II. 10160, note ALT-MAES, Gaz. Pal. juin 2006. 40, note Viriot-Barrial.

⁸²⁷ Cass. crim., 16 novembre 2010, n°09-87.296, Dr. Pén. 2011. 19, obs. Véron et Cass. crim., 9 mai 1956, Bull. crim. n° 355, JCP 1956. II. 9435, note Savatier.

⁸²⁸ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, Cujas, 2013, p. 73, note en bas de page n° 3.

⁸²⁹ *Ibid.*, p. 70; R. OLLARD et F. ROUSSEAU, *Droit pénal spécial*, Bréal, 2^e édition, 2015, p. 67.

⁸³⁰ Cass. crim., 8 novembre 1983, n° 83-90.906, D. 1985. IR 486, obs. Marty.

⁸³¹ CA Grenoble, 23 mai 1996, JCP 1996. IV. 2228.

B Les sources situationnelles

164. Deux sources situationnelles

Une obligation d'agir peut naître de la position qu'une situation particulière confère à une personne, telle que la prise d'un risque par un groupe, qui oblige certains membres à veiller sur d'autres, ou la création d'un risque pour autrui, qui oblige son auteur à veiller sur la source du danger ainsi créée.

165. Prise de risque par un groupe

Dans plusieurs affaires, un ou des membres d'un groupe d'expédition ont été condamnés pour homicide par négligence en raison d'une omission.

Il en va tout d'abord ainsi dans une espèce dans laquelle l'accompagnateur bénévole d'un groupe de dix personnes a, lors d'une ascension du Mont-Blanc, laissé repartir un des membres du groupe seul au refuge, celui-ci ayant dévissé avant de chuter mortellement dans la descente⁸³². Il était reproché à l'accompagnateur de ne pas avoir agi pour éviter que la victime ne parte seule, dans la nuit et par de basses températures, alors qu'il avait connaissance de son état de fatigue et de son inexpérience. Sa condamnation montre qu'une obligation d'agir lui incombait vis-à-vis des membres du groupe qu'il conduisait, et ce, même si aucun contrat n'avait été conclu entre eux. Il est vraisemblable que cette obligation d'agir de l'accompagnateur – et non des autres membres du groupe – ait été directement tirée de sa position dans la situation: c'est en raison de son expérience que les membres du groupe lui ont fait confiance et ont accepté de partir en expédition avec lui. Cette situation le plaçait par conséquent dans une position d'autorité vis-à-vis du groupe, ce qui, sur le plan pénal, l'obligeait alors tacitement à agir de manière à protéger leur vie.

Il en va ensuite ainsi dans une autre espèce dans laquelle ont été condamnés deux participants à une ascension du Mont-Blanc, en raison du décès d'un troisième. Il leur était reproché de ne pas s'être maintenus au contact de leur compagnon qui avait perdu un crampon, « *alors qu'ils pouvaient et devaient le faire* » et de s'être ainsi « *privés des informations directes qu'ils pouvaient obtenir de lui sur ses difficultés, lesquelles ont pu évoluer avec sa fatigue, tout comme ils se sont privés de la possibilité de l'aider directement par des gestes techniques adéquats ou leur simple présence et* »

⁸³² CA Chambéry, 16 janvier 2002, JCP 2002. IV. 2642. Pour une espèce similaire dans laquelle le responsable d'une expédition n'ayant « *pas mis en place l'encadrement suffisant pour assurer la sécurité des participants* » a également été condamné pour homicide par négligence à la suite du décès de l'un d'entre eux, voir CA Chambéry, 9 janvier 1997, JCP 1997. IV. 2499. Il en va encore de même dans une affaire dans laquelle un professeur d'éducation physique ayant exercé « *une surveillance insuffisante* » sur un groupe d'enfants effectuant un stage de dériveur a été condamné pour homicide par négligence à la suite de la noyade de l'un des élèves: Cass. crim., 4 octobre 2005, n° 04-84.199, Dr. Pén. 2006. 2, obs. Véron, RSC 2006. 64, obs. Mayaud.

la mise en commun de leurs compétences et de leurs expériences de la montagne »⁸³³. Ici, l'obligation d'agir a été déduite non de la position de l'un des membres du groupe en raison de son expérience supérieure, mais de la position dans laquelle s'étaient placées des personnes d'un niveau équivalent en s'engageant ensemble dans une activité périlleuse afin de mettre en commun leurs compétences et de limiter ainsi les risques inhérents à leur ascension. Les membres du groupe ont alors créé une situation particulière qui faisait tacitement naître une obligation d'agir qui les obligeait pénalement à veiller les uns sur les autres tout au long de l'expédition et à tout mettre en œuvre pour assurer la protection de chacun.

166. Création d'un risque pour autrui

A de nombreuses reprises, la jurisprudence a en outre tacitement reconnu que la personne qui déploie une activité à risque se place dans une position qui l'oblige à agir en prenant les mesures adéquates lui permettant d'éviter que la source de danger ainsi créée ne cause une atteinte à autrui⁸³⁴.

Tel est d'abord le cas du fabricant de produits dangereux. La jurisprudence admet que le fabricant d'un produit dangereux peut être tenu pénalement responsable des atteintes que son produit cause à autrui en raison du manque d'informations données aux consommateurs⁸³⁵. Les juges ont par exemple condamné pour blessures par négligence « *le fabricant d'un produit insecticide de consommation courante, conditionné en bombe aérosol renfermant un propulseur inflammable (...), dont l'utilisation en intérieur a entraîné localement la formation d'une poche de gaz inflammable à l'origine de l'explosion* »⁸³⁶. Les juges ont reproché au fabricant d'avoir gravement enfreint les règles élémentaires d'information du consommateur, en ne fournissant pas les avertissements permettant d'avertir de la très grande inflammabilité du produit et du « *danger réel que pouvait constituer, après pulvérisation, la proximité d'une source de chaleur quelle qu'elle soit et non pas uniquement la pulvérisation du produit sur une flamme* »⁸³⁷. Dans le même sens, la Cour de cassation a confirmé la condamnation du

⁸³³ Trib. corr. Lyon, 6 septembre 1999, D. 2000. 200, note Molins.

⁸³⁴ PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., p. 177.

⁸³⁵ Voir par ex. Cass. crim., 9 mai 1977, bull. crim., n° 164 (condamnation d'un fabricant d'une machine dangereuse sans dispositif de protection); Cass. crim., 11 avril 1991, Dr. Pén., 1991. 279, RSC 1992. 72, obs. Levasseur (condamnation d'un fabricant d'aéronefs dont la ceinture de sécurité était inefficace); Cass. crim. 6 juin 1991, Dr. Pén. 1991. 279, RSC 1992 72 (fabricant de mousquetons avec une force de résistance insuffisante). Dans ce sens, voir J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, 8^e édition, 2020, p. 97, n° 78.

⁸³⁶ CA Amiens, 14 décembre 1995, JCP 1996. IV. 1743. Pour une espèce similaire relative à la livraison d'une substance dangereuse sans fournir une documentation complète permettant de mettre en garde de manière explicite et intelligible les utilisateurs, voir Trib. corr. Lyon, 20 novembre 1972, Gaz. Pal. 1973. 1. 3. Il en va encore de même dans une espèce relative à un vendeur de pièces d'artifices omettant de remettre aux acheteurs la notice explicative qui accompagne de tels engins: Cass. crim., 12 décembre 1952, Bull. crim. n° 306.

⁸³⁷ *Ibid.*

fabricant d'une boîte de jeu éducatifs pour blessures par négligence, en raison de l'existence parmi les éléments du jeu d'une ampoule en verre, contenant un produit chimique qui a explosé au visage d'un enfant⁸³⁸. Il lui est reproché de n'avoir pris aucune initiative pour avertir ses clients du danger, «*soit directement, soit par les voies modernes d'information*»⁸³⁹, alors même que le danger lui avait été révélé par des incidents déjà survenus dans les ateliers de fabrication, postérieurement à la mise sur le marché.

Ces exemples montrent que les fabricants de produit dangereux sont tenus d'une obligation d'agir qui les contraint à délivrer aux utilisateurs une information claire et précise en ce qui concerne les risques que présente leur produit. Ils doivent à cet égard préciser les conditions d'utilisation de leur produit et énoncer les précautions qui doivent être prises par les utilisateurs⁸⁴⁰. Lorsqu'un danger apparaît après la mise en vente du produit, ils sont également tenus de prévenir par tous moyens les utilisateurs du produit de l'existence de ce nouveau danger. Cette obligation d'informer peut ainsi vraisemblablement se déduire du risque que les fabricants créent en proposant un produit dangereux sur le marché, qui les oblige à agir pour limiter ce risque.

Tel est ensuite le cas du chef d'entreprise. La jurisprudence admet qu'un chef d'entreprise peut engager sa responsabilité pénale lorsqu'un dommage survient dans son entreprise en raison d'un manquement aux réglementations relatives à la sécurité et à l'hygiène, et ce, même lorsque que ce manquement résulte du fait de l'un de ses salariés⁸⁴¹. En cas d'accident, il peut alors être tenu pénalement responsable d'agissements qu'il n'a pas personnellement commis⁸⁴², si bien que la jurisprudence et la doctrine parlent parfois de responsabilité du fait d'autrui dans cette hypothèse⁸⁴³. En réalité, il s'agit bien d'une responsabilité personnelle qui se fonde sur l'omission du chef d'entreprise alors qu'une obligation d'agir lui incombait. Une telle obligation peut possiblement se déduire des risques créés dans le cadre de l'entreprise, qui obligent le chef d'entreprise à limiter les risques inhérents à ses activités en employant à cette fin tous les moyens dont il dispose compte tenu de ses fonctions. Il lui appartient notamment de mettre en œuvre les réglementations applicables à son domaine d'activité et de surveiller qu'elles sont rigoureusement respectées par ses

⁸³⁸ Cass. crim., 27 mai 1972, n° 71-91.935, D. 1972. 178, Gaz. Pal. 1972. 2. 719.

⁸³⁹ *Ibid.*

⁸⁴⁰ Y. MAYAUD, «Violences involontaires: applications et illustrations», *op. cit.*, n° 24.

⁸⁴¹ Cass. crim., 27 juillet 1970, n° 93-10.769; Cass. crim., 25 avril 1968, JCP 1969. II. 16100, note Puech; Cass. crim., 14 février 1967, n° 91-55.866, 17 oct. 1967, Bull. crim. n° 250, Gaz. Pal. 1967. 2. 290; Cass. crim., 28 février 1956, Bull. crim., n° 205, D. 1956. 391, JCP 1956. II. 9304, note Lestang et Cass. crim., 30 décembre 1892, S. 1894. I. 201, note Villey.

⁸⁴² E. LEMOINE, *La répression de l'indifférence sociale en droit pénal français*, L'Harmattan, 2002, p. 95.

⁸⁴³ Sur la question de la responsabilité du fait d'autrui, voir en particulier Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, Dalloz, 2003, p. 286.

salariés⁸⁴⁴. Par conséquent, tout manquement à la réglementation au sein de l'entreprise ne fait que révéler le propre manquement du chef d'entreprise à son obligation de surveillance: «le fait d'autrui n'est [ainsi] que l'expression de sa propre [omission] et joue comme révélateur de son propre fait»⁸⁴⁵. Cette hypothèse ne correspond donc pas à une responsabilité du fait d'autrui au sens du droit civil⁸⁴⁶ mais plutôt à une responsabilité personnelle en raison d'une abstention dans la surveillance du fait d'autrui⁸⁴⁷. L'appellation «responsabilité du fait d'autrui» a d'ailleurs été largement critiquée, notamment par la doctrine suisse⁸⁴⁸, qui lui reproche son caractère trompeur. Elle considère d'une part que cette appellation laisse faussement entendre que la responsabilité du chef d'entreprise prend sa source dans le fait d'autrui et, d'autre part, qu'elle ne met pas assez en évidence le fait que cette responsabilité réside essentiellement dans l'abstention du chef d'entreprise. En tout état de cause, il faut bien comprendre que la responsabilité du chef d'entreprise réside dans une responsabilité personnelle pour une omission en raison de l'obligation d'agir qui lui incombait.

167. Conclusion de la section 2

Le droit français réprime l'omission non intentionnelle de la même manière que la commission. Depuis l'arrêt de la Cour d'appel de Poitiers, la jurisprudence française rejette normalement toute équivalence entre commission et omission qui ne serait pas expressément prévue par la loi, en application du principe d'interprétation stricte de la loi pénale. Toutefois, une telle équivalence est admise en matière non intentionnelle grâce à la nature hybride des incriminations d'atteintes non intentionnelles à la personne, dont les termes peuvent couvrir tant des comportements de commission que d'omission⁸⁴⁹. Pour qu'une omission puisse être reprochée à un agent au titre de ces infractions, il faut que celui-ci se soit trouvé dans une position qui l'obligeait à agir. La jurisprudence et la doctrine françaises ne prennent cependant pas le soin de déterminer expressément l'existence d'une telle obligation d'agir et ont tendance, de manière pragmatique, à s'intéresser uniquement à la question de savoir si l'agent a agi avec toute la prudence et la diligence requise dans l'espèce. Pourtant, il s'agit bien de deux points différents: l'obligation préalable d'agir ne peut être confondue avec l'obligation de prudence, la première déterminant qui devait agir, alors que la seconde détermine si celui-ci a correctement agi. Il n'empêche que les raisonnements de la jurisprudence et de la doctrine françaises se fondent malgré tout tacitement sur une obligation

⁸⁴⁴ B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 358.

⁸⁴⁵ Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, op. cit., p. 286.

⁸⁴⁶ B. PEREIRA, «Responsabilité pénale», *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017, n° 49.

⁸⁴⁷ B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 358.

⁸⁴⁸ A. DAN, *Le délit de commission par omission*, op. cit., p. 202.

⁸⁴⁹ La sanction encourue en cas d'omission est alors la même que celle encourue en cas de commission.

d'agir. A l'examen de la jurisprudence, il apparaît que cette obligation d'agir, tout comme en droit suisse, peut vraisemblablement trouver sa source tant dans une loi ou un contrat que dans la prise de risque par un groupe ou la création d'un risque pour autrui. Ainsi, grâce à l'hybridité du texte français, l'omission non intentionnelle possède un seuil de la répression commun avec la commission non intentionnelle.

168. Conclusion du chapitre 2

En droits suisse et français, l'omission non intentionnelle peut être réprimée dans de nombreux cas bien qu'elle soit appréhendée de manière différente dans les deux systèmes. Le droit suisse a développé un système très approfondi, qui se fonde sur la notion d'obligation d'agir au sens de l'article 11 du Code pénal suisse⁸⁵⁰. Le droit français a mis en place une jurisprudence très pragmatique, qui joue sur l'ambivalence des termes du Code pénal⁸⁵¹.

Toutefois, cette différence ne doit pas être exagérée car les solutions des deux pays présentent de grandes ressemblances en établissant chacun un seuil de la répression commun à l'omission et à la commission en matière non intentionnelle. Le droit français se fonde en réalité tacitement sur des obligations d'agir qui sont similaires à celles qui existent en droit suisse⁸⁵². La doctrine française le reconnaît parfois⁸⁵³, bien que la notion d'obligation d'agir n'ait pas atteint en droit français le niveau de développement qu'elle a dans la doctrine suisse.

Ce désintérêt pour la réflexion sur l'obligation d'agir par les juristes français doit sans doute être déploré car le recours à une telle obligation permettrait d'apporter plus de clarté et de prévisibilité aux décisions en matière d'omission, de manière à savoir quand elle doit être réprimée comme la commission. Un tel recours à l'obligation d'agir permettrait d'une part de mieux identifier les personnes susceptibles d'engager leur responsabilité pour omission, et ce tout particulièrement en présence de situations complexes dans lesquelles la responsabilité de plusieurs personnes peut être envisagée en raison de leur omission. Il permettrait d'autre part, dans un contexte où l'on cherche souvent à désigner un coupable à tout prix⁸⁵⁴, de s'assurer que la punissabilité pour omission n'est pas étendue de manière injustifiée en dehors des hypothèses où il incombait effectivement à l'agent d'agir⁸⁵⁵. Cela permettrait de garantir une bonne ap-

⁸⁵⁰ L. MOREILLON, *L'infraction par omission*, *op. cit.*, p. 30.

⁸⁵¹ *Ibid.*

⁸⁵² *Ibid.*, p. 210.

⁸⁵³ Plusieurs auteurs parlent d'« obligation d'agir », tels que PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 177; P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, *op. cit.*, p. 70; R. OLLARD et F. ROUSSEAU, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 67; ou encore d'« obligation de faire » chez F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 398.

⁸⁵⁴ A. DAN, *Le délit de commission par omission*, *op. cit.*, p. 217.

⁸⁵⁵ *Ibid.*

plication du principe d'interprétation stricte de la loi dans le domaine des infractions de négligence par omission⁸⁵⁶.

169. Conclusion du titre 1

Le fait non intentionnel punissable est difficile à appréhender, que ce soit en ce qui concerne sa localisation dans la structure de l'infraction, l'identification de son degré psychologique, son incrimination – qui ne peut se faire que de manière large et ouverte – ou du traitement de l'omission.

L'analyse de ces difficultés a toutefois permis de dégager plusieurs éléments essentiels, communs aux droits suisse et français, qui serviront de fondement pour établir le seuil de la répression du fait non intentionnel.

Tout d'abord, l'imprudence et la négligence sont caractérisées par une volonté non tendue vers le résultat dommageable: l'auteur visait un objectif autre que le résultat, pour la réalisation duquel il a mis en œuvre certains moyens qui, en raison d'un manque de précaution, ont entraîné la survenance d'un résultat dommageable non désiré. Cela implique déjà que la survenance du même résultat avec les précautions requises ne doit pas être réprimée. Le seuil apparaît alors par contraste grâce à cette définition.

Ensuite, l'imprudence et la négligence sont traitées à des endroits similaires dans la structure de l'infraction, à savoir au stade de la typicité pour la doctrine suisse et à celui des éléments constitutifs de l'infraction pour la doctrine française. Surtout, dans les deux systèmes, la doctrine prend soin, lorsqu'elle traite du fait non intentionnel punissable, de ne pas séparer artificiellement ses aspects objectif et subjectif. Ces deux aspects doivent être appréhendés ensemble et sont indissociables car l'imprudence est toujours commise ... par imprudence! Le fait non intentionnel peut néanmoins être décomposé entre le comportement lui-même et le lien de causalité avec le dommage. Ces deux éléments constituent des variables du seuil de la répression et peuvent donc, selon comment ils sont appréciés, relever ou abaisser le seuil recherché.

En outre, il importe peu que le fait non intentionnel soit une omission ou une commission dès lors que l'agent imprudent avait une obligation d'agir dans la situation et qu'il l'a transgressée par son omission. Partant, omission et commission pourront être traitées sur un même pied car ils partagent un seuil de répression commun en matière non-intentionnelle.

⁸⁵⁶ Pour un avis similaire, voir M. GAND, *Du délit de commission par omission, essai de théorie pénale*, op. cit., p. 117 qui observe que « que c'est précisément la facilité que les tribunaux ont rencontrée à appliquer à l'omission qui leur paraissait punissable les dispositions de l'article 319, qui a détourné la doctrine et la jurisprudence française de la construction d'une théorie spéciale de la commission par omission ».

Enfin, le seuil de la répression ne pourra s'établir qu'en se fondant sur des textes d'incrimination ouverts en raison du caractère protéiforme de la délinquance non intentionnelle. Ce caractère ouvert appelle à l'interprétation. Il offre au juge pénal une marge de manœuvre très importante dans l'application du texte. Le rôle du juge est donc essentiel dans la fixation du seuil de la répression.

Sur la base de ces considérations, pour circonscrire le fait non intentionnel punissable et essayer d'établir le seuil de la répression en droit positif, il convient d'étudier les variables de cette répression, à savoir le comportement lui-même et le lien de causalité. Pour ce faire, l'analyse devra aller au-delà de la simple lettre des textes en recherchant comment ces deux variables sont effectivement appréciées par les juges et la doctrine. Or il est possible que l'absence de définition claire de ces éléments conduise en pratique à une appréciation extensive du fait non intentionnel punissable.

Titre 2 **Le caractère extensif des variables du fait non intentionnel punissable**

170. Affinement des éléments constitutifs des infractions non intentionnelles

Les éléments constitutifs des infractions d'atteinte non intentionnelle à la personne ont connu un mouvement d'affinement au cours du XX^e siècle, qui est «comparable à celui qu'avaient connu [les éléments des] infractions intentionnelles au siècle précédent»⁸⁵⁷.

171. Éléments constitutifs en droit suisse

En droit suisse, ils ont été principalement clarifiés grâce aux réflexions doctrinales et à la jurisprudence. Il existe désormais une telle abondance de conceptions dans la doctrine suisse, même parmi le seul courant finaliste, qu'il est souvent facile de se perdre dans les méandres des réflexions doctrinales. Chaque auteur a tendance à adopter une nomenclature qui lui est propre, ce qui peut parfois donner l'impression qu'il existe de «profondes divergences»⁸⁵⁸ entre eux. En réalité, ce sentiment s'explique par le fait qu'il est possible de caractériser de nombreuses façons le type des infractions de négligence: violation du devoir de diligence, prévisibilité, évitabilité, appréciation des circonstances, appréciation de la situation personnelle, imprévoyance interne et externe, imputation objective, causalité naturelle et adéquate, etc. Les auteurs n'hésitent pas à regrouper ces éléments de la manière qui convient le mieux à leur démonstration, avec pour conséquence que certaines composantes se retrouvent souvent, au moins pour partie, dénommées d'une manière différente⁸⁵⁹, le périmètre de l'une chez un auteur pouvant se recouper avec celui d'une autre chez un autre auteur. Dès lors, il ne s'agira pas ici de s'attarder sur les divergences terminologiques au sein de la doctrine mais

⁸⁵⁷ E. FORTIS, «Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit pénal», colloque sur *La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000*, Revue de science criminelle et de droit comparé, 2001, p. 737 et s.

⁸⁵⁸ B. CORBOZ, «Art. 12», *Commentaire romand, code pénal I*, dirigé par R. ROTH et L. MOREILLON, Helbing Lichtenhahn, 2009, p. 134.

⁸⁵⁹ *Ibid.*

plutôt de s'intéresser à l'essence des éléments qui constituent les variables du fait non intentionnel punissable.

172. Éléments constitutifs en droit français

En droit français, les éléments constitutifs de ces infractions ont été précisés à l'occasion de deux réformes successives, dont l'objet était «non seulement de cantonner le domaine d'application des [infractions] non intentionnelles, mais également de les définir de façon aussi mesurée que possible, afin d'éviter une répression excessive»⁸⁶⁰. Il s'agit d'abord de la loi du 13 mai 1996, relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence⁸⁶¹, qui est «à l'origine une simple retouche»⁸⁶² dans le but de préciser la méthode d'appréciation de la faute non intentionnelle. Il s'agit ensuite de la loi du 10 juillet 2000, tendant à préciser la définition des délits non intentionnels⁸⁶³, qui s'est montrée «plus innovante, [en modifiant] les éléments constitutifs des délits en cause et [en mettant] en place une répression plus sélective, destinée à ne plus sanctionner des fautes insignifiantes»⁸⁶⁴. Ces réformes ont conduit à ériger à un système complexe qui régit désormais la répression des imprudences en droit français.

173. Deux variables communes

Qu'il s'agisse du droit suisse ou du droit français, il est possible de retenir deux variables qui permettent de fixer le seuil de la répression de l'imprudence ou de la négligence avec plus ou moins de sévérité: le comportement de l'agent en lui-même d'une part et le lien de causalité d'autre part. Ces éléments, essentiels, courent le risque d'être appréciés de manière extensive par les juges répressifs. Or, plus ces éléments sont envisagés largement, plus le seuil de la répression pénale du fait non intentionnel se situe à un niveau bas et plus il est facile d'entrer en voie de condamnation au moindre dommage, alors qu'à l'inverse, plus ils sont conçus étroitement, plus le seuil est élevé et donc plus difficile à atteindre.

Il convient dès lors d'examiner ces deux variables successivement, en commençant par le comportement non intentionnel en lui-même, qui se trouve à l'origine du reproche pénal, (**Chapitre 1**) et en continuant avec le lien de causalité entre ce comportement et le dommage qu'il génère, lequel établit concrètement le caractère néfaste de l'imprudence ou de la négligence (**Chapitre 2**).

⁸⁶⁰ F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^e édition, 2009, p. 451.

⁸⁶¹ Loi n° 96-393 du 13 mai 1996, relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence.

⁸⁶² Y. MAYAUD, «Violences involontaires: théorie générale», *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2005, n° 52.

⁸⁶³ Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.

⁸⁶⁴ Y. MAYAUD, «Violences involontaires: théorie générale», *op. cit.*, n° 52.

Chapitre 1 Le comportement

174. Première variable

Le comportement non intentionnel constitue la première variable du seuil recherché. Malgré des différences notoires dans la définition de la non-intention punissable, les droits suisses et français font le choix commun d'incriminations qui saisissent largement la diversité des comportements non intentionnels blâmables (I). Il revient donc aux juges répressifs des deux ordres juridiques d'apprécier le comportement incriminé, ce qui peut conduire à des résultats différents (II).

Section 1 La définition du comportement non intentionnel

175. Définition en droits suisse et français

La définition du comportement non intentionnel est abordée, en droit suisse, au travers de la notion unique d'imprévoyance (I) et, en droit français, au travers de celle de faute d'imprudence, qui se subdivise en plusieurs catégories (II).

I La notion d'imprévoyance en droit suisse

176. Fondement textuel de l'imprévoyance

L'article 12 alinéa 3 du Code pénal suisse dispose qu'est négligent le comportement de la personne qui *« par une imprévoyance coupable, commet un crime ou un délit sans se rendre compte des conséquences de son acte ou sans en tenir compte »*. Le texte précise que *« l'imprévoyance est coupable quand l'auteur n'a pas usé des précautions commandées par les circonstances et par sa situation personnelle »*⁸⁶⁵.

Comme cela a été montré dans le titre précédant⁸⁶⁶, la première phrase de cet article sert essentiellement à présenter les deux formes de négligence, qui se distinguent par le fait que dans un cas l'auteur avait conscience du danger et pas dans l'autre. Cette distinction, qui n'a pas d'incidence directe sur la punissabilité, ne délivre en réalité aucun critère permettant de déterminer si un comportement est ou non négligent.

⁸⁶⁵ Version allemande de l'art. 12 § 3 CPS: *« Fahrlässig begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt. Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist »*.

⁸⁶⁶ Voir 1^{re} partie, titre 1, chapitre 1, section 1, II, A, 2: La forme consciente ou inconsciente, n° 97.

Toutefois, cette première phrase précise que l'une et l'autre de ces formes de négligence doivent être réalisées «*par une imprévoyance coupable*», dont la définition est le fondement des incriminations d'atteinte à la personne par négligence. C'est pour cette raison qu'il est fréquent de trouver, dans les arrêts et la littérature suisses, l'emploi indifférent des termes de «négligence» (*Fahrlässigkeit*) ou d'«imprévoyance» (*Unvorsichtigkeit*). Ces deux termes définissent en réalité un même comportement prohibé et ne se distinguent que par le fait que le terme de négligence comprend en plus la présentation de ses deux formes. Pour appréhender la définition du comportement négligent visé à l'article 12 alinéa 3, il convient donc de se référer à la notion d'imprévoyance⁸⁶⁷.

177. Imprévoyance «coupable»

Il existe une nuance de traduction dans la façon de caractériser l'imprévoyance prohibée dans le Code pénal suisse. Les textes en langues française et italienne exigent que l'imprévoyance soit «*coupable*» (*colpevole*) alors que la version en langue allemande utilise l'adjectif «*pfllichtwidrig*», qui signifie contraire au devoir⁸⁶⁸.

Il existe donc un décalage terminologique entre les versions, qui permet d'expliquer pourquoi une grande partie de la doctrine en langue latine est restée plus longtemps attachée – et s'attache parfois encore – à la vision causaliste de l'action. En effet, la version romande laisse planer un doute sur l'emplacement de la négligence au sein de la structure dogmatique⁸⁶⁹ de l'infraction en rattachant l'imprévoyance – caractéristique de la négligence – à la culpabilité, notion qui se trouve également être le troisième élément du triptyque de l'infraction suisse (*Schuld*)⁸⁷⁰. Toutefois, ce raisonnement consistant à établir un tel lien avec la culpabilité (*Schuld*) nous semble largement erroné car la suppression de toute référence à la culpabilité (*Schuld*) dans le titre marginal du nouvel article 12 témoigne justement d'une volonté du législateur de prendre ses distances avec la conception causaliste de l'action. Cette terminologie ambiguë n'est d'ailleurs pas présente dans la version en langue allemande, qui préfère exiger de l'imprévoyance qu'elle soit contraire au devoir⁸⁷¹. Ce choix a le mérite de la clarté et autorise dès lors à prendre de la distance avec la doctrine causaliste pour lui préférer l'approche finaliste.

C'est ainsi que, à la lumière de la version en langue allemande, l'emploi du terme «*coupable*» de la version en langue française de l'article 12 alinéa 3 ne doit pas être compris au sens de la culpabilité (*Schuld*) – car autrement la version allemande aurait

⁸⁶⁷ M. CARRARD, «La responsabilité pénale en matière d'accident du travail», *Revue pénale suisse*, tome 104, 1987, p. 283

⁸⁶⁸ B. CORBOZ, «Art. 12», *op. cit.*, p. 148.

⁸⁶⁹ Terme habituellement employé en Suisse romande qui signifie doctrinal.

⁸⁷⁰ B. CORBOZ, «L'homicide par négligence (art. 117 CP)», *Les infractions en droit suisse*, Stämpfli, 3^e édition, 2010, p. 77.

⁸⁷¹ B. CORBOZ, «Art. 12», *op. cit.*, p. 148.

expressément qualifié l'imprévoyance de « *schuldig* » – mais doit être compris de manière autonome, comme une imprévoyance contraire au devoir.

Cette traduction malheureuse a toutefois eu des conséquences dans la terminologie de la doctrine latine, puisqu'il n'est pas rare aujourd'hui d'y trouver, y compris parmi les finalistes, des auteurs qui se réfèrent à la notion de faute (*culpa*)⁸⁷² pour désigner les éléments de la typicité – terminologie dont les raisonnements en langue allemande se sont complètement détachés⁸⁷³.

Quel que soit l'adjectif utilisé pour la qualifier, c'est l'imprévoyance, telle que définie dans la deuxième phrase de l'article 12 alinéa 3, qui détermine quel est le comportement prohibé.

178. Approche linguistique de l'imprévoyance

Selon l'article 12 alinéa 3, l'imprévoyance se définit par le fait de ne pas user des « *précautions commandées* ».

De nouveau, cette définition a fait l'objet de subtiles nuances selon les versions linguistiques de ce texte. Cela explique probablement les « différences d'approche sensibles »⁸⁷⁴ qu'il est possible de constater dans la jurisprudence et la doctrine suisses entre l'approche en langues française et italienne d'une part et celle en langue allemande d'autre part. Dans les versions latines, l'imprévoyance renvoie au fait pour l'auteur de ne « *pas avoir usé des précautions commandées* », c'est-à-dire de ne pas avoir pris les dispositions « pour éviter un mal (en particulier un accident) ou en atténuer l'effet »⁸⁷⁵. Cette terminologie conduit par conséquent la jurisprudence et la doctrine à s'interroger sur les mesures de précaution qu'il convenait de prendre⁸⁷⁶. Il n'est ainsi pas étonnant qu'une place prépondérante soit accordée au devoir de prudence et de diligence dans les doctrines romande et italianophone pour définir l'imprévoyance.

La version alémanique, quant à elle, utilise le terme « *Vorsicht* ». Il n'y a ici aucune erreur de traduction, puisque le terme « *Vorsicht* » signifie bien la prudence, la précaution. Toutefois, en allemand, la base lexicale de ce terme « suggère fortement le verbe *vorsehen* »⁸⁷⁷, qui signifie prévoir. C'est la raison pour laquelle la précaution est généralement appuyée sur la notion de prévisibilité dans la pensée germanique, dans laquelle elle apparaît comme un « *leitmotiv* »⁸⁷⁸. Dans les écrits alémaniques, la notion d'imprévoyance insiste de ce fait davantage sur ce que l'auteur savait ou aurait dû savoir.

⁸⁷² *Ibid.*

⁸⁷³ *Ibid.*

⁸⁷⁴ *Ibid.*, p. 147.

⁸⁷⁵ *Ibid.*

⁸⁷⁶ *Ibid.*

⁸⁷⁷ *Ibid.*

⁸⁷⁸ *Ibid.*, p. 148.

Ces nuances permettent d'expliquer pourquoi les arrêts ne recourent pas toujours en Suisse à une terminologie uniforme, ce qui introduit un certain flou terminologique dans la doctrine. Il n'est pas rare que la jurisprudence ou les auteurs emploient indifféremment les notions d'imprévoyance ou de violation du devoir de diligence pour désigner un même comportement négligent⁸⁷⁹. Les deux se recoupent puisque l'imprévoyance doit de toute manière être contraire au devoir dans la version allemande (*Pflichtwidrig*), devoir qui ne peut être que de diligence, ce qui ramène à l'acception romande. Bien que cela semble contredire le principe de rigueur scientifique selon lequel un sens ne devrait correspondre qu'à un terme particulier, il convient de ne pas s'offusquer de ce manque d'orthodoxie en droit suisse car il permet en contrepartie aux deux cultures linguistiques de doter l'arsenal législatif d'une vraie richesse terminologique et conceptuelle pour appréhender le comportement négligent malgré sa nature par essence mouvante et protéiforme.

179. Imprévoyance interne et externe

Au-delà de ces questions terminologiques, il s'agit donc véritablement d'un problème de définition du comportement imprévoyant: que faut-il entendre par imprévoyance ou par violation du devoir de diligence? Pour déterminer ce qu'est un comportement qui ne respecte pas les précautions commandées au sens de l'article 12 alinéa 3 du Code pénal suisse, il est d'usage en droit suisse de distinguer entre les volets interne et externe de l'imprévoyance – ou du devoir de diligence.

180. Imprévoyance interne (1)

L'imprévoyance interne – ou partie subjective de la violation du devoir de diligence – se réfère à la prévisibilité (*Voraussehbarkeit*)⁸⁸⁰. L'auteur doit avoir pu prévoir les conséquences dommageables possibles de son comportement. Il importe peu que l'auteur ait pu anticiper le déroulement des événements de la manière exacte dont ils se sont effectivement déroulés⁸⁸¹. Il doit simplement avoir été en mesure d'envisager, au moins dans les grandes lignes, la survenance du résultat⁸⁸². A l'inverse, si la personne ne pouvait pas prendre conscience de l'imminence du danger, il n'existe aucun acte

⁸⁷⁹ Pour des exemples d'assimilation des deux notions, voir PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, Stämpfli, 2^e édition mise à jour par B. STRÄULI, 1995, p. 224 et J. HURTADI POZO, *Droit pénal, partie générale*, Schulthess, 2008, p. 435.

⁸⁸⁰ M. DUPUIS et L. MOREILLON, «Art. 117», *Petit commentaire CP*, Helbing Lichtenhahn, 2^e édition, 2017, p. 776 et S. TRECHSEL et M. JEAN-RICHARD, «Art. 12», *Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar*, dirigé par S. TRECHSEL et M. PIETH, Dike, 3^e édition, 2018, p. 77 et S. TRECHSEL, P. NOLL et M. PIETH, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, Schulthess, 7^e édition, 2017, p. 267.

⁸⁸¹ C. FAVRE, M. PELLET et P. STAUDMANN, «Art. 12», *Code pénal*, éditions Bis et Ter, 3^e édition, 2011, p. 47.

⁸⁸² ATF 133 IV 158; ATF 127 IV 62 et ATF 127 IV 34. Voir également M. DUPUIS et L. MOREILLON, «Art. 117», *op. cit.*, p. 776.

répréhensible⁸⁸³ car «nul n'est tenu d'adopter un comportement propre à prévenir un risque imprévisible»⁸⁸⁴. L'inverse conduirait à une responsabilité purement objective, ce qui est indéfendable en droit pénal. La Professeure SABINE GLESS illustre la notion de prévisibilité avec l'exemple d'un fil relié à un engin explosif sans qu'on puisse le voir⁸⁸⁵. Si quelqu'un provoque une explosion simplement par le fait de toucher ce fil, cette personne ne commet aucune négligence dès lors qu'elle n'avait aucune raison de penser qu'un acte aussi anodin provoquerait une telle explosion⁸⁸⁶. Il est important de souligner que la notion d'imprévoyance interne est surtout nécessaire dans l'hypothèse de la négligence inconsciente, dans laquelle il importe de savoir si l'auteur, qui par définition n'avait pas conscience du risque, aurait dû en avoir conscience. En cas de négligence consciente, l'auteur a justement prévu le résultat mais a tout de même adopté le comportement en comptant sur sa bonne étoile, c'est-à-dire en espérant que ce résultat ne se réaliserait pas. Dans cette configuration, il n'est donc pas nécessaire de démontrer l'imprévoyance interne puisque l'auteur a, par définition, prévu le dommage – ce qui démontre qu'il était prévisible. L'imprévoyance se limite alors au volet externe.

181. Imprévoyance externe (2)

L'imprévoyance externe – ou partie objective de la violation du devoir de diligence – correspond quant à elle, au comportement que l'auteur aurait dû adopter dans le monde extérieur pour éviter que le résultat ne se réalise⁸⁸⁷. Selon la conception finaliste, chaque individu doit observer, dans le cadre de ses activités, un certain degré de contrôle final (*Finalsteuerung*) sur l'enchaînement causal extérieur qu'il provoque, c'est-à-dire déployer tous les efforts d'intelligence et d'attention qui peuvent être attendus de sa part⁸⁸⁸ pour éviter une atteinte à un bien juridique, même s'il ne s'agit que d'un effet secondaire⁸⁸⁹. Lorsque ce contrôle final est défaillant, l'agent est considéré comme ayant agi avec une certaine légèreté d'esprit blâmable, sans prendre les précautions que la situation exigeait de lui⁸⁹⁰. Pour déterminer cela, il est notamment possible de vérifier le respect des mesures de sécurité prescrites dans le domaine d'activité concerné – que ces prescriptions de sécurité soient étatiques ou non. Le respect des précautions commandées doit de surcroît être en mesure d'éviter la survenance du

⁸⁸³ S. GLESS, E. SILVERMAN et T. WEIGEND, «If robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability», *New criminal law review*, 2016, vol. 19, N° 3, p. 412 et s.

⁸⁸⁴ B. CORBOZ, «L'homicide par négligence (art. 117 CP)», *op. cit.*, p. 186.

⁸⁸⁵ S. GLESS, E. SILVERMAN et T. WEIGEND, «If robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability», *op. cit.*, p. 412 et s.

⁸⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁸⁷ B. CORBOZ, «Art. 12», *op. cit.*, p. 159.

⁸⁸⁸ B. CORBOZ, «L'homicide par négligence (art. 117 CP)», *op. cit.*, p. 147.

⁸⁸⁹ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, thèse, Zurich, 1962, p. 189.

⁸⁹⁰ B. CORBOZ, «Art. 12», *op. cit.*, p. 135 et 147.

dommage selon toute vraisemblance⁸⁹¹; il s'agit de la condition de l'évitabilité (*Vermeidbarkeit*). Ainsi, si en dépit des mesures prises, les circonstances extérieures rendent inévitable la survenue du dommage, l'auteur ne pourra pas être considéré comme imprévoyant⁸⁹².

182. Unicité de l'imprévoyance

Au fond, les volets interne et externe de l'imprévoyance sont liés et constituent en réalité les deux facettes d'une même médaille, dans la mesure où l'agent ne peut adapter son comportement aux mesures de prudence requises dans la situation que si le résultat était prévisible, comme le rappelle la formule allemande «*Gefahr erkannt, Gefahr gebannt*», qui signifie «danger reconnu, danger écarté». La première face de l'imprévoyance alimente donc la seconde, de telle sorte que plus le résultat est prévisible, plus l'obligation s'impose pour l'auteur de prendre en retour les mesures de précaution permettant d'éviter qu'il ne se réalise⁸⁹³. La prévisibilité joue donc un rôle essentiel dans la détermination concrète des mesures de précaution qu'il convenait d'adopter⁸⁹⁴.

Finalement, l'imprévoyance se présente comme une notion incontournable du droit suisse pour décrire le comportement non intentionnel incriminé. Il s'agit néanmoins d'une notion extrêmement large dont l'appréciation par les juges pourrait se faire de manière extensive. En droit français, ce comportement non intentionnel est décrit à travers la notion de faute d'imprudence, qu'il convient à présent d'examiner.

II La notion de faute d'imprudence en droit français

183. Émergence de la faute d'imprudence

La faute d'imprudence se présente comme élément mouvant et complexe du droit pénal français⁸⁹⁵, qui n'est pas toujours facile à définir de manière satisfaisante⁸⁹⁶. Elle s'est ramifiée avec le temps pour donner naissance à plusieurs catégories de fautes. Incontournable, elle se présente aujourd'hui comme un élément essentiel pour établir le seuil de la répression du fait non intentionnel en droit français.

⁸⁹¹ S. TRECHSEL et M. JEAN-RICHARD, «Art. 12», *op. cit.*, p. 78 et M. DUPUIS et L. MOREILLON, «Art. 117», *op. cit.*, p. 777.

⁸⁹² J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, p. 209.

⁸⁹³ B. CORBOZ, «Art. 12», *op. cit.*, p. 158.

⁸⁹⁴ *Ibid.*, p. 159.

⁸⁹⁵ M.-C. SORDINO, *Droit pénal général*, Ellipses, 6^e édition, 2016, p. 138. Voir également S. MOHAMMADI, *La notion juridique de faute dans les accidents: un concept à géométrie variable*, thèse, Paris, 2014.

⁸⁹⁶ V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, thèse, Bordeaux, 1991, p. 372 et X. PIN, «La notion de faute en droit pénal (121-3 = 0?)», *Droit pénal le temps des réformes*, LexisNexis, 2011, p. 95.

Sous l'ancien Code pénal, la faute d'imprudence ne faisait l'objet d'aucune disposition générale⁸⁹⁷ et était seulement mentionnée dans les deux textes d'incrimination spéciaux de l'homicide⁸⁹⁸ et des blessures non intentionnelles⁸⁹⁹. Le Code pénal de 1992, entré en vigueur le 1^{er} mars 1994, a consacré pour la première fois une disposition générale relative à la faute d'imprudence à l'article 121-3, auquel renvoient les textes d'incrimination des infractions non intentionnelles⁹⁰⁰. Cette disposition a ensuite été précisée deux années plus tard, par une loi du 13 mai 1996⁹⁰¹.

184. Ancienne conception unitaire

Jusqu'alors, la faute d'imprudence était considérée comme «une faute uniforme, c'est-à-dire toujours identique à elle-même»⁹⁰², qui comprenait une série de manifestations traditionnellement appréhendées comme synonymes⁹⁰³: «*maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements*»⁹⁰⁴.

Les pénalistes analysaient alors la faute d'imprudence en se fondant sur l'idée de prévisibilité, en considérant que commettait une telle faute celui qui aurait «pu ou dû envisager les conséquences»⁹⁰⁵ dommageables de son comportement et qui, n'y ayant pas «[porté] attention, [a] négligé de prendre les précautions indispensables ou utiles»⁹⁰⁶ que la situation commandait.

Cette acception de la faute ne se prêtait alors à aucune «diversité de degré»⁹⁰⁷, ce qui avait pour conséquence que «toutes ses manifestations [étaient] soumises aux mêmes

⁸⁹⁷ P. BONFILS et M. GIACOPELLI, *Droit pénal général*, Cujas, 3^e édition, 2021, p. 135, n° 209.

⁸⁹⁸ Art. 319 CP de 1810: «*Quiconque, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, aura commis involontairement un homicide, ou en aura involontairement été la cause, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans, et d'une amende de cinquante francs à six cents francs*».

⁸⁹⁹ Art. 320 CP de 1810: «*S'il n'est résulté du défaut d'adresse ou de précaution que des blessures ou coups, l'emprisonnement sera de six jours à deux mois, et l'amende sera de seize francs à cent francs*».

⁹⁰⁰ *Ibid.*

⁹⁰¹ Loi n° 96-393 du 13 mai 1996, relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence.

⁹⁰² Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, Presses universitaires de France, 7^e édition, 2021, p. 314.

⁹⁰³ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel*, vol. 2 – *L'infraction et la responsabilité*, Larcier, 4^e édition, 2021, p. 204, n° 454.

⁹⁰⁴ Cette liste a d'abord été énumérée à l'art. 319 CP de 1810, puis à l'art. 221-6 CPF de 1994, seule l'expression «*inobservation des règlements*» ayant évolué en «*manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement*».

⁹⁰⁵ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, tome 3, *Droit pénal spécial*, 1^{re} partie, Cujas, 1982, p. 1427.

⁹⁰⁶ *Ibid.*

⁹⁰⁷ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel*, vol. 2 – *L'infraction et la responsabilité*, *op. cit.*, p. 203.

peines et [qu'aucune] distinction n'était faite afin d'en varier le régime sur le critère de sa gravité»⁹⁰⁸.

Cette conception unitaire de la faute d'imprudence se rapprochait alors étroitement de celle du comportement négligent en droit suisse.

185. Instauration d'une conception dualiste

La loi du 10 juillet 2000⁹⁰⁹, dite la loi Fauchon, est revenue sur cette conception unitaire en instaurant une hiérarchisation des fautes d'imprudence à l'article 121-3 du Code pénal français. Elle met en place une distinction entre les fautes simples et les fautes qualifiées, qui reprend le principe de la division entre imprudence inconsciente et consciente⁹¹⁰, en considérant, contrairement au droit suisse, que la seconde est une manifestation d'imprudence plus grave que la première⁹¹¹.

Plus fondamentalement, cette loi instaure surtout un régime particulier propre à la faute simple et à la faute qualifiée, selon lequel «la responsabilité pénale d'une personne physique nécessite une gravité de la faute inversement proportionnelle à la proximité de ses conséquences dommageables»⁹¹². Autrement dit, il est désormais plus facile d'engager la responsabilité pénale d'une personne physique en cas de faute qualifiée que de faute simple, puisque dans l'hypothèse d'une faute qualifiée, un lien de causalité seulement indirect avec le dommage suffit à engager la responsabilité de l'agent alors que, dans l'hypothèse d'une faute simple, il est nécessaire de démontrer l'existence d'un lien de causalité direct avec le dommage. Cette réforme ne s'applique toutefois pas aux personnes morales, dont la responsabilité pénale continue à pouvoir être engagée quelle que soit la faute commise, indifféremment du lien de causalité.

Quoi qu'il en soit, la faute d'imprudence présente donc maintenant «deux visages»⁹¹³, qu'il convient de présenter successivement, en examinant d'abord la faute simple (A) et ensuite la faute qualifiée (B).

⁹⁰⁸ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 314.

⁹⁰⁹ Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.

⁹¹⁰ E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 6^e édition, 2021, p. 724.

⁹¹¹ Pour une explication en langue allemande de la réforme française du 10 juillet 2000, voir F. PFEFFERKORN, *Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit im französischen und deutschen Recht*, Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften, Cologne, 2006, p. 118 et s.

⁹¹² P. KOLB et L. LETURMY, *Cours de droit pénal général*, Gualino, 7^e édition, 2022, p. 188, n° 863.

⁹¹³ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, Cujas, 2013, p. 59.

A La faute simple

186. Définition de la faute simple

La faute simple, également appelée faute ordinaire, constitue la faute non intentionnelle la plus courante⁹¹⁴. Elle est prévue à l'article 121-3 alinéa 3 du Code pénal français qui se contente d'en viser les principales manifestations sans en donner de véritable définition⁹¹⁵. Cet alinéa dispose ainsi qu' « *il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement (...)* ». Bien que cette formulation s'avère assez maladroite, elle témoigne du souhait du législateur de donner une large acception à la faute simple⁹¹⁶.

En toute logique, la tâche de donner une définition générale à la faute simple est donc revenue à la doctrine. Selon elle, la faute simple correspond « à un relâchement de la vigilance, à une inadvertance coupable »⁹¹⁷. Elle « implique le non-respect d'une certaine discipline sociale »⁹¹⁸ : l'agent « fait preuve d'indiscipline car [il] viole une règle de prudence qui s'imposait à [lui] ou néglige de prendre les précautions qu'[il] aurait normalement dû respecter »⁹¹⁹. Cette indiscipline doit permettre de caractériser « une certaine indifférence de l'agent vis-à-vis du groupe dans lequel il vit »⁹²⁰ « qui justifie une réprobation morale »⁹²¹. Dans tous les cas, la faute simple doit seulement être l'expression d'une anomalie blâmable, « sans se doubler d'une gravité particulière ou accentuée »⁹²².

A partir des termes du troisième alinéa de l'article 121-3 du Code pénal français, il est ainsi possible de dégager deux formes de faute simple⁹²³ : l'une fondée sur la violation de la loi ou du règlement, et l'autre qui ne l'est pas. Bien que ces deux formes soient placées sur le même plan, il convient de les distinguer⁹²⁴.

187. Faute simple fondée sur la violation de la loi ou du règlement

En premier lieu, la faute simple peut prendre la forme d'un manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement. Les juges doivent

⁹¹⁴ M.-C. SORDINO, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 139.

⁹¹⁵ E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 725.

⁹¹⁶ *Ibid.*

⁹¹⁷ X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, 14^e édition, 2023, p. 232, n° 216. Dans le même sens, voir J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 22^e édition, 2019, p. 485.

⁹¹⁸ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 453.

⁹¹⁹ *Ibid.*

⁹²⁰ M.-C. SORDINO, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 139.

⁹²¹ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 453.

⁹²² Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, Dalloz, 2003, p. 121.

⁹²³ J. PRADEL, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 493.

⁹²⁴ *Ibid.*

alors «relever l'existence d'une telle obligation et constater que celle-ci n'a pas été respectée par l'agent dans son comportement»⁹²⁵.

Il s'agit d'une part d'une obligation de prudence ou de sécurité, ce qui signifie que la norme législative ou réglementaire doit imposer une obligation de faire ou de ne pas faire dans un objectif de prudence ou de sécurité. C'est le cas de nombreuses obligations légales ou réglementaires qui existent dans le domaine de la circulation routière, de la sécurité du travail, de la médecine ou encore des activités sportives⁹²⁶. Cette obligation de prudence et de sécurité ne doit pas être confondue avec l'obligation préalable d'agir qui a été identifiée dans le cadre de l'omission⁹²⁷: alors que l'obligation préalable d'agir permet seulement de désigner la ou les personnes à qui il incombait d'agir en cas d'abstention, l'obligation de prudence et de sécurité permet quant à elle de décrire de quelle manière il convenait de se comporter dans toutes les hypothèses où elle est applicable.

Il s'agit d'autre part d'une obligation qui doit trouver sa source dans la loi ou le règlement. La loi du 10 juillet 2000⁹²⁸ est venue préciser la portée de la source réglementaire en substituant l'expression «le règlement» à l'ancienne expression «les règlements»⁹²⁹. Cette modification «a eu pour but de limiter les fautes aux manquements à des obligations prévues par l'autorité réglementaire, au sens du droit constitutionnel et [d'exclure] celles qui résulteraient de la violation d'obligations inscrites, par exemple, dans des règlements intérieurs d'entreprises»⁹³⁰. Toutefois, il est possible de s'interroger sur la portée pratique de cette modification pour la faute simple dès lors que la violation d'une obligation de prudence ou de sécurité, «quelle que soit la nature juridique de la réglementation qui en est à l'origine, constitue [le plus souvent] une imprudence ou une négligence»⁹³¹, ce qui correspond à l'autre forme de faute simple.

188. Faute simple non fondée sur la violation de la loi ou du règlement

En second lieu, la faute simple rassemble des hypothèses très variées d'action ou d'abstention, dont le dénominateur commun se trouve, comme en droit suisse, dans

⁹²⁵ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel*, vol. 2 – *L'infraction et la responsabilité*, op. cit., p. 208, n° 455.

⁹²⁶ *Ibid.*

⁹²⁷ Voir 1^{re} partie, titre 1, chapitre 2, section 2, II: Le fondement tacite d'une obligation d'agir, n° 159 et s.

⁹²⁸ Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.

⁹²⁹ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, op. cit., p. 190.

⁹³⁰ J.-Y. MARÉCHAL, «Art. 121-3, l'élément moral de l'infraction», *JurisClasseur Pénal code*, LexisNexis, 2019, n° 66.

⁹³¹ F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 454. Dans le même sens, voir X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 233, n° 216.

la notion d'imprévoyance⁹³²: l'auteur aurait pu ou dû prévoir les conséquences dommageables de son comportement⁹³³.

Au sens strict, la faute simple d'imprudence s'entend ainsi d'une commission qui vise l'hypothèse dans laquelle l'agent aurait pu ou dû connaître les dangers qu'implique son comportement mais ne soumet pas sa conduite aux précautions que la situation commande⁹³⁴. La faute simple de négligence constitue quant à elle le pendant de la faute simple en matière d'omission. Elle correspond à l'hypothèse dans laquelle l'agent aurait pu ou dû connaître les dangers que présente une situation et s'abstient de prendre les mesures de précautions qu'il lui incombe de prendre.

Certains auteurs complètent parfois la description de la faute simple en se référant aux comportements additionnels qui sont énumérés dans les textes spéciaux incriminant l'homicide et les blessures non intentionnels, à savoir la maladresse et l'inattention. Toutefois, la maladresse et l'inattention ne sont en réalité que des émanations, respectivement, de l'imprudence et de la négligence. Il n'est donc pas nécessaire de chercher à leur donner un sens autonome. L'énumération des textes spéciaux se révèle ainsi «plus descriptive de [l'imprévoyance] sanctionnée que [véritablement] sélective de modalités tranchées ou séparées»⁹³⁵.

Que la faute simple soit fondée ou non sur une violation de la loi ou du règlement, elle est donc envisagée d'une manière très large, qui englobe l'ensemble des comportements présentant une gravité modérée. À côté de la faute simple, le législateur a créé une autre catégorie de faute, plus grave, que la doctrine désigne habituellement sous le nom de faute qualifiée.

B La faute qualifiée

189. Faute grave

La faute qualifiée constitue une faute non intentionnelle plus exceptionnelle et plus grave que la faute simple. Elle prend sa source dans la loi du 10 juillet 2000⁹³⁶, qui a ajouté un quatrième alinéa à l'article 121-3 du Code pénal français. Cet alinéa vise

⁹³² P.-Y. VERKINDT, *L'imprudence et la négligence collectives: essai sur les quasi-délits et sur le délit pénal d'imprudence dans les situations complexes*, thèse, Lille, 1988, p. 185. Pour des arrêts se référant à la notion de prévisibilité, voir par ex. Cass. crim., 12 décembre 2000, n° 00-83.099 (relatif à l'absence de prévisibilité qu'un hélicoptère se perde dans la zone où un câble a été installé) et Cass. crim., 5 janvier 2000, n° 99-81.817 (relatif à la prévisibilité d'une avalanche en matière de constructions en montagne).

⁹³³ F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 451. Dans le même sens, voir F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, thèse, Poitiers, 2006, p. 128.

⁹³⁴ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, op. cit., p. 190.

⁹³⁵ Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, op. cit., p. 120.

⁹³⁶ Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.

deux hypothèses de faute qualifiée⁹³⁷: d'une part, la faute délibérée, dont la gravité est la plus élevée⁹³⁸ (1) et, d'autre part, la faute caractérisée dont la gravité est intermédiaire⁹³⁹ (2).

1 La faute délibérée

190. Définition de la faute délibérée

Aux termes de l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal français, la faute délibérée est définie comme le fait de «*violer de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement*».

Tout comme la première forme de faute simple, la faute délibérée correspond ainsi à la violation d'une obligation de prudence ou de sécurité qui trouve sa source dans la loi ou le règlement. Le terme règlement doit également s'entendre ici au sens constitutionnel du terme⁹⁴⁰. Outre ce fondement commun avec la première forme de faute simple, le législateur a attribué deux caractéristiques supplémentaires à la faute délibérée.

191. Obligation particulière (1)

Tout d'abord, le texte précise que l'obligation doit présenter un caractère particulier et non général⁹⁴¹. La doctrine considère qu'une obligation est particulière lorsqu'elle «*impose un modèle de conduite circonstanciée précisant très exactement l'attitude à avoir dans telle ou telle situation*»⁹⁴² et que ce modèle est «*insusceptible d'appréciation individuelle*»⁹⁴³. C'est par exemple le cas de l'article 34 de la délibération n° 91-013 AT du 17 janvier 1991, qui impose, «*lorsque les techniques le permettent, le captage à la source des émissions, sous forme de gaz, vapeurs ou aérosols de particules solides ou liquides, de substances insalubres, gênantes ou dangereuses pour la sécurité des travailleurs*»⁹⁴⁴. À l'inverse, tel n'est pas le cas des lois du 18 septembre 1937

⁹³⁷ La notion de faute qualifiée n'apparaît pas dans le Code pénal mais a été formulée par la doctrine pour des raisons pédagogiques. E. RASCHEL, *Droit pénal*, Ellipses, CRFPA, 2022, fiche 6, II, B.

⁹³⁸ A. D'HAUTEVILLE, «Les transformations de la faute pénale», *Le nouveau Code pénal 10 ans après*, dirigé par D. THOMAS, Pedone, 2005, p. 6 et 11.

⁹³⁹ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, *op. cit.*, p. 286.

⁹⁴⁰ M.-C. SORDINO, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 152.

⁹⁴¹ J.-Y. MARÉCHAL, «Art. 121-3, l'élément moral de l'infraction», *op. cit.*, n° 86.

⁹⁴² M. PUECH, «De la mise en danger d'autrui», *Recueil Dalloz*, 1994, p. 153 et s.

⁹⁴³ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel*, vol. 2 – *L'infraction et la responsabilité*, *op. cit.*, p. 215, n° 458.

⁹⁴⁴ Cass. crim., 25 juin 2013, n° 12-81.820, Dalloz actualité, 12 septembre 2013, obs. Le Drévo. Pour un auteur qui considère que la «distance sociale» à respecter entre les personnes dans les transports peut constituer une obligation particulière pouvant fonder la faute délibérée, voir L. GAMET, «Droit pénal et exposition fautive des salariés au coronavirus», *La semaine juridique sociale*, n° 9, 2021, p. 1056 et s., n° 15.

et du 10 juillet 1989, qui ne font qu'énoncer un principe général de responsabilité des enseignants à l'égard de leurs élèves pour l'ensemble des activités scolaires, sans prescrire d'obligation particulière⁹⁴⁵. Cette précision textuelle nous semble toutefois superfétatoire, dans la mesure où elle est de toute manière également sous-entendue dans la définition de la faute simple qui est fondée sur la violation d'une loi ou d'un règlement. En réalité, seule une obligation particulière peut prescrire à un individu le comportement qu'il doit suivre pour garantir la prudence et la sécurité de son activité. Si l'obligation est générale, comme c'est le cas de l'obligation pour l'enseignant de surveiller ses élèves, elle ne donne alors aucune indication sur le comportement qu'il lui revient d'adopter. Dès lors, elle constitue de fait non pas une obligation de prudence ou de sécurité mais une obligation préalable d'agir qui désigne le titulaire de la tâche à accomplir⁹⁴⁶. Elle ne permet alors pas en elle-même d'évaluer la qualité de l'action de l'agent mais invite le juge, pour ce faire, à se référer à d'autres normes qui prévoient des obligations particulières ou plus largement au devoir général de prudence⁹⁴⁷.

192. Violation manifestement délibérée (2)

Ensuite, et c'est là la caractéristique essentielle, il est exigé que l'obligation ait été violée « *de façon manifestement délibérée* ». Cela signifie que l'agent doit avoir « sciemment recherché le manquement à l'obligation particulière qui s'imposait à lui »⁹⁴⁸ : il avait connaissance de la norme ou du moins il ne pouvait pas raisonnablement l'ignorer⁹⁴⁹ et en dépit de cela, il a orienté sa volonté vers la réalisation du comportement interdit⁹⁵⁰. La faute délibérée n'en reste pas moins une faute non intentionnelle car la vo-

⁹⁴⁵ Cass. crim., 10 décembre 2002, n° 02-81.415, Dr. Pén. 2003. 45 (2° arrêt), obs. Véron, RSC 2003. 332, obs. Mayaud. Voir également Cass, crim., 16 mars 2021, n° 20-81.316, D. 2021. 578; AJ pénal 2021. 210; RSC 2021. 380, obs. Cerf-Hollender concernant le caractère général et non particulier de l'obligations de l'art. R. 4532-11, al. 2 CTF qui dispose que le coordonnateur exerce sa mission sous la responsabilité du maître d'ouvrage. Voir encore Cass. AP., 20 janvier 2023, n° 22-82.535 ainsi que l'explication de G. CHETARD, « Covid-19 et risques causés à autrui : ministère particulier cherche obligation particulière de prudence et de sécurité », *Le journal des accidents et des catastrophes*, n° 224, 2023.

⁹⁴⁶ Voir 1^{re} partie, titre 1, chapitre 2, section 2, II: Le fondement tacite d'une obligation d'agir, n° 159 et s.

⁹⁴⁷ Dans ce sens, voir. Cass. crim., 16 mars 2021, n° 20-81.316, RSC 2021. 380, obs. Cerf-Hollender. Cet arrêt énonce que l'article R. 4532-11 al. 2 CT, disposant que le coordinateur « *exerce ses missions sous la responsabilité du maître d'ouvrage* », n'édicte aucune obligation particulière de prudence ou de sécurité. Ce texte n'énonce en réalité qu'une obligation générale d'agir pour le maître d'ouvrage.

⁹⁴⁸ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, *op. cit.*, p. 199.

⁹⁴⁹ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel*, vol. 2 – *L'infraction et la responsabilité*, *op. cit.*, p. 216 et s, n° 458.

⁹⁵⁰ J.-Y. MARÉCHAL, « Art. 121-3, l'élément moral de l'infraction », *op. cit.*, n° 87. Pour un article qui s'interroge sur la possibilité de retenir une telle faute à la voiture autonome, voir J.-C PLANQUE, « Robotom delinquere potest? L'intelligence artificielle et la responsabilité pénale », *Droit pénal*, Lexis Nexis, n° 6, 2022, étude 14, n° 16.

lonté de l'agent se limite ici à la seule violation de la règle de prudence ou de sécurité et ne s'oriente en aucun cas vers la réalisation du résultat dommageable lui-même⁹⁵¹. Tel est le cas par exemple du chef d'entreprise qui refuse de mettre une machine dangereuse en conformité avec la réglementation de sécurité afin de réaliser des économies, sans toutefois vouloir «qu'un salarié soit blessé ultérieurement en utilisant cette machine»⁹⁵².

La faute délibérée constitue ainsi la manifestation d'une «forme d'hostilité»⁹⁵³ de l'imprudent vis-à-vis de la norme violée, ce qui rend en conséquence cette faute plus grave et plus dangereuse que les autres fautes non intentionnelles⁹⁵⁴.

193. Portée aggravante de la faute délibérée

Outre l'article 121-3 du Code pénal français, la faute délibérée est aussi directement visée par les textes d'incrimination des infractions d'homicide et de violences non intentionnelles, dans lesquels elle est envisagée comme une cause d'aggravation de la peine encourue, tant pour les personnes physiques que morales⁹⁵⁵. En procédant à une telle aggravation, le législateur prend ainsi en considération dans cette hypothèse «la gravité de la faute non intentionnelle (...) pour fixer la mesure de la répression de l'infraction, qui ne dépend [alors] plus uniquement de la gravité du dommage»⁹⁵⁶.

La faute délibérée fait alors «monter d'un ou de plusieurs niveaux la répression sur l'échelle des qualifications»⁹⁵⁷. Il en va ainsi en cas de mort de la victime, où la peine encourue passe selon l'article 221-6 du Code pénal français de 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende à 5 ans et 75 000 euros. De même, l'article 221-19 prévoit que la peine encourue en cas d'incapacité totale de travail (ITT) supérieure à trois mois est portée de 2 ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende à 3 ans et 45 000 euros. L'aggravation est encore plus marquée en ce qui concerne les ITT inférieures ou égales à trois mois, car la peine prévue par l'article 222-20 n'est alors plus l'amende correspondant aux contraventions de cinquième classe mais une peine délictuelle d'un an d'emprisonnement et 1 500 € d'amende. Enfin, lorsque le dommage ne

⁹⁵¹ E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 743 et J.-Y. MARÉCHAL, «Art. 121-3, l'élément moral de l'infraction», *op. cit.*, n° 87.

⁹⁵² J.-Y. MARÉCHAL, «Art. 121-3, l'élément moral de l'infraction», *op. cit.*, n° 87.

⁹⁵³ D. COMMARET, «La loi du 10 juillet 2000 et sa mise en œuvre par la chambre criminelle de la Cour de cassation», *Gaz. Pal.* 12-13 avril 2002, p. 3 et s.

⁹⁵⁴ A. D'HAUTEVILLE, «Les transformations de la faute pénale», *op. cit.*, p. 6.

⁹⁵⁵ Dans ce sens, voir notamment Cass. crim., 27 mars 2018, n° 17-82.455 qui précise que «l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal n'a pas pour objet de limiter l'imputation de l'infraction de blessures involontaires par violation manifestement délibérée d'une obligation de sécurité aux personnes physiques».

⁹⁵⁶ F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 466.

⁹⁵⁷ Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, *op. cit.*, p. 143.

cause aucune ITT, l'article R.625-3 prévoit que l'amende encourue n'est plus celle correspondant aux contraventions de deuxième classe mais à celles de cinquième classe. La faute délibérée génère donc une augmentation systématique de la peine encourue.

194. Tableau présentant l'aggravation des peines en cas de faute délibérée

Domage	Peine encourue de référence	Peine encourue en cas de faute délibérée
Mort	3 ans et 45 000 € (Art. 221-6 al. 1)	5 ans et 75 000 € (Art. 221-6 al. 2)
ITT > 3 mois	2 ans et 30 000 € (Art. 221-19 al. 1)	3 ans et 45 000 € (Art. 221-19 al. 2)
ITT ≤ 3 mois	Contravention de 5 ^e classe 1 500 € (Art. R.625-2)	1 an et 15 000 € (Art. 222-20)
Domage sans ITT	Contravention de 2 ^e classe 35 € (Art. R.622-1)	Contravention de 5 ^e classe 1 500 € (Art. R.625-3)

195. Difficulté d'interprétation

Les textes d'incrimination de l'homicide et des blessures non intentionnels se réfèrent doublement à la faute délibérée: d'une part, ils renvoient à l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal français, qui envisage la faute délibérée comme une condition constitutive de ces infractions et, d'autre part, ils visent directement la faute délibérée en tant que cause d'aggravation de la peine. L'articulation de ces textes d'incrimination avec l'article 121-3 du Code pénal français n'a rien d'évident et a suscité des hésitations en doctrine⁹⁵⁸.

D'aucuns se sont étonnés que la lecture combinée de ces textes puisse laisser penser que «la même faute implique, tout à la fois, la culpabilité de son auteur et l'alourdissement des peines par lui encourues»⁹⁵⁹. Or, une telle présentation semble contraire au principe *ne bis in idem* tel que l'interprète la Cour de cassation, selon lequel il est interdit de qualifier un même comportement à la fois en tant qu'élément constitutif, pour établir le seuil de la répression, et en tant que circonstance aggravante, pour alourdir la peine encourue⁹⁶⁰. Il en résulterait une incohérence entre les textes spéciaux et

⁹⁵⁸ Y. MAYAUD, «Violences involontaires: théorie générale», *op. cit.*, n° 238.

⁹⁵⁹ PH. CONTE, «Le lampiste et la mort», *Droit pénal*, N° 1, 2001, chron. 2, n° 9.

⁹⁶⁰ Cass. crim., 20 février 2002, n° 00-81.093. Cet arrêt affirme que la mort de la victime ne peut être retenue à la fois comme constitutive de l'assassinat et comme circonstance aggravante de la séquestration. Dans ce sens, voir R. OLLARD et F. ROUSSEAU, *Droit pénal spécial*, Bréal, 2^e édition, 2015, p. 69. Au sujet de la règle *ne bis in idem*, voir J. LELIEUR, *La règle ne bis in idem, du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive, étude à la lumière des droits français, allemand et européen*, thèse, Paris, 2005, p. 24.

l'article 121-3 du Code pénal français. Cette lecture a alors conduit à envisager un stratagème qui permet de ramener ces textes à la cohérence en recourant à un raisonnement par anticipation. Il revient à considérer que pour pouvoir retenir l'aggravation de la faute délibérée, il faut préalablement qu'une autre faute non intentionnelle que la faute délibérée ait été retenue au titre des éléments constitutifs de l'infraction⁹⁶¹. Cette faute peut ainsi être soit une faute simple fondée sur la violation d'une loi ou d'un règlement lorsqu'il s'agit d'un auteur direct ou d'une personne morale, soit une faute caractérisée lorsqu'il s'agit d'un auteur indirect⁹⁶². La répression est ainsi assurée sans qu'il y ait d'obstacle à retenir la faute délibérée en tant que circonstance aggravante pour le prononcé de la peine⁹⁶³.

Ce raisonnement astucieux peut paraître séduisant. Toutefois, il n'est pas pleinement satisfaisant dans la mesure où il conduit à appréhender systématiquement la faute délibérée comme une circonstance aggravante et jamais comme un élément constitutif pour fixer le seuil de la répression. Une telle approche ne semble pas tout à fait conforme à l'esprit de l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal français puisque celui-ci envisage expressément la faute délibérée comme un élément constitutif des infractions non intentionnelles lorsque le lien de causalité est indirect.

Une mise au point par le «père» de la réforme a finalement permis d'éclaircir cette question⁹⁶⁴. En réalité, le législateur a simplement voulu prévoir des peines différenciées en fonction de la faute retenue au titre des éléments constitutifs, sans que la peine plus élevée en cas de faute délibérée doive être considérée comme une aggravation de l'infraction initiale⁹⁶⁵. Le juge doit ainsi d'abord caractériser librement la faute constitutive de l'infraction – qui peut être une faute délibérée que la causalité soit directe ou indirecte. Il doit ensuite appliquer la peine correspondant à la faute qu'il a retenue: s'il a retenu une faute simple ou une faute caractérisée, la peine encourue est celle de référence, à l'inverse, s'il a retenu une faute délibérée, la peine encourue est celle dont le *quantum* est plus élevé⁹⁶⁶. Grâce à cette approche, l'esprit de l'article 121-3 du Code pénal français se trouve préservé, dès lors que la faute délibérée peut de nouveau à la fois être

⁹⁶¹ PH. CONTE, «Le lampiste et la mort», *op. cit.*, n° 10.

⁹⁶² R. OLLARD et F. ROUSSEAU, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 70.

⁹⁶³ Pour la présentation d'une solution alternative, voir E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 748 et s.

⁹⁶⁴ P. FAUCHON, «Le professeur et le législateur», *Droit pénal*, N° 5, 2001, p. 22 et s.

⁹⁶⁵ F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 469 et Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, *op. cit.*, p. 142. Dans ce sens voir également M. RECOTILLET, «La chambre criminelle fait une application rigoureuse de l'article 222-20 du code pénal», *Dalloz actualité*, juillet 2022, qui explique que l'article 222-20 CPF relatif aux blessures causées par une faute délibérée s'applique bien de manière autonome, sans référence à une faute caractérisée.

⁹⁶⁶ E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 749.

constitutive de l'infraction non intentionnelle et alourdir la peine de l'auteur d'une telle faute⁹⁶⁷. Cette approche a de surcroît été confirmée par la pratique⁹⁶⁸.

En définitive, en dépit d'une rédaction maladroite de ces textes⁹⁶⁹, le dispositif lié à la faute délibérée se révèle cohérent⁹⁷⁰ et permet de mettre en évidence la gravité particulière de cette première catégorie de faute qualifiée. Le législateur a en outre prévu une seconde catégorie de faute qualifiée permettant d'engager la responsabilité de l'auteur indirect, qui n'aggrave pas la peine encourue mais relève de conditions moins strictes que la faute délibérée⁹⁷¹: il s'agit de la faute caractérisée.

2 La faute caractérisée

196. Avènement de la faute caractérisée

La faute caractérisée se présente comme une nouvelle catégorie de faute non intentionnelle qui a été consacrée au quatrième alinéa de l'article 121-3 du Code pénal français par loi du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels⁹⁷².

Cette catégorie de faute était initialement absente de la proposition de loi adoptée en première lecture par le Sénat, qui n'envisageait que l'hypothèse de la faute délibérée en cas de causalité indirecte⁹⁷³. Lors de sa première lecture, l'Assemblée nationale a souhaité qu'une seconde catégorie de faute qualifiée soit envisagée à côté de la faute délibérée, de telle sorte que d'autres comportements particulièrement graves puissent continuer à engager la responsabilité pénale des auteurs indirects, sans toutefois que leur responsabilité pénale ne soit aggravée. Elle a ainsi proposé un amendement en ce sens, qui ajoute une hypothèse visant les personnes physiques qui ont commis « une faute d'une exceptionnelle gravité exposant autrui à un danger qu'elles ne pouvaient ignorer »⁹⁷⁴. La

⁹⁶⁷ Le raisonnement par anticipation reste toutefois vraisemblablement applicable en ce qui concerne l'imprudence des conducteurs et des propriétaires de chien ayant entraîné un dommage afin de pouvoir retenir les circonstances aggravantes prévues aux art. 221-6-1 et 221-6-2 CPF. Dans ce sens, voir par ex. Cass. crim., 22 juin 2016, n° 15-81.725, Dalloz actualité, 1^{er} juillet 2016, obs. Goetz.

⁹⁶⁸ Entretiens menés avec des Présidents de chambre correctionnelle.

⁹⁶⁹ PH. CONTE, «Le lampiste et la mort», *op. cit.*, n° 8 et Y. MAYAUD, «Violences involontaires: théorie générale», *op. cit.*, n° 238.

⁹⁷⁰ P. FAUCHON, «Le professeur et le législateur», *op. cit.*

⁹⁷¹ F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 469.

⁹⁷² Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.

⁹⁷³ P. FAUCHON, *Rapport n° 177, sur la proposition de loi tendant à préciser la définition des délits non intentionnels*, fait au nom de la commission des lois, Sénat, déposé le 20 janvier 2000.

⁹⁷⁴ R. DOSIÈRE, *Rapport n° 2266, sur la proposition de loi adoptée par le Sénat tendant à préciser la définition des délits non intentionnels*, fait au nom de la commission des lois, Assemblée nationale, déposé le 30 janvier 2000.

rédaction initiale s'inspirait alors largement de la définition donnée par la jurisprudence⁹⁷⁵ de la faute inexcusable en droit social⁹⁷⁶.

Cette première définition a ensuite fait l'objet de deux modifications avant l'entrée en vigueur de la loi⁹⁷⁷. D'abord, un amendement du gouvernement est revenu sur l'expression «*faute d'une exceptionnelle gravité*», qui était considérée comme trop forte, ce qui risquait de laisser croire qu'une telle faute ne pourrait être retenue «que dans des hypothèses si exceptionnelles qu'il en résulterait dans de nombreux cas [de causalité indirecte] des impunités choquantes»⁹⁷⁸. C'est la raison pour laquelle cette expression a été remplacée par celle de «faute caractérisée», qui permet réduire encore «le degré de qualification nécessaire pour qu'une faute puisse engager la responsabilité pénale»⁹⁷⁹ d'un auteur indirect. Ainsi est née la faute «caractérisée», jusqu'ici entièrement inconnue tant dans la jurisprudence que dans la doctrine⁹⁸⁰. Ensuite, dans ce même amendement, le Gouvernement a proposé que l'expression «*exposant autrui*» soit remplacée par l'expression plus explicite «*en ce qu'elle expose autrui*». Cette proposition n'a toutefois pas été retenue par le Sénat, qui lui a préféré l'expression «*et qui exposait autrui*»⁹⁸¹. Les parlementaires ont justifié ce choix par le fait que «l'expression *en ce qu'elle*» insérée entre la faute et le risque revenait (...) à lier l'appréciation de la faute à ses conséquences dommageables, alors que le souci partagé des deux assemblées [était], précisément, que la faute soit désormais jugée pour ce qu'elle est, et non au regard d'incidences par définition aléatoires»⁹⁸². Dès lors, une faute non intentionnelle ne peut pas être considérée comme caractérisée simplement parce qu'elle a exposé autrui à un risque grave, mais elle doit en outre présenter elle-même un certain degré de gravité⁹⁸³.

Désormais, la version finale de l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal français vise les personnes physiques qui ont «*commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer*». La faute caractérisée doit être définie (a) avant de présenter sa vocation supplétive (b).

⁹⁷⁵ Sur la faute inexcusable, voir L. 452-1 CSP. Voir également Cass. soc., 15 juillet 1941, n° 00-26.836: «*la faute inexcusable (...) doit s'entendre d'une faute d'une gravité exceptionnelle, dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que devrait en avoir son auteur, de l'absence de toute cause justificative et se distinguant par le défaut d'un élément intentionnel*».

⁹⁷⁶ P. FAUCHON, *Rapport n° 177, op. cit.*

⁹⁷⁷ R. DOSIÈRE, *Rapport n° 2528, sur la proposition de loi, adoptée avec modifications par le Sénat en deuxième lecture, tendant à préciser la définition des délits non intentionnels*, fait au nom de la commission des lois, Assemblée nationale, déposé le 30 juin 2000.

⁹⁷⁸ *Ibid.*

⁹⁷⁹ *Ibid.*

⁹⁸⁰ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal, op. cit.*, p. 286.

⁹⁸¹ *Texte n° 154 (1999-2000)*, adopté par le Sénat, 28 juin 2000.

⁹⁸² R. DOSIÈRE, *Rapport n° 2528, op. cit.*

⁹⁸³ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal, op. cit.*, p. 287.

a *La définition de la faute caractérisée*

197. Question prioritaire de constitutionnalité

En dépit de ces précisions textuelles, la définition de la faute caractérisée *lato sensu* n'en reste pas moins délicate à cerner, si bien que la Cour de cassation a été saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), qui interrogeait notamment la conformité de la faute caractérisée aux principes constitutionnels de nécessité et de légalité des délits et des peines. Par un arrêt du 24 septembre 2013, la chambre criminelle de la Cour de cassation a toutefois refusé de transmettre cette question au Conseil constitutionnel, en estimant qu'elle ne présentait pas, «à l'évidence, un caractère sérieux dès lors (...) que la disposition critiquée, qui laisse au juge le soin de qualifier des comportements que le législateur ne peut énumérer a priori de façon exhaustive, est rédigée en des termes suffisamment clairs et précis pour permettre que son interprétation se fasse sans risque d'arbitraire»⁹⁸⁴. En se prononçant de cette manière, la Cour confirme ainsi, au sujet de la faute caractérisée, le caractère constitutionnel du recours à des dispositions ouvertes, dès lors qu'un tel procédé est inévitable pour décrire la faute non intentionnelle.

C'est donc à la jurisprudence et à la doctrine qu'est revenue la charge de définir plus précisément ce qu'il convient d'entendre par faute caractérisée *lato sensu*. Conformément à la volonté du législateur, il apparaît que deux conditions, «indépendantes et cumulatives»⁹⁸⁵, doivent être réunies pour pouvoir retenir une faute caractérisée: «d'une part, l'existence d'une faute, à qualifier d'une certaine façon [et], d'autre part, le fait que cette faute expose autrui à un risque [particulier]»⁹⁸⁶.

198. Degré de qualification

Il faut tout d'abord que soit commise une faute remplissant un certain degré de qualification. Pour établir ce critère, la doctrine s'inspire généralement des descriptions fournies dans les travaux parlementaires. Elle considère, bien évidemment, que cette faute ne doit pas seulement être une faute d'imprudence «ordinaire, simple, fugace ou fugitive»⁹⁸⁷. Au contraire, il doit s'agir d'une faute «lourde»⁹⁸⁸, qui revêt un «caractère bien marqué»⁹⁸⁹, «un degré de gravité indéniable»⁹⁹⁰, de manière à être «révé-

⁹⁸⁴ Cass. crim., 24 septembre 2013, n° 12-87.059, D. 2013. 2443, note Hennion-Jacquet, AJ pénal 2013. 605, obs. Lacroix, Dr. Pén. 2013. 163, obs. Maron et Haas et 168, obs. Véron, JCP 2013. 1176, note Detraz, Gaz. Pal. 2013. 2. 3051, note Mésa.

⁹⁸⁵ W. AYED, *La responsabilité pénale des décideurs publics pour infractions non intentionnelles*, thèse, Paris, 2008, p. 308.

⁹⁸⁶ J. -D. NUTTENS, «La loi Fauchon du 10 juillet 2000 ou la fin de la confusion de la faute civile et de la faute pénale d'imprudence», *Gazette du Palais*, n° 279, 2000, p. 7.

⁹⁸⁷ *Ibid.*

⁹⁸⁸ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Presses universitaires de France, 10^e édition, 2022, p. 121, n° 203.

⁹⁸⁹ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel*, vol. 2 – *L'infraction et la responsabilité*, *op. cit.*, p. 220, n° 459.

⁹⁹⁰ J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, 8^e édition, 2020, p. 93, n° 73.

latrice d'une désinvolture évidente de son auteur»⁹⁹¹. Il s'agit donc d'une faute qui, sans se confondre avec la faute délibérée, s'en rapproche toutefois pour ce qu'elle représente d'imprudence inadmissible⁹⁹².

199. Gravité particulière du risque

Il faut ensuite que cette faute ait exposé autrui à un risque d'une gravité particulière. Cette gravité peut en principe se déduire de deux éléments: d'une part, la nature du risque en ce que celui-ci doit exposer «un tiers à un risque mortel ou invalidant»⁹⁹³ et, d'autre part, «sa plus ou moins grande probabilité de réalisation»⁹⁹⁴. Toutefois, le dommage occasionné par la réalisation de ce risque ne nécessite pas quant à lui de revêtir une gravité particulière, et peut même se révéler insignifiant, comme c'est le cas lorsqu'il s'agit d'atteintes contraventionnelles⁹⁹⁵.

200. Connaissance du risque

L'auteur de la faute doit enfin ne pas avoir pu ignorer le risque. Les juges considèrent généralement que cette condition est remplie lorsque, aux vues des circonstances de l'espèce, l'agent connaissait ou était en mesure de connaître le risque auquel il exposait autrui⁹⁹⁶.

201. Connaissance effective (1)

D'une part, il peut ainsi s'agir d'une connaissance effective du risque. Cette condition sera alors remplie «lorsqu'il apparaîtra des faits de l'espèce que la personne connaissait effectivement le risque auquel elle exposait des tiers, mais également lorsque cette personne ne sera pas en mesure de démontrer, malgré les présomptions de fait résultant des circonstances, qu'elle ignorait totalement l'existence d'un tel risque ou qu'elle avait des motifs de l'ignorer»⁹⁹⁷. L'étude de la jurisprudence montre que les juges ont tendance à retenir cette connaissance effective du risque dans trois hypothèses.

Premièrement, le risque peut être connu du fait que l'agent a été personnellement prévenu de son existence ou qu'il avait connaissance de la survenance antérieure d'acci-

⁹⁹¹ PH. CONTE, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 6^e édition, 2019, p. 55.

⁹⁹² Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, *op. cit.*, p. 145.

⁹⁹³ J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 93, n^o 73.

⁹⁹⁴ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel*, vol. 2 – *L'infraction et la responsabilité*, *op. cit.*, p. 220, n^o 459.

⁹⁹⁵ E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 734. Notons néanmoins qu'en pratique, lorsque le risque a causé une atteinte importante à autrui, les juges répressifs déduisent le plus souvent la particulière gravité de ce risque du résultat lui-même. Dans ce sens, voir A. ZOUHAL, *Le risque en droit pénal*, Lextenso, L.G.D.J., tome 71, 2021, p. 370 et s.

⁹⁹⁶ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel*, vol. 2 – *L'infraction et la responsabilité*, *op. cit.*, p. 221, n^o 459.

⁹⁹⁷ *Ibid.*

dents en raison de la même cause⁹⁹⁸. Ainsi, dans une espèce où un enfant a été écrasé par une buse en béton, la Cour de cassation a considéré que le maire avait eu connaissance du risque qu'encourait autrui, dès lors qu'il avait été personnellement informé de la dangerosité de ces buses, qui se trouvaient sur une aire de jeu, sans aucun dispositif de scellement⁹⁹⁹. Il en va de même dans une autre espèce, dans laquelle une personne s'est fracturé deux vertèbres après s'être, en plongeant, heurté la tête contre un muret immergé séparant deux bassins, qui n'était pas signalé à l'extérieur. La Cour de cassation a considéré que le maire avait connaissance du risque de blessures grave qui émanait de l'absence de signalisation de ce muret, dès lors qu'un accident similaire était survenu à ce même endroit trois semaines auparavant¹⁰⁰⁰.

Deuxièmement, la connaissance du risque peut découler de son évidence particulière¹⁰⁰¹. La Cour de cassation a ainsi admis que l'occupant d'un appartement avait nécessairement connaissance du risque de provoquer une fuite de gaz susceptible de faire exploser son immeuble lorsqu'il a demandé à son cousin, non professionnel, de changer un tuyau de gaz alors même que son installation n'avait pas été vérifiée¹⁰⁰². La Cour de cassation a pareillement estimé que la personne en charge de la surveillance d'une activité nautique avait nécessaire connaissance du risque de noyade qu'il faisait courir aux enfants en les laissant jouer à faire chavirer leur *surfbike*, alors que l'usage normal de ce vélo aquatique est comparable à la pratique du cyclisme mais sur l'eau¹⁰⁰³.

Troisièmement, la connaissance du risque peut être déduite de la formation et de l'expérience professionnelle de l'agent¹⁰⁰⁴. Tel est par exemple le cas du garagiste qui prête à une personne un véhicule équipé de pneumatiques trop usagés, contribuant ainsi à la survenance d'un accident mortel. Les juges ont ainsi considéré que le prévenu, par sa profession, avait connaissance des graves dangers que faisait courir l'utilisation de pneumatiques lisses¹⁰⁰⁵. Tel est encore le cas de l'hypothèse de l'agent qui

⁹⁹⁸ A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, Presses universitaires de France, 6^e édition, 2015, p. 118.

⁹⁹⁹ Cass. crim., 2 décembre 2003, n° 03-83.008.

¹⁰⁰⁰ Cass. crim., 22 janvier 2008, n° 07-83.877, Dr. Pén. 2008. 43, obs. Véron.

¹⁰⁰¹ J. PRADEL, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 492.

¹⁰⁰² Cass. crim., 18 novembre 2008, n° 08-81.361, RSC 2009. 94, obs. Mayaud, D. 2009. 1320, note Joseph-Ratineau.

¹⁰⁰³ Cass. crim., 24 mars 2009, n° 08-83.001, *Juris tourisme* 2010. 120. 44, obs. Pérès.

¹⁰⁰⁴ J. PRADEL, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 492. Dans ce sens, voir par ex. Cass. crim., 11 février 2003, n° 02-85.810, D. 2003. 1660, obs. Mathieu, RSC. 2003. 801, obs. Giudicelli-Delage, *Gaz. Pal.* 2004. 2.2888, obs. Ponselle, et Cass. crim., 5 mars 2002, n° 01-86.053 concernant tous deux le chef d'une entreprise. Voir également Cass. crim., 13 novembre 2002, n° 01-88.643, n° 01-88.643, RSC 2003. 337, obs. Mayaud, concernant un agent technique forestier.

¹⁰⁰⁵ Cass. crim., 4 février 2003, n° 02-81.392, Dr. Pén. 2003. 71, obs. Véron.

prend part à une activité qui dépasse ses propres compétences et expose ainsi autrui à un risque qu'il ne peut ignorer. La Cour de cassation a par exemple confirmé que commet bien une faute caractérisée le médecin qui prend en charge «une pathologie relevant d'une spécialité étrangère à sa qualification dans un établissement ne disposant pas des équipements nécessaires»¹⁰⁰⁶.

202. Connaissance requise (2)

D'autre part, il peut s'agir d'un risque dont la connaissance était exigée de la part de l'agent. En visant le risque que l'agent ne pouvait ignorer, le texte implique également le fait qu'il incombe à la personne à l'origine du risque «de tout faire pour ne pas le méconnaître»¹⁰⁰⁷ et pour s'informer des mesures permettant d'en éviter la réalisation. Ainsi, à partir du moment où l'agent était en mesure, dans les circonstances de l'espèce, d'avoir connaissance du risque créé, son ignorance ne peut alors plus lui servir de moyen de défense contre le reproche d'une faute caractérisée mais devient au contraire la manifestation de cette faute¹⁰⁰⁸. La faute reste consciente dans la mesure où l'agent avait précisément conscience de la nécessité de s'informer à propos de ce risque. Ce cas de figure est alors traité de la même manière que celui où l'agent avait une connaissance effective du risque. Il en va ainsi par exemple dans une espèce où un petit garçon a été tué la tête coincée sous le volet roulant de la porte du garage, au domicile de ses parents. Une faute caractérisée a été retenue à l'encontre du gérant de la société commercialisant les dits volets car il a créé un risque pour autrui qu'il n'aurait pas dû ignorer en exerçant «son activité commerciale sans s'informer des règles élémentaires de sécurité et des normes applicables aux produits qu'il vendait»¹⁰⁰⁹.

203. Faute consciente

Quelle qu'en soit l'hypothèse, la faute caractérisée se présente donc comme une faute d'imprudence consciente puisque sa définition requiert de l'agent de ne pas avoir pu ignorer le risque auquel il exposait autrui. L'agent a ainsi conscience de la possibilité que son comportement cause un dommage à autrui mais il choisit de persévérer malgré tout dans son attitude, tout en espérant que le risque ne se réalise pas¹⁰¹⁰.

204. Extension jurisprudentielle de la faute caractérisée

La jurisprudence a en outre admis une extension de cette définition de la faute caractérisée, en considérant, au mépris du principe d'interprétation stricte de la loi pénale,

¹⁰⁰⁶ Cass. crim., 23 octobre 2012, n° 11-85.360, Gaz. Pal. janvier 2013. 14, note Merckx, Dr. Pén. 2013. 3, obs. Véron.

¹⁰⁰⁷ Y. MAYAUD, «Violences involontaires: théorie générale», *op. cit.*, n° 260.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*, n° 261.

¹⁰⁰⁹ Cass. crim., 29 juin 2010, n° 09-84.439, AJ pénal 2010. 553, obs. Lasserre Capdeville.

¹⁰¹⁰ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel*, vol. 2 – *L'infraction et la responsabilité*, *op. cit.*, p. 215, n° 458.

qu'une accumulation d'imprudences ou de négligences simples par une même personne permettait également de constituer une faute caractérisée¹⁰¹¹.

Cette lecture jurisprudentielle de la faute caractérisée s'avère surprenante car elle revient à dire que la faute caractérisée, qui est une faute d'imprudence consciente, peut être établie en se fondant sur la seule existence d'une pluralité de fautes d'imprudence inconscientes, indépendamment de toute considération sur la prévision du résultat. Selon l'appréciation des juges, beaucoup d'«inconscience» peut donc donner soudainement lieu à une forme de «conscience» chez l'auteur du dommage¹⁰¹².

Cette interprétation audacieuse a eu pour effet de consacrer une solution que le législateur de la loi du 10 juillet 2000¹⁰¹³ n'avait pas prévue, selon laquelle l'auteur indirect qui commet plusieurs fautes simples peut désormais voir sa responsabilité pénale engagée sous le couvert de la faute caractérisée, alors même que la commission d'une faute simple, prise isolément, ne saurait suffire à engager sa responsabilité pénale¹⁰¹⁴. La solution jurisprudentielle se révèle dès lors plus sévère que celle qui avait été décidée initialement par le législateur, abaissant par là même le seuil de la répression en cas de fautes simples multiples.

C'est par exemple ce qu'a confirmé la Cour de cassation dans une espèce où le gérant d'une entreprise de maintenance ferroviaire a été condamné pour homicide par imprudence après qu'un salarié est décédé, la tête prise entre les tampons de deux wagons. La Cour de cassation a ainsi approuvé les juges du fond qui ont établi l'existence d'une faute caractérisée à l'encontre du gérant de l'entreprise en raison d'une accumulation de manquements dans la sécurisation du poste de travail de la victime. Parmi ces manquements, les juges ont relevé, notamment, que les wagons étaient propulsés vers la victime, chargée de les arrimer, selon un procédé dangereux, que le chef de manœuvre ne pouvait pas contrôler la position de la victime et enfin qu'il n'existait aucun moyen de communication efficace avec la victime, le klaxon destiné à annoncer l'arrivée des wagons ne fonctionnant plus depuis plusieurs années. Dès lors, c'est à juste titre selon la Cour de cassation que l'ensemble de ces éléments a conduit les juges du fond à considérer que la victime avait été placée dans une situation d'une grande dangerosité que le gérant ne pouvait ignorer au

¹⁰¹¹ X. PIN, «La non-intention est-elle vraiment l'exception?», *Le nouveau Code pénal vingt ans après, état des questions*, dir. par L. SAENKO, L.G.D.J., 2014, p.93 et F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal, op. cit.*, p. 290.

¹⁰¹² X. PIN, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 237, n° 219. Ce constat confirme la théorie proposée par L. LARGUIER, «Théorie des ensembles et qualification pénale», *Mélanges Chavanne*, 1989, p. 109 et s.

¹⁰¹³ Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.

¹⁰¹⁴ D. GUIHAL, «Art. 221-6 à 221-7, atteintes involontaires à la vie», *JurisClasseur Pénal code*, LexisNexis, 2012, n° 76.

sens de la faute caractérisée¹⁰¹⁵. C'est encore ce qu'a décidé la Cour de cassation dans une autre espèce où des armateurs ont été condamnés pour homicide par imprudence en raison du naufrage de leur navire qui a entraîné la disparition d'une grande partie de l'équipage. Les juges ont relevé que les prévenus s'étaient lancés «*tardivement dans une activité d'armateurs*» dont ils n'avaient aucune expérience, qu'ils ont acquis «*un navire vétuste sans l'avoir examiné*», qu'ils en ont confié la direction à un «*capitaine français proche de la retraite dont les faibles exigences salariales révélait l'affaiblissement*», qu'ils ont engagé un «*équipage hétérogène de marins ukrainiens et sénégalais*» qui éprouvait des difficultés à communiquer, qu'ils n'ont pris «*aucune mesure lorsque leur a été signalé le défaut d'étanchéité des ballasts*» et enfin qu'ils «*n'ont pas réagi aux derniers messages particulièrement alarmants du capitaine*» sur les difficultés de navigation dans les jours précédant le naufrage. La Cour de cassation a estimé que les juges du fond ont correctement déduit de ces constatations que les prévenus avaient «*commis une série de négligences et d'imprudences qui entretiennent chacune un lien de causalité certain avec le dommage, et dont l'accumulation permet d'établir l'existence d'une faute caractérisée d'une particulière gravité dont ils ne pouvaient ignorer les conséquences*»¹⁰¹⁶.

Ce mouvement jurisprudentiel offre ainsi à la faute caractérisée «des perspectives d'application très étendues, [puisque toutes sortes d'anomalies peuvent] être prises en compte, dès lors [que chaque anomalie est] en rapport avec les risques connus et particulièrement graves»¹⁰¹⁷. La faute caractérisée se présente dès lors comme une notion particulièrement attractive¹⁰¹⁸ pour entrer en voie de condamnation. La doctrine a d'ailleurs largement constaté son «irrésistible ascension»¹⁰¹⁹ dans la jurisprudence.

b La vocation supplétive de la faute caractérisée

205. Principe de la vocation supplétive

Les conditions d'existence de la faute caractérisée se révèlent ainsi bien plus souples que celles de la faute délibérée: alors que la faute délibérée requiert la violation délibérée

¹⁰¹⁵ Cass. crim., 5 décembre 2000, n°00-82.108, RSC 2001. 372, obs. Bouloc et 379 et 381, obs. Mayaud.

¹⁰¹⁶ Cass. crim., 10 janvier 2006, n°04-86.428, DMF 2006. 563, obs. Janbon.

¹⁰¹⁷ Y. MAYAUD, «La loi Fauchon du 10 juillet 2000 après plus de cinq ans d'application...», *AJ Pénal*, 2006, p. 146 et s. Voir également F. ALT-MAES, «La grande désillusion: la dépenalisation attachée à l'application de la loi du 10 juillet 2000 au médecin», *Les droits et le droit, Mélanges dédiés à B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 15 et s.

¹⁰¹⁸ Y. JOSEPH-RATINEAU, «Tous les chemins mènent à la faute caractérisée», *Recueil Dalloz*, 2009, p. 979 et s. Dans le même sens, voir. E. RASCHEL, *Droit pénal*, Ellipses, CRFPA, 2022, fiche 6, II, B, qui déplore la définition large de la faute caractérisée, ce qui a pour effet de laisser l'appréciation de ses contours essentiellement aux juges.

¹⁰¹⁹ P. MORVAN, «L'irrésistible ascension de la faute caractérisée: l'assaut avorté du législateur contre l'échelle de la culpabilité», *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges offerts à J. PRADEL, Cujas, 2006.

d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité exigée par la loi ou le règlement, la faute caractérisée n'est quant à elle aucunement tributaire d'une telle violation¹⁰²⁰.

En pratique, il arrive fréquemment que les juges se trouvent «en présence d'une faute délibérée dite <imparfaite>»¹⁰²¹, c'est-à-dire qui consiste dans la violation délibérée d'une obligation dont la source n'est pas la loi ou le règlement au sens constitutionnel du terme ou d'une qui n'est pas applicable à l'espèce ou qui est trop générale. Lorsque la causalité est indirecte, les juges ont alors tendance «à basculer vers la qualification plus souple de faute caractérisée»¹⁰²² qu'ils emploient comme «catégorie de repli»¹⁰²³ pour pouvoir réprimer le comportement de l'agent. Les notions de faute délibérée et caractérisée peuvent ainsi «utilement venir en substitution l'une de l'autre, et ce que la faute délibérée ne peut saisir, pour ne pas réunir toutes les conditions de son existence, la faute caractérisée peut éventuellement l'appréhender»¹⁰²⁴, dès lors que la violation de l'obligation a généré un risque d'une particulière gravité que l'agent ne pouvait ignorer.

206. Illustrations de la vocation supplétive

Il en va ainsi dans une espèce où un avion s'est abîmé en mer alors qu'il allait atterrir à Papeete, entraînant le décès de dix de ses vingt-deux passagers et membres d'équipage. Les investigations ont établi que l'accident trouvait sa cause dans «*une panne du moteur gauche de l'avion à laquelle l'équipage, insuffisamment formé à l'exploitation de ce nouvel appareil, n'avait su remédier*». Des poursuites pour homicide non intentionnel ont alors été exercées, notamment à l'encontre de l'instructeur de la compagnie aérienne. Dans son pourvoi, il contestait sa condamnation sur le fondement de l'arrêté du 5 novembre 1987, relatif aux conditions d'utilisation des avions exploités par une entreprise de transport aérien. Il invoquait l'inopposabilité de ce texte car il n'était pas encore entré en vigueur en Polynésie française au moment des faits, faute de promulgation et de publication locales régulières. La Cour de cassation¹⁰²⁵ a rejeté le pourvoi en relevant que cet arrêté était néanmoins «*appliqué par les services locaux de l'aviation civile et les entreprises de transport aérien*» et en a conclu que même «*si la méconnaissance des prescriptions de ce texte ne s'identifie pas à la violation d'une*

¹⁰²⁰ Y. MAYAUD, «La loi Fauchon du 10 juillet 2000 après plus de cinq ans d'application ...», *AJ Pénal*, 2006, p. 146 et s.

¹⁰²¹ E. DREYER, «Homicide et blessures involontaires – Faute caractérisée en matière d'hygiène et de sécurité du travail», *La Semaine Juridique Edition Générale*, N° 20, 2006, doct. 10079.

¹⁰²² *Ibid.*

¹⁰²³ E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 735.

¹⁰²⁴ A. PONSEILLE, «*La faute caractérisée en droit pénal*», *Revue de sciences criminelles*, 2003, p. 79 et s. Dans le même sens, pour un auteur qui considère la faute caractérisée comme un «complément indispensable de la faute délibérée», voir A. VARINARD, «Le déplacement des critères de la faute», *Dix ans après la réforme de 1994. Quels repères dans le Code pénal*, dir. M. DANTI-JUAN, Cujas, 2005, p. 57.

¹⁰²⁵ Cass. crim., 15 octobre 2002, n° 01-83.351, D. 2003. 244, obs. Roujou de Boubée, Dr. Pén. 2003, 4, note Véron, RSC 2003. 96, obs. Mayaud.

obligation particulière de prudence ou de sécurité au sens de l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal, elle peut, en revanche, constituer la faute caractérisée prévue par le même texte».

La vocation supplétive de la faute caractérisée s'est également illustrée dans une autre espèce dans laquelle une élève est décédée après que son dériveur a chaviré lors d'un cours d'initiation à la voile. Le professeur d'éducation physique qui accompagnait les enfants a été renvoyé devant le tribunal correctionnel qui l'a condamné pour homicide non intentionnel en estimant qu'il avait violé de façon manifestement délibérée l'obligation de disposer, pour toute sortie sur un plan d'eau, d'un enseignant qualifié au moins par groupe de dix dériveurs légers, prévue par l'arrêté du 2 août 1985 relatif aux garanties de technique et de sécurité des centres et écoles de voile. Les juges d'appel ont ensuite délaissé cette qualification, en relevant que ce règlement s'adressait seulement aux centres et écoles de voile et qu'il ne mettait aucune obligation personnelle à la charge de l'enseignant lui-même, empêchant ainsi qu'une faute délibérée lui soit reprochée. Les juges ont en revanche relevé que l'inapplicabilité du texte à l'enseignant n'empêchait pas, le cas échéant, de retenir une faute caractérisée à son encontre et ont considéré que, dans l'espèce, « *la règle posée par l'arrêté précité [répondait] à des exigences de sécurité évidentes que nul ne peut ignorer, une seule personne ne pouvant exercer efficacement une surveillance que sur un certain nombre de dériveurs* ». Par ses initiatives, l'enseignant avait finalement commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer, ce qui justifiait sa condamnation pénale en tant qu'auteur indirect. Cette solution a été entérinée par la Cour de cassation¹⁰²⁶, qui a considéré que les juges du second degré avaient, par ce raisonnement, pleinement justifié leur décision.

Dans un arrêt plus récent¹⁰²⁷, la Cour de cassation a de nouveau rappelé que la faute caractérisée pouvait venir au secours de la faute qualifiée¹⁰²⁸. Dans cette espèce, il s'agissait d'un matelot œuvrant sur un navire de pêche sur lequel était expérimenté la technique de la pêche aux nasses. Au cours de son activité, le matelot a été entraîné par un orin relié aux engins de pêche et est tombé dans la mer où il s'est noyé. Les juges du fond ont condamné l'armateur du bateau sur le fondement de la faute délibérée pour avoir méconnu les articles L. 4141-1, L. 4141-2, R. 4121-3, R. 4141-13 et R. 4141-16 du Code du travail, qui imposent des obligations générales de formation,

¹⁰²⁶ Cass. crim., 4 octobre 2005, n° 04-84.199, Dr. Pén. 2006. 2, obs. Véron, RSC 2006. 64, obs. Mayaud.

¹⁰²⁷ Cass. crim., 8 février 2022, n° 21-83.708, JCP S. 46. 2022, obs. Segonds, JCP G. 15. 2022, obs. Saint-Pau, AJ pénal 2022. 210, obs. Corioland, Droit pénal 4. 2022. 61, obs. Conte, Dalloz actu., mars 2022, obs. Dominati, D. 2022. 736, note N. Catelan, RTD com. 2022. 669, obs. Saenko.

¹⁰²⁸ S. CORIOLAND, « La faute caractérisée au secours de la faute qualifiée: nouvelle illustration », AJ pénal, Dalloz, 2022, p. 210 et s.

d'information ou de prévention à l'ensemble des employeurs. La Cour de cassation, considérant que les juges du fond n'avaient pas établi le caractère particulier des obligations citées, a estimé que la faute délibérée ne pouvait être retenue mais qu'une faute caractérisée pouvait l'être. Il ressortait des constatations des juges du fond que, outre l'absence totale de formation à la sécurité dans le contexte de l'utilisation d'une nouvelle technique, le plan de travail dédié au filage des lignes de nasses était inadapté, obligeant le matelot à se déplacer avec des obstacles dans les pieds et rendant tout mouvement, pourtant inhérent à sa mission, porteur d'un risque de chute. En outre, l'armateur avait connaissance de ces difficultés puisqu'il avait embarqué quelques jours auparavant et avait qualifié d'«élevée» le risque de se faire entraîner par les engins de pêche en renseignant le document unique de prévention des risques. En présence de ces éléments, la faute caractérisée pouvait donc directement être retenue par les juges de la chambre criminelle.

207. Enseignement de ces illustrations

Selon l'enseignement tiré de ces arrêts, lorsque la violation de la norme n'est pas «directement exploitable en termes de faute délibérée», elle peut donc encore servir de «support de référence» pour établir l'existence d'une faute caractérisée car le prévenu, sans être obligé de manière précise par le texte, n'en doit pas moins «rejoindre l'esprit, par un comportement en quelque sorte dicté par l'évidence des risques inhérents à l'activité en cause»¹⁰²⁹. Le caractère souple de la faute caractérisée permet ainsi d'assurer une «relève»¹⁰³⁰ efficace pour engager la responsabilité pénale de l'auteur indirect lorsque les conditions de la faute délibérée ne sont pas réunies¹⁰³¹. Dès lors, les notions de fautes délibérée et caractérisée se présentent d'une manière parfaitement «complémentaire»¹⁰³², «la faute caractérisée pouvant rester opérationnelle là où la faute délibérée ne l'est pas»¹⁰³³. Ce relai assure ainsi une «certaine continuité»¹⁰³⁴ entre les comportements qualifiés et met dans le même temps en lumière l'intérêt pour la répression que constitue le dualisme de la faute qualifiée¹⁰³⁵.

¹⁰²⁹ Y. MAYAUD, «Violences involontaires: théorie générale», *op. cit.*, n° 251. Voir dans le même sens, L. SAENKO, «Homicide involontaire: quand la faute délibérée est requalifiée en faute caractérisée», *RTD com.*, LexisNexis, 2022, p. 659 et s.

¹⁰³⁰ Y. MAYAUD, «Violences involontaires: théorie générale», *op. cit.*, n° 251.

¹⁰³¹ Cependant, la faute caractérisée ne peut pas suppléer une absence de faute délibérée dans le cadre de l'article 222-20 qui vise seulement la faute délibérée et prévoit justement une peine plus grave que celle encourue pour une autre faute. Dans ce sens, voir Cass. crim., 21 juin 2022, n° 21-85.691, Dalloz actu, juillet 2022, obs. Recotillet, JCP S. 2022.35.1220, obs. Gamet.

¹⁰³² P. BONFILS et M. GIACOPELLI, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 151, n° 237. Voir également, S. CORIOLAND, «La faute caractérisée au secours de la faute qualifiée: nouvelle illustration», *op. cit.*, p. 210 et s.

¹⁰³³ Y. MAYAUD, «Violences involontaires: théorie générale», *op. cit.*, n° 245.

¹⁰³⁴ *Ibid.*, n° 251.

¹⁰³⁵ *Ibid.*, n° 245.

208. Diversité de facette de l'imprudence

En définitive, la réforme du 10 juillet 2000 a permis au législateur de transcrire dans la loi pénale plusieurs facettes de la faute d'imprudence, de manière à opérer un traitement différencié en fonction de leur degré de gravité. Il en résulte un système extrêmement dense, qui distingue la faute d'imprudence selon sa nature consciente ou inconsciente ou encore selon qu'elle se fonde ou non sur la violation d'une loi ou d'un règlement. Toutefois, en raison du caractère nécessairement ouvert de la définition des différentes catégories de fautes non intentionnelles, leur délimitation n'est pas toujours facile à réaliser. L'incertitude ainsi engendrée a donné la possibilité au juge pénal de faire preuve de sévérité en abaissant le seuil d'application de la faute qualifiée par une interprétation extensive de la faute caractérisée.

209. Conclusion de la section 1

Les droits pénaux suisse et français adoptent des approches très différentes pour définir le comportement non intentionnel devant être réprimé.

Le droit suisse recourt à une conception unitaire de la négligence en se référant essentiellement aux notions d'imprévoyance ou de violation du devoir de diligence qui visent, comme le Tribunal fédéral le résume parfaitement, les situations dans lesquelles une «*personne raisonnable dans la même situation et avec les mêmes aptitudes que l'auteur pouvait prévoir, dans les grandes lignes, le déroulement des événements et, le cas échéant, [prendre des mesures], compte tenu des connaissances qu'elle pouvait avoir au moment des faits, pour éviter la survenance du résultat*»¹⁰³⁶. Cette approche simple permet au législateur suisse d'englober toutes les formes de négligence, qu'elles soient conscientes ou inconscientes, en les plaçant sur un pied d'égalité.

A l'inverse, le droit français opte depuis la réforme de 2000 pour une conception dualiste de l'imprudence, en distinguant la faute d'imprudence simple de la faute d'imprudence qualifiée. La notion d'imprudence se trouve ainsi compartimentée, de telle sorte qu'il ne suffit plus de démontrer l'existence d'une faute d'imprudence, mais qu'il faut encore déterminer à quelle catégorie de faute d'imprudence correspond le comportement non intentionnel. Cette approche, plus complexe, permet au législateur français de distinguer les comportements non intentionnels selon leur gravité, afin d'accentuer la répression des comportements les plus graves.

Quelle que soit l'approche retenue, le législateur appréhende de manière large les comportements susceptibles de caractériser une imprudence ou une négligence. Le juge répressif joue dès lors un rôle essentiel dans l'appréciation du comportement incriminé.

¹⁰³⁶ ATF 6B_404/2012 du 21 janvier 2013.

Section 2 L'appréciation du comportement non intentionnel

210. Appréciation du comportement en droits suisse et français

L'appréciation du comportement non intentionnel constitue une étape fondamentale pour fixer le seuil de la répression car c'est elle qui permet au juge pénal de donner corps dans le cas particulier à la définition générale du législateur¹⁰³⁷. Il sera intéressant d'analyser dans les deux ordres juridiques si le juge pénal est parvenu à assigner une limite raisonnable au comportement non intentionnel incriminé ou si, au contraire, il a été poussé à l'appréhender de manière extensive pour des raisons extrinsèques à la matière pénale.

Il convient dès lors de s'interroger tant sur la manière dont le juge suisse apprécie l'imprévoyance pénale (I) que sur la manière dont le juge français apprécie la faute pénale d'imprudence (II).

I L'appréciation de l'imprévoyance en droit suisse

211. Fondement textuel

La ligne directrice donnée par l'article 12 alinéa 3 pour apprécier l'imprévoyance se réfère aux «*circonstances*» et au «*comportement personnel*». En se fondant sur ces deux critères, la jurisprudence et la doctrine suisses établissent le seuil du comportement punissable par référence à une appréciation dite «*objective-individualisée*»¹⁰³⁸.

212. Appréciation objective

La conception finaliste décrivant la négligence comme la situation dans laquelle la volonté de l'agent ne s'oriente pas vers le résultat pénal, l'appréciation de l'imprévoyance ne peut pas se fonder sur la volonté de celui-ci¹⁰³⁹ mais seulement sur son comportement extérieur, de telle sorte qu'un jugement puisse être porté à son égard¹⁰⁴⁰.

Pour porter un tel jugement, le juge recourt à une comparaison entre le comportement de l'agent tel qu'il ressort des faits et un modèle de comportement objectif, qui se fonde tout d'abord sur ce qui était raisonnablement exigible de l'auteur dans les circonstances données¹⁰⁴¹. Il lui revient donc d'étudier avec une grande minutie les circonstances de l'action car, si la situation de fait est appréciée de manière même très

¹⁰³⁷ A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982, p. 328.

¹⁰³⁸ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 220.

¹⁰³⁹ G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I – die Straftat*, Stämpfli, 4^e édition, 2011, p. 491.

¹⁰⁴⁰ B. CORBOZ, «Art. 12», *op. cit.*, p. 147.

¹⁰⁴¹ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 351.

légèrement différente de ce qu'elle était, la solution peut s'avérer complètement différente¹⁰⁴². Ces circonstances sont appréciées *ex ante* par le juge, ce qui signifie que, pour établir son modèle de référence, le juge doit se placer dans les circonstances spatio-temporelles objectives dans lesquelles l'auteur a agi¹⁰⁴³ et écarter la connaissance ultérieurement acquise – nécessairement meilleure¹⁰⁴⁴. Il doit prendre en considération l'ensemble des éléments matériels extérieurs qui existaient au moment des faits, comme les conditions météorologiques particulièrement dégradées¹⁰⁴⁵, mais aussi les conditions de temporalité dans lesquelles l'auteur a agi, de manière à tenir compte de l'éventuelle urgence de la situation, comme c'est parfois le cas à la suite d'un accident¹⁰⁴⁶.

A partir de l'établissement de ces circonstances de fait, le juge détermine de manière objective la ligne de conduite qui, dans ces circonstances, aurait pu et dû être suivie par l'homme archétypal (*Mustermensch*), c'est-à-dire l'individu prudent et avisé¹⁰⁴⁷. Attention toutefois, il ne faut pas trop vite assimiler le modèle archétypal à celui de la personne moyenne, en ce que l'établissement du premier ne se limite pas seulement à une démarche statistique mais a surtout pour fonction d'« édifier un concept normatif »¹⁰⁴⁸ pour déterminer ce qui aurait dû être, en se référant à la bonne pratique.

213. Degré d'individualisation

En vertu du principe de culpabilité *lato sensu*, ce modèle objectif de comportement doit être individualisé avant d'être comparé au comportement de l'agent dans le cas d'espèce. Le juge doit prendre en compte certaines caractéristiques propres à l'auteur, de manière à ne pas exiger du jeune conducteur la même conduite que celle qu'il attendrait d'un pilote de course aguerri¹⁰⁴⁹. Il faut toutefois prendre garde à ce que le degré d'individualisation ne rende pas inutile l'emploi d'un modèle de comparaison en y incluant tous les défauts personnels propres à l'agent¹⁰⁵⁰ – les téméraires n'ayant par exemple pas le droit d'être plus imprudents que les autres¹⁰⁵¹. Il est justement nécessaire que le modèle de comparaison conserve sa nature supra-individuelle¹⁰⁵². L'indi-

¹⁰⁴² B. CORBOZ, « Art. 12 », *op. cit.*, p. 156.

¹⁰⁴³ S. TRECHSEL et M. JEAN-RICHARD, « Art. 12 », *op. cit.*, p. 74.

¹⁰⁴⁴ G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, *op. cit.*, p. 26.

¹⁰⁴⁵ S. TRECHSEL et M. JEAN-RICHARD, « Art. 12 », *op. cit.*, p. 74 et P. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 68.

¹⁰⁴⁶ B. CORBOZ, « Art. 12 », *op. cit.*, p. 161.

¹⁰⁴⁷ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 351.

¹⁰⁴⁸ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, Payot, Collection juridique romande, Lausanne, 1987, p. 29.

¹⁰⁴⁹ S. TRECHSEL, P. NOLL et M. PIETH, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I*, *op. cit.*, p. 267.

¹⁰⁵⁰ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, p. 207.

¹⁰⁵¹ G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, *op. cit.*, p. 498.

¹⁰⁵² J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, p. 120.

vidualisation doit donc absolument se contenter d'adapter le modèle archétypal à la seule catégorie objective¹⁰⁵³ de l'agent pour déterminer la capacité d'action (*Leistungsfähigkeit*) de celui-ci, c'est-à-dire sa connaissance et son aptitude à maîtriser le cours des événements¹⁰⁵⁴, afin qu'il soit possible d'établir s'il a fait preuve d'un manque d'efforts blâmable¹⁰⁵⁵.

Ce modèle se réfère donc aux caractéristiques individuelles objectives de l'agent, telles que l'âge, la formation, la position sociale ou encore l'expérience¹⁰⁵⁶. Dans le domaine professionnel, le modèle doit être apprécié de manière sectorielle, c'est-à-dire en se référant au comportement du bon praticien¹⁰⁵⁷, qui est d'ailleurs lui-même à géométrie variable en fonction de l'expérience et de la spécialité de l'agent¹⁰⁵⁸.

214. Appréciation des compétences supérieures

L'individualisation permet de considérer que celui qui a des compétences personnelles accrues doit satisfaire à des exigences plus élevées qu'une personne qui en est dépourvue¹⁰⁵⁹. Ainsi, «la diligence exigée d'un médecin dans la prise en charge d'un blessé devra être jugée bien différemment de celle exigée d'un bon samaritain ou même d'un enfant»¹⁰⁶⁰. De même, un chirurgien sera jugé conformément au niveau correspondant à sa spécialité et pas seulement sur la base du standard correspondant à celui d'un bon médecin¹⁰⁶¹.

Il est possible d'interroger le caractère équitable des conséquences d'une telle individualisation en craignant «qu'un sujet particulièrement qualifié (*Besserwisser*) ne soit finalement victime de son excellence même»¹⁰⁶², celle-ci étant portée à son passif¹⁰⁶³. Ce faisant, le risque est grand que l'expert soit toujours considéré comme imprévoyant pour la simple raison qu'un expert devrait toujours être prévoyant¹⁰⁶⁴. A cette critique, il faut opposer trois remarques.

¹⁰⁵³ B. CORBOZ, «Art. 12», *op. cit.*, p. 157.

¹⁰⁵⁴ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, p. 117.

¹⁰⁵⁵ B. CORBOZ, «Art. 12», *op. cit.*, p. 161.

¹⁰⁵⁶ J. GRAVEN, «La répression de l'homicide en droit suisse», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1966, p. 290.

¹⁰⁵⁷ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, *op. cit.*, p. 73.

¹⁰⁵⁸ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 222.

¹⁰⁵⁹ G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, *op. cit.*, p. 518.

¹⁰⁶⁰ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, p. 120: «So wird z.B. die bei der Betreuung eines Verletzten geforderte Sorgfalt für einen Arzt ganz anders zu beurteilen sein als für einen Samariter oder gar ein Kind».

¹⁰⁶¹ M. KILLIAS et al., *Grundriss der Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuchs*, Stämpfli, 2^e édition, 2017, p. 58 et H. LANDOLT et I. HERZOG-ZWITTER, «Sorgfaltspflicht der Ärzte», *Haftung und Versicherung*, 2016, p. 108.

¹⁰⁶² PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 221.

¹⁰⁶³ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, *op. cit.*, p. 73.

¹⁰⁶⁴ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 221.

Tout d'abord, il ne faut rien exagérer puisque la jurisprudence invite régulièrement «à ne construire que des modèles opérationnels, [c'est-à-dire] à ne jamais perdre de vue ce qui est «raisonnablement exigible» dans les circonstances»¹⁰⁶⁵.

Ensuite, il convient de préciser que l'individualisation ne porte pas «sur le degré de diligence à appliquer, comme si le spécialiste devait être plus diligent que le profane, mais uniquement sur la question de savoir quels sont les risques et les possibilités d'assistance que l'auteur aurait pu identifier et maîtriser, en fonction de ses capacités individuelles, pour la mise en œuvre concrète, dans la situation dans laquelle il se trouvait, du devoir de diligence demandé à tout un chacun»¹⁰⁶⁶. Il est ainsi par exemple attendu que tout conducteur adopte un même degré de diligence dans sa conduite: un pilote de course n'a pas à être plus diligent qu'un conducteur débutant – qui, lui, serait autorisé à être étourdi. Toutefois, dans la mise en œuvre individuelle du devoir de diligence, il est possible d'attendre du pilote qu'il évite un accident par une manœuvre difficile à effectuer, tandis qu'une telle manœuvre ne pourra pas être attendue du jeune conducteur. La solution reste donc équitable puisqu'il est attendu de tous un même niveau de diligence, chacun devant mettre en œuvre tout ce qui peut raisonnablement être attendu de lui pour éviter la survenance d'un résultat pénal, compte tenu de ses éventuelles qualifications.

Enfin, adopter la position inverse en recourant à des modèles standards pour évaluer les comportements d'auteurs dotés de facultés supérieures à la moyenne conduirait à une exclusion non souhaitable de leur responsabilité et désarmerait par conséquent la prévention générale des incriminations de négligence dans les domaines techniques¹⁰⁶⁷. Il serait au demeurant tout à fait injustifiable que la diligence qui doit être mise en œuvre par un médecin «se limite à ce que l'on peut exiger d'un homme de la rue»¹⁰⁶⁸ sans qu'il ait à faire usage de ses compétences pour satisfaire à son devoir¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁵ *Ibid.* Voir également, G. STRATENWERTH, « Zur Individualisierung des Sorgfaltsmassstabes », *Festschrift für Hanns-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, p. 300.

¹⁰⁶⁶ G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, *op. cit.*, p. 518: « Diese Anforderungen beziehen sich aber, wie angesichts missverständlicher Formulierungen noch einmal zu betonen ist, nicht auf den Grad der anzuwendenden Sorgfalt, so als müsste der Erfahrene sorgfältiger sein als der Unerfahrene, sondern allein auf die Frage, welche Risiken und Möglichkeiten der Abhilfe der Täter nach seinen individuellen Fähigkeiten bei Anwendung der für jedermann gebotenen Sorgfalt hätte erkennen und beherrschen können ».

¹⁰⁶⁷ J. HURTADI POZO, *Droit pénal, partie générale*, *op. cit.*, p. 446 et J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, p. 137.

¹⁰⁶⁸ B. CORBOZ, « L'homicide par négligence (art. 117 CP) », *op. cit.*, p. 173.

¹⁰⁶⁹ J. HURTADI POZO, *Droit pénal, partie générale*, *op. cit.*, p. 446.

215. Appréciation des compétences moindres

Il convient par ailleurs de souligner que l'individualisation n'emporte pas nécessairement une augmentation des exigences, puisque, en présence de caractéristiques personnelles objectives plus faibles, telles qu'un moindre niveau de formation, les attentes seront également moindres. Ainsi, par exemple, ce qui pourra être exigé de l'apprenti ne sera pas à un niveau aussi élevé que ce qui pourra être attendu de l'homme du métier.

Cette individualisation ne peut en revanche pas avoir pour fonction d'abaisser l'exigence de diligence de l'auteur dont les connaissances se situent, sans raison objective, en-dessous du niveau standard attendu pour l'activité en cause. Le modèle restant un modèle objectif supra-individuel, le «mauvais» médecin, quand bien même il aurait été défavorisé par sa formation ou par ses moyens propres, ne peut arguer de son niveau inférieur à la moyenne pour se dédouaner des imprévoyances qu'il commet¹⁰⁷⁰. Du point de vue de l'appréciation du devoir de diligence, la personne déficiente doit être jugée conformément au standard exigible qui lui correspond¹⁰⁷¹.

Dans de tels cas, il est toujours possible pour le juge de retenir ensuite une cause d'atténuation de la responsabilité si la déficience s'explique par une diminution du discernement, voire une cause d'irresponsabilité si le discernement était aboli¹⁰⁷². Une telle exemption ne peut toutefois se produire qu'à la condition, posée à l'alinéa 3 de l'article 19 du Code pénal suisse, que la déficience ne soit pas elle-même due à une *actio libera in causa*, c'est-à-dire que l'auteur n'ait pas provoqué la déficience ou l'abolition de son discernement – par l'absorption d'une substance par exemple – alors qu'il pouvait prévoir, au moins dans les grandes lignes, la commission de l'action dommageable en raison de cet état¹⁰⁷³. Dans tous les cas, si la déficience conduit à retenir une cause d'atténuation ou d'abolition de la responsabilité pénale, la question se situe dès lors au niveau de la culpabilité (*Schuld*) et n'intéresse déjà plus la typicité, le comportement devant d'abord y être analysé comme imprévoyant par le biais de la méthode objective-individualisée.

216. Hypothèse de la faute par acceptation

Le comportement d'un agent peut également être considéré comme imprévoyant s'il commet une faute par acceptation (*Übernahmeverschulden*), c'est-à-dire s'il prend part à une activité qui exige de manière évidente certaines compétences spéciales ou

¹⁰⁷⁰ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, *op. cit.*, p. 74.

¹⁰⁷¹ *Ibid.*

¹⁰⁷² B. CORBOZ, «L'homicide par négligence (art.117 CP)», *op. cit.*, p. 196 et C. FAVRE, M. PELLET et P. STODMANN, «Art. 12», *op. cit.*, p. 46.

¹⁰⁷³ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 243 et Y. JEANNERET, A. KUHN et B. LAPÉROU-SCHENEIDER, *Droit pénal français et droit pénal suisse, une mise en parallèle*, L'harmattan, 2017, p. 112.

une expérience correspondante dont il n'est pas doté¹⁰⁷⁴. Dans cette hypothèse, l'objet du reproche se déplace¹⁰⁷⁵: il ne vise plus le fait que l'agent n'ait pas fourni les efforts nécessaires au moment de l'action – dont il était de toute façon objectivement incapable –, mais le fait même qu'il ait, antérieurement à l'action, accepté d'y participer. En effet, si les capacités de l'auteur se situent en-dessous du niveau moyen pour l'activité en cause, on considérera généralement que les devoirs de la prudence l'obligeaient à «s'abstenir ou à faire appel à une personne compétente»¹⁰⁷⁶, sauf bien sûr dans l'hypothèse où cela aurait fait courir un plus gros risque de dommage eu égard aux circonstances¹⁰⁷⁷.

Tous les niveaux professionnels peuvent être concernées par une faute par acceptation: aussi bien le jeune apprenti qui, dans une situation donnée, aurait dû faire appel à son maître d'apprentissage que le bon médecin qui aurait dû recourir à un spécialiste pour soigner une pathologie délicate ou le spécialiste qui a préféré agir seul alors que la prudence lui commandait d'agir de concert avec un confrère.

La notion de faute par acceptation permet d'appréhender le comportement de l'homme qui se croit tout-puissant et va au-delà de ses capacités, au détriment de l'intégrité des tiers. Avant d'exécuter une activité dangereuse, l'agent doit toujours se demander s'il a la formation et les compétences suffisantes¹⁰⁷⁸. Il n'est pas nécessaire qu'il puisse reconnaître précisément les dangers dont il est question, il suffit qu'il soit capable de reconnaître à l'avance qu'il lui manque des qualifications requises pour la réalisation de la tâche¹⁰⁷⁹. Il est toutefois indispensable que l'agent ait pu reconnaître son inaptitude antérieurement à l'activité puisque, dans le cas contraire, aucune faute «par acceptation» ne pourra par définition être retenue contre lui, des complications inattendues étant toujours possibles dans n'importe quelle activité. La gestion de la crise par l'agent devra alors être appréciée selon la méthode objective-individualisée.

La faute par acceptation se retrouve dans toutes sortes de configurations, telles que l'exécution d'une opération sans être suffisamment équipé¹⁰⁸⁰, le maniement d'explosifs sans avoir les compétences requises¹⁰⁸¹ ou la mise sur le marché d'un produit com-

¹⁰⁷⁴ S. MAEDER et M. A. NIGGLI, «Art. 12», *Basler Kommentar, Strafrecht I*, dirigé par M. A. NIGGLI et H. WIPRÄCHTIGER, Helbing Lichtenhahn, 4^e édition, 2019, p. 200 et F. MÜLLER, *Repetitorium zum Schweizerischen Strafrecht, Allgemeiner Teil und Jugendstrafrecht*, Stämpfli, 4^e édition, 2014, p. 195 et s.

¹⁰⁷⁵ G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, *op. cit.*, p. 498.

¹⁰⁷⁶ B. CORBOZ, «L'homicide par négligence (art. 117 CP)», *op. cit.*, p. 78.

¹⁰⁷⁷ G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, *op. cit.*, p. 498.

¹⁰⁷⁸ J. HURTADI POZO, *Droit pénal, partie générale*, *op. cit.*, p. 438.

¹⁰⁷⁹ S. MAEDER et M.A. NIGGLI, «Art. 12», *op. cit.*, p. 200.

¹⁰⁸⁰ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, *op. cit.*, p. 74.

¹⁰⁸¹ ATF 106 IV 312.

portant un défaut reconnaissable d'après l'état de la science et de la technique¹⁰⁸². Il peut encore tout simplement s'agir d'un skieur qui, alors que sa technique laisse à désirer et en dépit d'une forte fréquentation, dévale la piste en «*Schuss*»¹⁰⁸³.

Notons que le droit français connaît également l'hypothèse de la faute par acceptation. Il la traite généralement sous l'angle de la faute caractérisée, car, en allant au-delà de ses compétences, l'agent prend précisément un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer.

217. **Appréciation autonome des imprévoyances pénale et civile**

En tout état de cause, et c'est un point fondamental, l'appréciation de l'imprévoyance par le juge pénal s'est toujours réalisée indépendamment de toute considération relative à la responsabilité civile¹⁰⁸⁴, ce qui constitue une différence majeure avec le droit français¹⁰⁸⁵. L'article 53 alinéa 2 du Code des obligations¹⁰⁸⁶ pose le principe selon lequel le juge civil n'est pas lié par le juge pénal, notamment en ce qui concerne l'appréciation de la négligence¹⁰⁸⁷. Qu'une imprévoyance soit ou non retenue par le juge pénal n'empêche dès lors pas le juge civil d'engager ou non la responsabilité civile de l'auteur d'un dommage pour négligence au titre de l'article 41 alinéa 1 du Code des obligations¹⁰⁸⁸. Ce principe se justifie par le fait que «la fonction première de la responsabilité civile [est avant tout] une fonction réparatrice»¹⁰⁸⁹, ce qui nécessite de laisser une marge de manœuvre suffisante au juge civil pour apprécier le bien-fondé d'une indemnisation. Par conséquent, l'appréciation de l'imprévoyance pénale n'est pas polluée par des considérations indemnitaires, ce qui permet au juge pénal d'en retenir une définition caractérisant véritablement un comportement blâmable.

Finalement, alors que le texte d'incrimination laissait entrevoir une appréciation extensive et sévère du comportement non intentionnel punissable, la méthode objective-individualisée propose une manière stable et relativement consensuelle d'apprécier l'imprévoyance pénale en droit suisse. Adoptée par les juges pénaux, elle a sans doute constitué un terrain propice au développement de la théorie du risque autorisé, la-

¹⁰⁸² S. GLESS, «Strafrechtliche Produkthaftung», *recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, vol. 31-2, 2013, p. 58.

¹⁰⁸³ ATF 80 IV 49.

¹⁰⁸⁴ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 50 et s.

¹⁰⁸⁵ Voir 1^{re} partie, titre 2, chapitre 1, section 2, II, B: L'autonomie de l'appréciation de la faute pénale par rapport à la faute civile, n° 227 et s.

¹⁰⁸⁶ Art. 53 al. 2 CO: «*Le jugement pénal ne lie pas davantage le juge civil en ce qui concerne l'appréciation de la faute et la fixation du dommage*».

¹⁰⁸⁷ F. WERRO, «Art. 53», *Commentaire romand, code des obligations I*, dirigé par L. THÉVENOZ et F. WERRO, Helbing Lichtenhahn, 2012, p. 504.

¹⁰⁸⁸ Art. 41 al. 1 CO: «*Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer*».

¹⁰⁸⁹ G. ETIER et B. STRÄULI, «Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale», *Journée de la responsabilité civile 2014*, Schulthess, Genève, 2015, p. 14.

quelle a véritablement permis d'assigner une limite raisonnable à l'incrimination de la non-intention¹⁰⁹⁰. En revanche, la méthode d'appréciation de la faute pénale d'imprudence a posé davantage de difficultés en droit français.

II L'appréciation de la faute d'imprudence en droit français

218. Question de l'appréciation

En droit français, la question de l'appréciation de la faute d'imprudence s'est posée, pour l'essentiel, antérieurement à la loi Fauchon introduisant les deux fautes qualifiées dans le Code pénal français. C'est pour cette raison que les discussions sur l'appréciation de la faute d'imprudence ont très majoritairement porté sur ce qui correspond aujourd'hui à la faute simple. Lors de leur arrivée en 2000, les fautes qualifiées ont été dotées par la loi de critères particuliers, qui s'apprécient d'après la méthode dégagée à partir de la faute d'imprudence traditionnelle.

219. Points d'achoppement

Deux points dans l'appréciation de la faute d'imprudence ont fait l'objet de vives discussions dans la doctrine, amenant ainsi le législateur à réformer la loi: il s'agit d'une part de la méthode d'appréciation de la faute d'imprudence (A) et, d'autre part, de l'autonomie de l'appréciation de la faute pénale par rapport à la faute civile (B).

A La méthode d'appréciation

220. Appréciations *in abstracto* et *in concreto*

Traditionnellement, la doctrine considérait que les magistrats établissaient l'existence de la faute d'imprudence en recourant à une appréciation dite « *in abstracto* »¹⁰⁹¹, qui consiste à envisager le comportement de l'agent « par référence à un modèle idéal et abstrait »¹⁰⁹². Le comportement reproché est alors « comparé par rapport à une normalité, une idée de ce qui est normalement prudent et diligent, droit et avisé, par rapport, finalement, au comportement qu'aurait eu le bon père de famille »¹⁰⁹³ dans les mêmes circonstances. L'utilisation de cette méthode a néanmoins parfois été remise en question par la doctrine qui dénonçait la tendance des juges à retenir des modèles de com-

¹⁰⁹⁰ Voir 2^e partie, titre 1, chapitre 1: L'acceptation explicite d'un risque dans la théorie du risque autorisé en droit suisse, n° 308 et s., en particulier n° 363.

¹⁰⁹¹ W. AYED, *La responsabilité pénale des décideurs publics pour infractions non intentionnelles*, *op. cit.*, p. 294.

¹⁰⁹² P. BONFILS et M. GIACOPELLI, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 139, n° 219. Pour la même distinction en droit civil, voir M. PUECH, *Notion et rôle de l'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse, Strasbourg, 1971, p. 84 et s.

¹⁰⁹³ *Ibid.*

portement possédant de trop hautes vertus¹⁰⁹⁴ puis à arguer que le comportement adopté par l'agent n'était par conséquent pas suffisamment diligent¹⁰⁹⁵. Les décisions des juges apparaissaient ainsi souvent comme faisant preuve d'une trop grande sévérité¹⁰⁹⁶, en plaçant le seuil de la répression extrêmement bas. Tel était particulièrement le cas en ce qui concerne les décideurs publics, comme les élus locaux et membres du corps préfectoral, dont la responsabilité était de plus en plus fréquemment engagée¹⁰⁹⁷. Certains auteurs ont alors appelé de leurs vœux une inflexion de la rigueur des magistrats dans leur appréciation de la faute d'imprudence, notamment en proposant qu'ils recourent plutôt à une appréciation dite «*in concreto*», qui consiste à prendre pleinement en considération les «données particulières»¹⁰⁹⁸ et «facultés personnelles»¹⁰⁹⁹ de l'agent, telles que par exemple sa faiblesse physique, sa fragilité psychologique ou encore son état de détresse ou sa naïveté¹¹⁰⁰. Cette méthode d'appréciation du comportement n'en nécessite pas moins de recourir à une comparaison¹¹⁰¹. En effet, le juge ne se contente pas d'établir un simple «jugement de réalité» déterminant de quelle manière le comportement s'est manifesté mais cherche véritablement à dresser un «jugement de valeur» par rapport à un modèle, qui, cette fois-ci, est concret¹¹⁰². Ce modèle est alors défini en se référant à «un individu doté des mêmes caractéristiques que la personne dont on veut évaluer le comportement»¹¹⁰³, ce qui génère ainsi une très grande souplesse dans l'appréciation de la faute d'imprudence.

221. Précisions de la loi du 13 mai 1996

Le législateur s'est finalement emparé de la question de la méthode d'appréciation de la faute non intentionnelle, en cherchant à en préciser les critères, à l'occasion de la réforme du 13 mai 1996¹¹⁰⁴. Il apparaissait alors clairement que son véritable objectif était surtout d'éviter que l'appréciation du comportement des élus locaux ne mène trop facilement à la reconnaissance d'une faute¹¹⁰⁵. Il lui était cependant bien délicat de légiférer pour cette seule catégorie de la population, car une telle approche aurait risqué de porter atteinte «au principe constitutionnel d'égalité des citoyens devant la

¹⁰⁹⁴ P. KOLB et L. LETURMY, *Cours de droit pénal général*, op. cit., p. 186, n° 854.

¹⁰⁹⁵ P. BONFILS et M. GIACOPELLI, *Droit pénal général*, op. cit., p. 139, n° 219.

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*, p. 140.

¹⁰⁹⁷ A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, op. cit., p. 108.

¹⁰⁹⁸ V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, op. cit., p. 5.

¹⁰⁹⁹ J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, op. cit., p. 93, n° 72.

¹¹⁰⁰ P. BONFILS et M. GIACOPELLI, *Droit pénal général*, op. cit., p. 138, n° 217.

¹¹⁰¹ V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, op. cit., p. 6.

¹¹⁰² *Ibid.*

¹¹⁰³ *Ibid.*

¹¹⁰⁴ Loi n° 96-393 du 13 mai 1996, relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence.

¹¹⁰⁵ J. LEROY, *Droit pénal général*, L.G.D.J., 9^e édition, 2022, p. 249, n° 432.

loi»¹¹⁰⁶. En outre, ce procédé aurait vraisemblablement exposé le législateur à la critique, en donnant la désagréable sensation que les hommes politiques sont finalement les premiers bénéficiaires des lois qu'ils adoptent¹¹⁰⁷.

Pour ces raisons, le législateur a décidé d'intervenir par la voie générale, en ajoutant à l'article 121-3 du Code pénal français une énumération des différents critères devant servir pour apprécier le comportement en cause. Cet article dispose désormais à son troisième alinéa, que la faute de l'agent doit s'apprécier par référence aux «*diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait*».

222. Analyse doctrinale de la réforme de 1996

Cette modification législative ne se réfère toutefois aucunement aux méthodes d'appréciation *in abstracto* ou *in concreto* énoncées par la doctrine, ce qui a eu pour conséquence de nourrir une assez vive controverse sur la question de savoir si la méthode d'appréciation de la faute d'imprudence a, en fin de compte, vraiment été modifiée par cette réforme¹¹⁰⁸.

223. L'analyse d'une consécration de la méthode d'appréciation *in concreto* (1)

Une partie de la doctrine¹¹⁰⁹ estime que cette réforme consacre véritablement une appréciation *in concreto* de la faute d'imprudence, en raison de ce qu'elle impose au juge de prendre en compte des critères d'individualisation concrets, tels que la nature des missions ou des fonctions de l'agent, ses compétences ainsi que son pouvoir et ses moyens.

D'aucuns refusent cependant de donner une telle portée à la loi du 13 mai 1996, en mettant en avant la crainte que l'appréciation *in concreto* aboutisse à une appréciation trop individualisée, qui conduirait à des solutions absurdes en matière non intentionnelle¹¹¹⁰, comme cela a déjà été souligné à propos de la prise en compte des défauts personnels en droit suisse¹¹¹¹. Le choix d'un modèle trop concret reviendrait en effet

¹¹⁰⁶ M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 17^e édition, 2019, p. 103.

¹¹⁰⁷ P. BONFILS et M. GIACOPELLI, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 140, n° 220.

¹¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 141, n° 221.

¹¹⁰⁹ Pour des auteurs favorables à une appréciation *in concreto*, voir notamment R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel, vol. 2 – L'infraction et la responsabilité, op. cit.*, p. 199; S. JACOPIN, *Droit pénal général*, Bréal, 3^e édition, 2015, p. 245; P. KOLB et L. LETURMY, *Cours de droit pénal général, op. cit.*, p. 186, n° 854; Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 322 et s.; P. MISTRETTA, *Droit pénal médical, op. cit.*, p. 59; H. RENOUT, *Droit pénal général*, Larcier, 18^e édition, 2013, p. 153; J.-F. SEUVIC, «Responsabilité pénale pour faits d'imprudence ou de négligence – responsabilité des élus locaux et des fonctionnaires», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1996, p. 890 et s. et M. VÉRON, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 107.

¹¹¹⁰ M. BÉNÉJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, Dalloz, 2012, p. 90.

¹¹¹¹ Voir 1^{re} partie, titre 2, chapitre 1, section 1, I: L'appréciation de l'imprévoyance en droit suisse, n° 215.

à considérer que «l'individu qui ne dispose que de faibles moyens ou capacités personnelles»¹¹¹², et qui se conduit donc généralement de manière imprudente en raison de son incapacité à adopter le comportement requis, n'engagerait jamais sa responsabilité pénale¹¹¹³. En revanche, l'individu doté de grandes capacités, qui lui permettent d'assurer un comportement «exemplaire», engagerait quant à lui sa responsabilité pénale à la «moindre défaillance de sa part, nécessairement occasionnelle» car par rapport à ses capacités personnelles, il ne se sera pas comporté de manière assez prudente¹¹¹⁴. En plus d'être injuste, un tel raisonnement occulterait complètement «le caractère préventif et éducatif que doit revêtir la sanction pénale en matière d'imprudence»¹¹¹⁵. Il faut néanmoins modérer la critique à l'égard de l'appréciation *in concreto* car les auteurs qui en défendent l'utilisation dans le cadre de la réforme de 1996 ne tombent jamais dans de tels travers. Ils estiment à l'inverse qu'en matière non intentionnelle, le modèle de référence doit être individualisé en recourant uniquement à des critères objectifs, tels que ceux énoncés par la loi du 13 mai 1996¹¹¹⁶.

224. L'analyse d'une confirmation de la méthode d'appréciation *in abstracto* (2)

Une autre partie de la doctrine¹¹¹⁷ considère que la réforme de 1996 ne fait que confirmer le recours à une appréciation *in abstracto* de la faute d'imprudence. Ces auteurs fondent leur position sur le fait que la disposition issue de la loi du 13 mai 1996 se réfère à l'expression de «diligences normales», laquelle renvoie selon eux implicitement à un modèle normatif abstrait, qui rappelle le standard du bon père de famille¹¹¹⁸. L'énumération subséquente servirait ensuite à inciter le juge à préciser les caractéristiques du modèle abstrait car, contrairement à une idée reçue, l'appréciation *in abs-*

¹¹¹² J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, 2003, p. 471.

¹¹¹³ *Ibid.*

¹¹¹⁴ A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, *op. cit.*, p. 335 et A. DORSNER-DOLIVET, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence: à propos de la chirurgie*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, 1986, p. 246.

¹¹¹⁵ J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, *op. cit.*, p. 471.

¹¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹¹⁷ Pour des auteurs favorables à une appréciation *in abstracto*, voir notamment P. BONFILS et M. GIACOPELLI, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 140, n° 220 et s.; O. DÉCIMA, S. DETRAZ, E. VERNY, *Droit pénal général*, L.G.D.J., 5^e édition, 2022, p. 208, n° 409; E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 737; S. FOURNIER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 2^e édition, 2021, p. 87, n° 185; T. GARÉ, *Droit pénal spécial, personnes et biens*, Bruylant, 8^e édition, 2022, p. 202; P. JOURDAIN, «Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit civil», *op. cit.*, p. 748 et s.; V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 119, n° 197; R. OLLARD et F. ROUSSEAU, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 68; J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 92, n° 71; PH. SALVAGE, «L'imprudence en droit pénal», *La Semaine Juridique Edition Générale*, N° 50, 2017, n° 26 et A. SÉRIAUX, «L'appréciation de la faute pénale d'imprudence en droit français contemporain», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2017, p. 231 et s., n° 8.

¹¹¹⁸ J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 93, n° 72.

tracto n'a jamais signifié que le modèle de référence devait nécessairement être appréhendé de manière invariable quelle que soit l'espèce. Au contraire, il ressort de la jurisprudence antérieure que cette méthode d'appréciation a toujours impliqué une possible individualisation du modèle d'après des critères objectifs, de telle sorte que le modèle générique du bon père de famille peut tout à fait devenir, le cas échéant, celui du bon médecin, du bon chef d'exploitation ou encore du bon sportif¹¹¹⁹. C'est précisément ce mécanisme d'adaptation du modèle de référence que la loi du 13 mai 1996 consacrerait puisqu'elle vise exclusivement des «données personnelles extériorisées»¹¹²⁰ et objectives, telles que les missions, les fonctions, les moyens et le pouvoir de l'agent. Seul le terme de «compétence» aurait pu en faire douter, mais «la circulaire d'application du texte (...) précise que ce terme doit être compris dans son sens juridique, et non par référence aux aptitudes psychologiques personnelles»¹¹²¹. Le modèle de référence resterait donc abstrait, mais prendrait en compte des circonstances objectives qui peuvent influencer sur la conduite à tenir¹¹²², de manière à ne pas juger le «simple *quidam* à l'aune de [ce qui peut être espéré] d'une personne dotée de charges ou de pouvoirs plus relevés, et inversement»¹¹²³.

225. Synthèse (3)

Finalement, les méthodes d'appréciation *in abstracto* et *in concreto* se rejoignent largement en matière non intentionnelle, puisqu'elles conduisent toutes deux à adopter un modèle de référence qui doit être individualisé d'après des critères objectifs. Dès lors, il apparaît que la querelle doctrinale procède plus d'une sensibilité terminologique que d'un véritable désaccord de fond entre les auteurs¹¹²⁴. Il convient donc d'éviter de se cristalliser sur l'une ou l'autre de ces deux méthodes, qui reviennent, en quelque sorte, à voir le verre à moitié plein ou à moitié vide, en partant soit d'un modèle abstrait pour l'individualiser, soit d'un modèle concret pour l'objectiver. En réalité, la loi du 13 mai 1996 consacre une solution intermédiaire, qui correspond en substance à une appréciation «*in abstracto* individualisée», ce qui n'est pas sans rappeler fortement la méthode d'appréciation objective-individualisée employée par le droit suisse.

¹¹¹⁹ PH. CONTE, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 49.

¹¹²⁰ V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, *op. cit.*, p. 7.

¹¹²¹ P. BONFILS et M. GIACOPELLI, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 141, n° 221.

¹¹²² V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, *op. cit.*, p. 7.

¹¹²³ A. SÉRIAUX, «L'appréciation de la faute pénale d'imprudence en droit français contemporain», *op. cit.*, n° 8.

¹¹²⁴ M. BÉNÉJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, *op. cit.*, p. 90, note en bas de page n° 484.

226. Portée de la réforme de 1996

Cette réforme n'a cependant pas profondément bouleversé la façon dont les magistrats apprécient la faute d'imprudence car il leur arrivait déjà avant cette réforme d'adapter leurs modèles de référence en fonction des caractéristiques du prévenu, ce qui donne à cette réforme «une portée beaucoup plus déclarative ou expressive que novatrice, en disant formellement ce qui se pratiquait déjà par la jurisprudence antérieure»¹¹²⁵.

La loi du 13 mai 1996 a néanmoins permis d'exiger un plus grand soin de la part des juges dans la motivation de leurs décisions, en les obligeant à préciser davantage les critères sur lesquelles ils fondent leurs verdicts¹¹²⁶. Cette nouvelle exigence de précision explique d'ailleurs probablement que la Cour de cassation ait appliqué la nouvelle version de l'article 121-3 du Code pénal français à des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la réforme du 13 mai 1996, l'envisageant implicitement comme un texte plus doux que son devancier en vertu du principe de rétroactivité *in mitius*¹¹²⁷.

Pourtant, la réforme n'est pas véritablement parvenue à infléchir la rigueur des juges, qui, tout en se référant aux nouveaux critères de l'article 121-3 du Code pénal français, ont continué de choisir des modèles de référence particulièrement exigeants¹¹²⁸. Dès lors, «l'application de la loi du 13 mai 1996 n'a pas produit les effets escomptés et l'inquiétude des décideurs [publics] n'est pas retombée»¹¹²⁹.

Cet échec de la réforme de 1996 ne s'explique toutefois pas tant par le contenu de la réforme elle-même que par le fait qu'il subsistait en 1996 une tragique interférence entre les appréciations pénale et civile de la faute d'imprudence.

B L'autonomie de l'appréciation de la faute pénale par rapport à la faute civile

227. Contexte initial

Les termes de l'article 121-3 du Code pénal français rappellent largement ceux de l'article 1241 du Code civil français, anciennement article 1383, qui emploient également les notions d'imprudence et de négligence¹¹³⁰. Ce texte dispose que «*chacun est*

¹¹²⁵ Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, *op. cit.*, p. 129.

¹¹²⁶ P. BONFILS et M. GIACOPELLI, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 141, n° 221.

¹¹²⁷ PH. CONTE, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 49.

¹¹²⁸ J. HERMANN, «Le juge pénal, juge ordinaire de l'administration», *Recueil Dalloz*, 1998, p. 195 et s; J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, *op. cit.*, p. 472 et M.-F. STEINLÉ-FEUEBACH, «La responsabilité pénale des maires en cas de catastrophe (au regard des procès de Bruz et de Barbotan) ou la fausse nouveauté de la loi n° 96-393 du 13 mai 1996», *La Semaine Juridique Edition Générale*, N° 43, 1997, n° 9.

¹¹²⁹ M.-C. SORDINO, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 143.

¹¹³⁰ Pour un constat similaire, voir I. LORRAIN-BERTAGNA, *Le statut juridique des infractions d'imprudence et le droit pénal général*, *op. cit.*, p. 103, n° 66.

responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ».

La question s'est alors posée de savoir si les notions d'imprudence et de négligence visées par le droit civil devaient être comprises de la même manière qu'en droit pénal¹¹³¹. Dans l'affirmative, cela signifierait qu'il existerait une unité ou identité entre les fautes pénale et civile, alors que, dans la négative, cela impliquerait l'existence d'une dualité entre ces fautes¹¹³². La réponse s'est avérée « délicate »¹¹³³ et a fait l'objet de plusieurs évolutions.

228. Consécration de l'unité des fautes pénale et civile

Au cours du XIX^e siècle, les fautes pénale et civile ont vécu séparément¹¹³⁴, de telle sorte que le juge pénal et le juge civil pouvaient apprécier chaque faute d'après « ses critères propres, sans être gênés ou conditionnés par [les critères de] l'autre »¹¹³⁵.

La Cour de cassation a ensuite opéré un revirement de jurisprudence¹¹³⁶ à l'occasion de l'arrêt Brochet et Deschamps du 18 décembre 1912¹¹³⁷, dans lequel elle a appliqué la théorie de l'unité des fautes, en considérant que toute faute génératrice d'une responsabilité civile engage également la responsabilité pénale de son auteur, « *sans que la légèreté de la faute commise puisse avoir d'autre effet que celui d'atténuer la peine encourue* ». Cette solution a été justifiée par la volonté d'éviter qu'une divergence dans l'appréciation de la faute d'imprudence ou de négligence entre le juge pénal et le juge civil ne conduise à d'apparentes « contrariétés de décisions entre les deux contentieux »¹¹³⁸, en retenant la faute sur le plan pénal mais non sur le plan civil et inversement¹¹³⁹.

¹¹³¹ P. BONFILS et M. GIACOPELLI, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 151, n° 238. Voir également K. OTHMANE, *L'imprudence pénale et ses liens avec la responsabilité civile*, thèse, Paris, 2007.

¹¹³² J. PRADEL, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 496.

¹¹³³ P. BONFILS et M. GIACOPELLI, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 152, n° 238.

¹¹³⁴ P. KOLB et L. LETURMY, *Cours de droit pénal général, op. cit.*, p. 196, n° 899.

¹¹³⁵ M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, 4^e édition, 2017, p. 350.

¹¹³⁶ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel, vol. 2 – L'infraction et la responsabilité, op. cit.*, p. 228.

¹¹³⁷ Cass. civ. 18 décembre 1912, S. 1914. 1. 249, note Morel, D. 1915. 1. 7: En l'espèce, il s'agissait d'un chantier sur lequel un ascenseur était en train d'être installé. L'appareil était posé mais les guides n'étaient pas encore fixés. L'accès à l'ascenseur était donc interdit. Cependant, pendant la nuit, des inconnus ont retiré le dispositif qui empêchait l'accès à l'ascenseur, laissant croire que la défense de s'en servir avait été levée. Un ouvrier y emmène son collègue. Arrivée au premier étage, la cabine s'effondre, entraînant le décès du collègue. La Cour considère qu'il y a imprudence pénale: « *si atténuée que fût la faute retenue à la charge de Claustre, elle n'en constituait pas moins une imprudence passible des peines édictées par l'article 320* ».

¹¹³⁸ Y. MAYAUD, « La loi Fauchon du 10 juillet 2000 après plus de cinq ans d'application ... », *op. cit.*

¹¹³⁹ Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 315.

229. Terribles conséquences

Les conséquences de cette solution ont été considérables et désastreuses car, en vertu du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil¹¹⁴⁰, lorsque le juge pénal prononçait une relaxe pour absence de faute pénale, le juge civil n'avait plus la possibilité de reconnaître l'existence d'une faute sur le plan civil lui permettant d'allouer une indemnisation à la victime¹¹⁴¹.

Ce résultat était d'autant plus injuste que, dans le même temps, la faute civile a connu un mouvement d'«objectivisation»¹¹⁴², qui visait justement à garantir une meilleure indemnisation des victimes¹¹⁴³. Peu à peu, le juge civil s'est référé à des standards de conduite très élevés, retenant au titre de la faute d'imprudence «des comportements de moins en moins anormaux»¹¹⁴⁴ et parfois même certaines «manières d'agir où l'opinion commune ne voit rien de répréhensible»¹¹⁴⁵. Ce mouvement a conduit à détacher progressivement la faute civile de tout «jugement de valeur morale»¹¹⁴⁶ sur le comportement de l'auteur. La faute civile, comprise au sens de «*tout fait quelconque de l'homme*»¹¹⁴⁷, s'est ainsi réduite jusqu'à ne devenir le plus souvent qu'un simple «procédé technique» d'indemnisation¹¹⁴⁸.

Pour éviter que l'unité des fautes empêche l'indemnisation de la victime, le juge répressif a alors «projeté sur ses décisions les conséquences indemnitaires»¹¹⁴⁹ du droit civil, en se montrant à son tour «fort exigeant sur le plan pénal»¹¹⁵⁰. Il s'est ainsi mis à retenir des défaillances très légères¹¹⁵¹, des «poussières de faute»¹¹⁵², dans des cas où la mesure répressive n'était pas nécessairement utile¹¹⁵³, «quitte à ne les sanctionner

¹¹⁴⁰ Principe posé par l'arrêt *Quertier*, Cass. civ., 7 mars 1855, D. 1855.1.81.

¹¹⁴¹ E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 728.

¹¹⁴² F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, op. cit., p. 312.

¹¹⁴³ E. Salomon, *La faute civile et la faute pénale dans l'homicide et les coups et blessures par imprudence*, thèse, Lyon, 1918, p. 10.

¹¹⁴⁴ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, thèse, Paris, 1972, p. 180.

¹¹⁴⁵ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations 2, le fait juridique*, Sirey, 14^e édition, 2011, p. 82.

¹¹⁴⁶ A. D'HAUTEVILLE, «Les transformations de la faute pénale», op. cit., p. 15.

¹¹⁴⁷ Art. 1240 CCF (anciennement 1382 CCF).

¹¹⁴⁸ P. FAUCHON, *Rapport n° 32, sur la proposition de loi relative à la responsabilité pénale des élus locaux pour des faits d'imprudence ou de négligence commis dans l'exercice des fonctions*, fait au nom de la commission des lois, Sénat, déposé 18 octobre 1995. Dans le même sens, voir S. CHARPENTIER, *Contribution à l'étude de la faute pénale d'imprudence*, thèse, Montpellier, 1993, p. 63.

¹¹⁴⁹ Y. MAYAUD, «La loi Fauchon du 10 juillet 2000 après plus de cinq ans d'application ...», op. cit.

¹¹⁵⁰ Y. MAYAUD, «Violences involontaires: théorie générale», op. cit., n° 280.

¹¹⁵¹ *Ibid.*, n° 280.

¹¹⁵² J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 177.

¹¹⁵³ P. KOLB et L. LETURMY, *Cours de droit pénal général*, op. cit., p. 196, n° 900.

que de manière symbolique»¹¹⁵⁴. La pénalisation de la «*culpa levissima*»¹¹⁵⁵ a dès lors engendré une «dénaturation»¹¹⁵⁶ regrettable de la faute pénale d'imprudence, qui s'est progressivement éloignée de sa dimension morale¹¹⁵⁷.

Cette pratique judiciaire a unanimement été critiquée par la doctrine¹¹⁵⁸ car, contrairement à la responsabilité civile, qui tend essentiellement à assurer la réparation du préjudice subi par la victime¹¹⁵⁹, la responsabilité pénale se présente comme une responsabilité «punitive»¹¹⁶⁰, dont l'une des fonctions essentielles est de rétribuer, «dans l'intérêt de la société»¹¹⁶¹, la personne qui a adopté un comportement blâmable¹¹⁶². Dès lors, si l'obligation pour l'auteur d'un dommage de toujours indemniser sa victime apparaît incontestable, devoir répondre pénalement de n'importe quel comportement dommageable est largement plus contestable¹¹⁶³, car en enlevant sa force morale à la faute, c'est le fondement même de l'exigence de culpabilité qui est remis en cause¹¹⁶⁴.

¹¹⁵⁴ Y. MAYAUD, «Violences involontaires: théorie générale», *op. cit.*, n° 280.

¹¹⁵⁵ *Ibid.* n° 280.

¹¹⁵⁶ Y. MAYAUD, *La responsabilité pénale des décideurs locaux*, Lamy, 2012, p. 70, n° 100.

¹¹⁵⁷ I. LORRAIN-BERTAGNA, *Le statut juridique des infractions d'imprudence et le droit pénal général*, thèse, Nice, 1996, p. 108.

¹¹⁵⁸ Pour une critique forte, voir A. DORSNER-DOLIVET, selon qui «la conception de plus en plus laxiste de la faute tue la faute parce que l'homme n'y voit bientôt plus que le prétexte d'une sanction et non une justification de la peine et parce que chacun s'habitue à être en faute». (*Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence: à propos de la chirurgie*, *op. cit.*, p. 132).

¹¹⁵⁹ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, *op. cit.*, p. 312.

¹¹⁶⁰ J.-C. SAINT-PAU, «Responsabilité civile et responsabilité pénale – La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive?», *Responsabilité civile et assurance*, N° 5, mai 2013, dossier 23, n° 5.

¹¹⁶¹ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, *op. cit.*, p. 312.

¹¹⁶² Sur l'absence de justification technique pour assimiler les deux fautes, voir M. AKIDA, *La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence*, Bibliothèque de sciences criminelles, tome 29, L.G.D.J., 1994, p. 21 n° 19.

¹¹⁶³ M.-E. CARTIER, «Introduction au colloque organisé le 1^{er} février 2001 par le Centre de recherche en droit privé de Paris I», *La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000*, Paris, Revue de sciences criminelles et de droit comparé, 2001, p. 725 et s.

¹¹⁶⁴ Sur la nécessaire distinction des responsabilités civile et pénale en raison de leurs objectifs divergents, voir A. PIROVANO, *Faute civile et faute pénale, essai de contribution à l'étude des rapports entre la faute des articles 1382-1383 du Code civil et la faute des articles 319-320 du Code pénal*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1966, p. 285, n° 318. Cet auteur énonce que «Droit civil et droit pénal poursuivant des buts différents, ces deux disciplines placent leurs limites en des lieux distincts. Le premier, tout entier dominé par la nécessité d'effacer un dommage, reporte son attention sur le résultat du comportement humain. (...) La faute peut alors être appréciée de manière plus large puisque la responsabilité civile n'ira pas au-delà de la limite naturelle: le préjudice effectif. Le droit pénal, au contraire, par sa fonction punitive, regarde avant tout le comportement. Il envisage la faute elle-même. C'est la faute qui constitue le fondement et la limite naturelle de la répression».

230. Tentative échouée de restaurer le dualisme des fautes pénale et civile

Pour ces raisons, le législateur a cherché à neutraliser cette dérive jurisprudentielle en essayant de dégager l'appréciation de la faute pénale des considérations indemnitaires du droit civil, afin qu'elle puisse retrouver toute son autonomie.

Le législateur est d'abord intervenu par une loi du 8 juillet 1983¹¹⁶⁵ renforçant la protection des victimes d'infractions, en créant un article 470-1 dans le Code de procédure pénale. Cet article disposait alors que « *le tribunal saisi, à l'initiative du ministère public ou sur renvoi d'une juridiction d'instruction, de poursuites exercées pour homicide ou blessures involontaires qui prononce une relaxe demeure compétent, sur la demande de la partie civile ou de son assureur formulée avant la clôture des débats, pour accorder, en application des règles de droit civil, réparation de tous les dommages résultant des faits qui ont fondé la poursuite* ».

Ce texte a suscité un réel espoir de faire bouger la ligne jurisprudentielle puisqu'il permettait à la victime d'obtenir réparation de la part du juge pénal, même en cas de relaxe¹¹⁶⁶. La doctrine s'est cependant demandé si cette disposition signifiait que le juge pénal était désormais autorisé à indemniser la victime en se fondant sur l'existence d'une faute civile, ce qui aurait mis un terme à la thèse de l'unité des fautes, ou s'il l'autorisait seulement à faire application de la jurisprudence civile en vigueur, c'est-à-dire à se fonder sur la responsabilité civile du fait des choses ou sur la responsabilité contractuelle¹¹⁶⁷.

La chambre criminelle de la Cour de cassation¹¹⁶⁸ s'est prononcée en faveur de la seconde interprétation, en envisageant cet article comme « une simple réforme de procédure qui [dispense] la victime, en cas de relaxe, de la nécessité de saisir à nouveau le juge civil pour obtenir réparation fondée sur des règles de responsabilité civile dont la chambre criminelle n'admettait pas jusqu'alors l'application par les juridictions répressives »¹¹⁶⁹. En dépit d'une simplification procédurale bienvenue pour la victime, cette loi n'a donc pas emporté le changement de fond escompté: le dogme unitaire a été intégralement préservé, ce qui a donné à cette réforme l'effet d'un simple pétard mouillé.

231. Consécration du retour au dualisme des fautes pénale et civile

Le législateur est ensuite intervenu de manière plus marquée à l'occasion de la loi du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels¹¹⁷⁰, en apportant des modifications tant dans le droit substantiel que dans le droit procédural.

¹¹⁶⁵ Loi n° 83-608 du 8 juillet 1983, renforçant la protection des victimes d'infraction.

¹¹⁶⁶ P. BONFILS et M. GIACOPELLI, *Droit pénal général*, op. cit., p. 154, n° 242.

¹¹⁶⁷ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, op. cit., p. 315.

¹¹⁶⁸ Cass. crim., 13 octobre 1987, Bull. crim. n° 347 et Cass. crim., 3 novembre 1986, Bull. crim. n° 313, RSC 1987. 426, obs. Levasseur.

¹¹⁶⁹ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, op. cit., p. 315.

¹¹⁷⁰ Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.

232. Consécration sur le plan substantiel (1)

Sur le plan substantiel, comme précédemment évoqué, cette loi a créé un quatrième alinéa à l'article 121-3 du Code pénal français¹¹⁷¹, qui dispose qu'en ce qui concerne les personnes physiques, l'auteur indirect doit commettre une faute qualifiée. Cette nouvelle catégorie de faute est dotée de critères particuliers, à savoir la violation volontaire d'une norme pour la faute délibérée et la connaissance d'un risque particulièrement grave pour la faute caractérisée. Il s'agit de critères restrictifs, qui se démarquent nettement de ceux très larges de la faute civile d'imprudence¹¹⁷². Dès lors, la faute pénale qualifiée doit être exclue du champ de l'unité des fautes pénale et civile, ce qui signifie que, lorsque le juge pénal prononce la relaxe d'une personne physique pour absence de faute qualifiée, une indemnisation de la victime reste toujours possible sur le fondement d'une faute civile d'imprudence¹¹⁷³. Cette modification produit donc une limitation du principe unitaire en cas de causalité indirecte, qui concerne toutefois seulement les personnes physiques, étant donné que «les personnes morales sont pénalement responsables même pour des fautes simples en cas de causalité indirecte»¹¹⁷⁴.

233. Consécration sur le plan procédural (2)

Sur le plan procédural, cette loi est allée plus loin, en créant un article 4-1 dans le Code de procédure pénale, qui peut être appliqué à l'ensemble des fautes pénales non intentionnelles. Il affirme que «l'absence de faute pénale non intentionnelle au sens de l'article 121-3 du Code pénal ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant les juridictions civiles afin d'obtenir la réparation d'un dommage sur le fondement de l'article 1241 du Code civil si l'existence de la faute civile prévue par cet article est établie (...)»¹¹⁷⁵. Ainsi, pour mettre fin au principe unitaire, le législateur a choisi une voie détournée par laquelle il «n'affirme pas ouvertement que la faute civile est distincte de la faute pénale d'imprudence»¹¹⁷⁶ mais où il se contente d'exclure l'autorité sur le civil de la chose jugée au criminel pour certaines décisions, «en laissant à la Cour de cassation le soin d'en tirer les conséquences quant au fond»¹¹⁷⁷.

De manière inattendue, et «après s'être longtemps accrochée au principe [unitaire]»¹¹⁷⁸, la Cour de cassation a réservé un accueil très favorable à cette réforme

¹¹⁷¹ Voir 1^{re} partie, chapitre 1, section 1, II, B, «la faute qualifiée», n° 189.

¹¹⁷² P. JOURDAIN, «Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit civil», *op. cit.*, p. 748.

¹¹⁷³ *Ibid.*

¹¹⁷⁴ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel*, vol. 2 – *L'infraction et la responsabilité*, *op. cit.*, p. 230.

¹¹⁷⁵ L'article précise ensuite qu'il en va de même «en application de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale si l'existence de la faute inexcusable prévue par cet article est établie».

¹¹⁷⁶ P. JOURDAIN, «Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit civil», *op. cit.*

¹¹⁷⁷ E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 730.

¹¹⁷⁸ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, *op. cit.*, p. 322.

dans un arrêt du 30 janvier 2001¹¹⁷⁹. A cette occasion, la première chambre civile de la Cour de cassation s'est approprié le principe de l'article 4-1 du Code de procédure pénale, en l'appliquant à une espèce antérieure à l'entrée en vigueur de la réforme. Elle énonce ainsi dans un attendu de principe audacieux que «*la déclaration par le juge répressif de l'absence de faute pénale non intentionnelle ne fait pas obstacle à ce que le juge civil retienne une faute civile d'imprudence ou de négligence*». Ce n'est que par la suite que la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 16 septembre 2003¹¹⁸⁰, est véritablement venue déduire de la règle de procédure la conséquence qui en découlait pour le droit substantiel, en affirmant très clairement que «*l'article 4-1 du Code de procédure pénale [français] applicable à l'espèce dissocie la faute civile de la faute pénale non intentionnelle*». Cette solution s'imposait bien naturellement car, à partir du moment où la faute civile peut exister en l'absence de la faute pénale, il n'y a plus d'unité des fautes possible¹¹⁸¹.

De cette manière, la Cour de cassation a formellement consacré le retour à la dualité des fautes pénale et civile, permettant ainsi de les replacer «dans leur domaine propre, avec pour avantage de pouvoir les apprécier sur le fondement d'une philosophie séparée»¹¹⁸². Le juge répressif a ainsi retrouvé la liberté d'appréciation «qu'il n'aurait jamais dû perdre», liberté dont il peut à présent user afin de ne plus reconduire la sévérité de ses solutions antérieures¹¹⁸³. Les comportements les moins graves peuvent ainsi être exclus du champ pénal, dès lors qu'ils ne se sont «que l'expression d'une défaillance toujours possible et non point le signe d'une délinquance avérée»¹¹⁸⁴.

En revanche, le principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil continue de s'appliquer au juge civil lorsque le juge répressif établit l'existence d'une faute¹¹⁸⁵. La faute pénale étant «plus étroite que la faute civile»¹¹⁸⁶, le juge civil est alors tenu de reconnaître l'existence d'une faute civile, en raison de la logique selon laquelle «qui peut le plus peut le moins».

¹¹⁷⁹ Cass. civ. 1^{re}, 30 janvier 2001, n° 98-14.368, D. 2001, p. 2232, obs. Jourdain, RTD civ. 2001. 376, obs. Jourdain, JCP 2001.I.338, n° 4 et s., obs. Viney, Resp. civ. et assur. 2001. 16 obs. Agard.

¹¹⁸⁰ Cass. civ. 2^e, 16 septembre 2003, n° 01-16.715, D. 2003. 2562, obs. Prétot, D. 2004. 721, note Bonfils.

¹¹⁸¹ A. GIUDICELLI, «Principe de l'autorité de la chose jugée du pénal sur le civil», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2003, p. 125 et s.

¹¹⁸² Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 316.

¹¹⁸³ Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, op. cit., p. 152.

¹¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 153.

¹¹⁸⁵ C. DESNOYER, «L'article 4-1 du code de procédure pénale, la loi du 10 juillet 2000 et les ambitions du législateur: l'esprit contrarié par la lettre», *Recueil Dalloz*, p. 979 et s 2002, p. 979.

¹¹⁸⁶ G. VINEY, «Conclusion au colloque organisé le 1^{er} février 2001 par le Centre de recherche en droit privé de Paris I», *La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000*, Paris, AJ Pénal, 2001, p. 764.

234. Limites du retour à l'autonomie de la faute pénale

Toutefois, l'autonomie retrouvée de la faute pénale semble ne pas avoir été pleinement prise «en compte par les juridictions répressives, qui n'ont pas réévalué, à la suite de la réforme, leur appréciation de la faute pénale en y introduisant le critère de gravité qu'elle implique»¹¹⁸⁷. Malgré la réforme, le juge pénal a ainsi maintenu la sévérité de son appréciation, en continuant de sanctionner des comportements de faible gravité¹¹⁸⁸.

L'échec de cette réforme s'explique sans doute par le fait que «le législateur ne peut se contenter de demi-mesures lorsqu'il entend priver le juge répressif d'un pouvoir d'interprétation qu'il s'est librement octroyé pendant près d'un siècle»¹¹⁸⁹. Pour que la réforme soit efficace, il aurait sans doute fallu que le législateur mentionne directement le critère de gravité de la faute simple d'imprudence dans les textes du droit substantiel, c'est-à-dire soit au troisième alinéa de l'article 121-3 du Code pénal, soit dans les textes d'incrimination de l'homicide et des blessures non intentionnels¹¹⁹⁰.

235. Synthèse sur l'appréciation de la faute d'imprudence

En définitive, les conditions d'appréciation de la faute d'imprudence ont longuement évolué en droit pénal français. Pour essayer d'infléchir la sévérité des juges répressifs dans l'appréciation de la faute d'imprudence, le législateur a procédé en deux temps. Il est d'abord intervenu à l'occasion de la loi du 13 mai 1996¹¹⁹¹, par laquelle il a précisé la méthode d'appréciation de la faute d'imprudence, en visant expressément les critères objectifs permettant d'individualiser le modèle de référence. Toutefois, cette modification n'a pas suffi car, tenu par le principe prétorien de l'unité des fautes pénale et civile, le juge répressif restait prisonnier de considérations civilistes dans son appréciation de la faute pénale. Il est ensuite de nouveau intervenu, à l'occasion de la loi du 10 juillet 2000¹¹⁹², par laquelle il a d'une part créé la faute qualifiée, dont les caractéristiques exigeantes s'apprécient indépendamment de la faute civile et, d'autre part, rendu son autonomie d'appréciation à la faute pénale grâce à une modification procédurale. Malheureusement, cette dernière réforme n'a pas non plus suffi à casser l'habitude de sévérité que les juges pénaux avaient pris dans leur appréciation de la faute d'imprudence ordinaire.

¹¹⁸⁷ E. DREYER, *Droit pénal spécial*, L.G.D.J., 2020, p. 797, n° 1466.

¹¹⁸⁸ E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 732.

¹¹⁸⁹ *Ibid.*

¹¹⁹⁰ *Ibid.*

¹¹⁹¹ Loi n°96-393 du 13 mai 1996, relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence.

¹¹⁹² Loi n°2000-647 du 10 juillet 2000, tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.

236. Conclusion de la section 2

Les droits suisse et français recourent à une méthode similaire pour apprécier le comportement non intentionnel.

En droit suisse, l'imprévoyance est appréciée selon la méthode objective-individualisée, qui consiste à comparer la conduite du prévenu à celle d'un modèle de référence, individualisée d'après des critères objectifs. Employée de longue date par les juges helvètes, cette méthode a prouvé son efficacité en instituant un modèle de comparaison opérationnel, qui possède des qualités raisonnables et satisfaisantes aux yeux de la doctrine suisse. L'existence de cette méthode a constitué un terreau fertile à l'émergence de la théorie du risque autorisé, qui vise à assigner une limite claire au fait non intentionnel réprimé. Elle permet d'éviter une appréciation trop extensive du comportement non intentionnel punissable¹¹⁹³.

En droit français, nonobstant la controverse doctrinale, la loi du 13 mai 1996 a établi que la faute pénale d'imprudence devait s'apprécier selon la méthode *in abstracto* individualisée, qui se réfère, comme en droit suisse, à un modèle de comparaison abstrait, qui est individualisé en fonction des caractéristiques objectives du prévenu. Cette réforme a eu le mérite de préciser dans la loi les critères d'appréciation du modèle de référence, même s'il arrive encore aujourd'hui que leur détermination exacte fasse l'objet de quelques hésitations dans la doctrine française.

Toutefois, les droits suisse et français se différencient du point de vue de la liberté dont les juges répressifs des deux pays disposent dans la mise en œuvre de cette méthode, ce qui conduit à des résultats différents.

En droit suisse, le juge répressif a pu appliquer cette méthode librement et indépendamment des considérations du droit civil. Il a ainsi pu façonner une appréciation purement pénale de l'imprévoyance, en cherchant à corriger au fil du temps les appréciations qui paraissaient trop sévères et extensives.

A l'inverse, en droit français, le juge pénal a appliqué cette méthode en tenant compte des conséquences indemnitaires de sa décision à cause du principe d'unité des fautes pénale et civile. Ce principe a durablement marqué l'appréciation de la faute pénale ordinaire qui, même après le retour à la dualité des fautes pénale et civile en 2000, a continué d'être appréciée sans concession. Cette interférence indemnitaire a eu pour effet de rabaisser drastiquement le seuil du comportement imprudent.

237. Conclusion du chapitre 1

Le comportement non intentionnel, qui caractérise la première variable du seuil recherché, est envisagé selon des approches différentes en droits suisse et français.

¹¹⁹³ Voir 2^e partie, titre 1, chapitre 1: L'acceptation explicite d'un risque dans la théorie du risque autorisé en droit suisse, n° 308 et s., en particulier n° 363.

Le droit suisse adopte une conception unitaire du comportement non intentionnel, en se référant à la seule notion d'imprévoyance pénale, sans faire de distinction en fonction du degré de gravité du comportement. L'imprévoyance est décrite dans les textes de manière large et extensive. Selon la conception finaliste, elle se décompose en un volet interne et un volet externe, qui renvoient respectivement à la prévisibilité du résultat et aux mesures permettant d'éviter sa réalisation. Elle s'apprécie d'après la méthode objective-individualisée en fonction des seuls intérêts pénaux, ce qui a permis au juge pénal d'exercer sa liberté d'appréciation en vue d'une juste répression. Il s'agit d'une notion stable, qui n'a pas connu d'évolution notable dans la loi ou la jurisprudence mais dont les contours ont pu être circonscrits grâce aux réflexions doctrinales relatives au risque autorisé. Le résultat paraît raisonnable.

A l'inverse, le droit français a fait évoluer son approche du comportement non intentionnel en passant d'une conception unitaire de la faute pénale d'imprudence à une conception dualiste.

Originellement, le droit français fondait sa conception de la faute d'imprudence sur la seule idée d'imprévoyance comme en droit suisse. La faute d'imprudence était alors appréciée de manière extensive de la part du juge pénal. Pour y remédier, le législateur a procédé à deux réformes successives.

Par la loi du 13 mai 1996¹¹⁹⁴, il est venu préciser la manière dont la faute pénale d'imprudence doit être appréciée, en instaurant une méthode d'appréciation *in abstracto* individualisée, qui s'avère similaire à celle pratiquée en droit suisse. Toutefois cette réforme n'a pas pu porter tous ses fruits en raison du principe de l'unité des fautes pénale et civile. La faute a continué d'être appréciée de manière extensive.

Le législateur est intervenu une seconde fois avec la loi du 10 juillet 2000¹¹⁹⁵, qui a produit deux changements majeurs. Tout d'abord, cette loi a mis fin au principe unitaire en réformant la procédure pénale, permettant ainsi au juge répressif d'apprécier à nouveau la faute pénale indépendamment de la faute civile, sans toutefois parvenir à infléchir véritablement sa sévérité. Ensuite, cette loi a instauré un système dualiste original, en créant à côté de la faute ordinaire une nouvelle catégorie de faute d'imprudence dite qualifiée, qui se subdivise à son tour en deux : d'une part la faute délibérée, la plus grave, qui permet d'aggraver la répression et, d'autre part, la faute caractérisée, qui a vu son champ d'application être considérablement étendu par la jurisprudence.

Au-delà d'introduire de subtiles nuances au sein de la faute d'imprudence, cette dualité des fautes simple et qualifiée présente l'avantage de permettre de moduler le seuil

¹¹⁹⁴ Loi n° 96-393 du 13 mai 1996, relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence.

¹¹⁹⁵ Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.

de la répression en fonction du caractère direct ou indirect de la causalité, avec un lien de causalité plus exigeant pour la faute simple que pour la faute qualifiée. Le résultat d'un tel système doit encore être interrogé.

Ainsi, la portée répressive d'une faute d'imprudence en droit français dépend étroitement de la nature du lien de causalité, ce qui n'est pas le cas en droit suisse. Il convient dès lors d'examiner plus précisément comment le lien de causalité, seconde variable de la répression du fait non intentionnel, est traité dans les deux ordres juridiques. La combinaison de ces deux variables devrait permettre de donner un premier aperçu du seuil de la répression en matière non-intentionnelle.

Chapitre 2 Le lien de causalité

238. Seconde variable

Les infractions d'atteinte non intentionnelle à la personne exigent qu'un lien de causalité soit démontré entre le comportement non intentionnel et le résultat constitutif de l'infraction¹¹⁹⁶, à savoir le décès ou les blessures subies par la victime. Il s'agit de la seconde variable du fait non intentionnel, qui permet de définir un seuil de la répression.

En réalité, le lien de causalité revêt une « importance spectaculaire »¹¹⁹⁷ dans la répression des faits non intentionnels car, en fonction de la définition de la causalité retenue, un nombre plus ou moins grand de faits générateurs pourront être désignés comme significatifs sur le plan pénal, ouvrant ou fermant en conséquence la voie à l'engagement de la responsabilité pénale.

Il convient dès lors d'examiner la manière dont la question de la causalité est traitée en droit suisse au travers d'un régime unitaire, quoique différencié lorsque le fait générateur est une omission. Il s'agit d'une causalité qui pourrait être appréciée de manière extensive mais que les juges, là encore, ont su circonscrire en pratique (Section 1). Il conviendra ensuite d'examiner comment la causalité est traitée en droit français, en particulier après la loi du 10 juillet 2000, qui introduit un régime dualiste original en distinguant la causalité directe de la causalité indirecte. Cette réforme, qui visait à dé-pénaliser certains faits non intentionnels par le bais de la causalité, n'est pas véritablement parvenue à abaisser le seuil de la répression en raison d'une appréciation extensive de la notion de causalité directe par les juges répressifs (Section 2).

Section 1 La causalité en droit suisse

239. Fondement textuel

En droit suisse, l'exigence d'un lien de causalité figure directement, de manière plus ou moins expresse, dans les textes d'incrimination des infractions d'atteinte non intentionnelle à la personne. L'article 117 du Code pénal suisse, relatif à l'homicide par négligence, vise « celui qui, par négligence, aura causé la mort » alors que l'article 125 du même code, relatif aux lésions corporelles par négligence, se réfère à « celui qui, par négligence, aura fait subir (...) une atteinte ». Malgré leurs petites différences rédactionnelles, ces deux textes se réfèrent à une exigence commune de causalité entre l'imprévoyance de l'auteur et le résultat survenu dans le monde extérieur.

¹¹⁹⁶ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, Stämpfli, 2^e édition mise à jour par B. STRÄULI, 1995, p. 90.

¹¹⁹⁷ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, tome 3, Droit pénal spécial, 1^{re} partie*, Cujas, 1982, p. 1446.

240. Causalité en matière de commission et d'omission

Il convient d'abord d'examiner la façon dont le lien de causalité doit être établi en matière de commission (I), avant de préciser comment il doit être adapté dans le cas particulier d'une omission (II).

I La causalité en matière de commission

241. Causalité naturelle et adéquate

Lorsqu'il s'agit d'une négligence par commission, la doctrine et la jurisprudence ont dégagé deux théories qui sont employées successivement pour établir l'existence d'un lien de causalité: la causalité doit être naturelle (A) et adéquate (B).

A La causalité naturelle

242. Définition de la causalité naturelle

La théorie de la causalité naturelle (*natürliche Kausalität*), encore dénommée théorie de l'équivalence des conditions¹¹⁹⁸ (*Bedingungs- oder Äquivalenztheorie*), énonce que, pour être causal, le comportement illicite de l'auteur doit être la condition *sine qua non* du résultat, c'est-à-dire la condition nécessaire sans laquelle le résultat ne se serait pas produit¹¹⁹⁹. Il s'agit ainsi de se demander si, sans le comportement en cause, le résultat se serait tout de même produit de cette façon¹²⁰⁰.

Le raisonnement ne s'effectue donc que par hypothèse, ce qui empêche de pouvoir affirmer la causalité naturelle avec une certitude absolue¹²⁰¹. C'est la raison pour laquelle l'action est considérée comme naturellement causale dès lors qu'il est possible d'affirmer avec une vraisemblance confinant à la certitude¹²⁰², ou tout au moins avec un haut degré de vraisemblance¹²⁰³, que ce résultat ne se serait pas réalisé si l'auteur avait agi différemment.

¹¹⁹⁸ Pour des développements sur l'équivalence des conditions en droit civil français, voir CH. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2010, p. 28 et s.

¹¹⁹⁹ M. DUPUIS et L. MOREILLON, «Art. 12», *Petit commentaire CP*, Helbing Lichtenhahn, 2^e édition, 2017, p. 104; C. FAVRE, M. PELLET et P. STAUDMANN, «Art. 12», *Code pénal*, éditions Bis et Ter, 3^e édition, 2011, p. 49; C. GETH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Helbing Lichtenhahn, 7^e édition, 2021, p. 42 et H. LANDOLT, «Medizinalhaftung, aktuelle Rechtsprechung zu ausgewählten Problembereichen der Arzthaftung», *Haftung und Versicherung*, Schulthess, 2009, p. 334. Dans ce sens, voir également ATF 133 IV 158; ATF 125 IV 195; ATF 122 IV 17; ATF 121 IV 207; ATF 116 IV 306 et ATF 115 IV 199.

¹²⁰⁰ N. QUELOZ, *Droit pénal suisse, partie générale*, Schulthess, 3^e édition, 2019, p. 77.

¹²⁰¹ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable, op. cit.*, p. 90.

¹²⁰² ATF 125 IV 195; ATF 116 IV 306; ATF 115 IV 199 et ATF 101 IV 149.

¹²⁰³ ATF 133 IV 158; ATF 125 IV 195; ATF 116 IV 306 et ATF 115 IV 199.

Pour déterminer cela, le juge doit se positionner comme un « tiers observateur »¹²⁰⁴. Il lui incombe d'analyser l'enchaînement causal de « manière strictement factuelle, à la façon de l'observation scientifique »¹²⁰⁵. L'appréciation se fait *ex post*, c'est-à-dire en fonction des connaissances acquises y compris postérieurement à la survenance des faits¹²⁰⁶.

L'imprévoyance n'a pas besoin d'être la cause unique ou immédiate du résultat – ce qui est d'ailleurs rarement le cas – ni même d'être la dernière cause¹²⁰⁷. Toute cause, aussi insignifiante soit-elle, étant par définition considérée comme équivalente aux autres, plusieurs causes peuvent donc concourir à la production du dommage¹²⁰⁸. Il s'agira seulement de déterminer si l'acte reproché à l'auteur constitue l'une des conditions sans lesquelles le dommage ne se serait pas réalisé¹²⁰⁹. Le lien de causalité est ainsi caractérisé lorsque l'auteur hâte un résultat qui se serait de toute manière réalisé (*überholende Kausalität*) ou lorsque le résultat est dû à un concours de causes (*kumulative Kausalitäten*)¹²¹⁰: l'automobiliste cause la mort du piéton qu'il renverse, quand bien même celui-ci était un cancéreux de stade avancé ou a été surpris par la manœuvre insensée d'un autre automobiliste ou encore s'est vidé de son sang parce qu'il est hémophile¹²¹¹.

243. Appréciation de la causalité naturelle par les juges

La constatation d'un lien de causalité naturel est une question de fait¹²¹², qui relève de l'appréciation des preuves et des expertises scientifiques par les juges du fond¹²¹³. Elle ne peut donc pas être invoquée dans le cadre d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral, sauf en cas d'appréciation arbitraire (article 9 de la Constitution suisse) ou si les juges du fond ont « perdu de vue l'exigence d'une causalité naturelle ou [ont] mal compris cette notion »¹²¹⁴, car l'exigence d'une causalité naturelle relève du droit fédéral.

¹²⁰⁴ G. ETIER et B. STRÄULI, « Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale », *Journée de la responsabilité civile 2014*, Schulthess, Genève, 2015, p. 41.

¹²⁰⁵ B. CORBOZ, « L'homicide par négligence (art. 117 CP) », *Les infractions en droit suisse*, Stämpfli, 3^e édition, 2010, p. 202.

¹²⁰⁶ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 90.

¹²⁰⁷ B. CORBOZ, « L'homicide par négligence (art. 117 CP) », *op. cit.*, p. 201.

¹²⁰⁸ *Ibid.*

¹²⁰⁹ *Ibid.*, p. 85.

¹²¹⁰ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 91.

¹²¹¹ *Ibid.*

¹²¹² ATF 117 IV 130; ATF 115 IV 100 et ATF 115 IV 241.

¹²¹³ B. CORBOZ, « Art. 12 », *Commentaire romand, code pénal I*, dirigé par R. ROTH et L. MOREILLON, Helbing Lichtenhahn, 2009, p. 150.

¹²¹⁴ B. CORBOZ, « L'homicide par négligence (art. 117 CP) », *op. cit.*, p. 86. Voir par ex. ATF 117 IV 130.

244. Illustration de la causalité naturelle

Par exemple, le Tribunal fédéral a été amené à se prononcer au sujet de la causalité naturelle dans l'hypothèse particulière de la coaction, c'est-à-dire lorsque plusieurs individus prennent part à une action dommageable commune¹²¹⁵. Il s'est d'abord prononcé dans l'affaire dite des *Rolling stones*. Deux individus s'étaient concertés pour déplacer deux rochers en les faisant rouler en contre-bas d'une pente raide. En raison d'un manque de précaution, un pêcheur avait été tué par l'un des rochers, sans qu'il soit possible de déterminer lequel des deux protagonistes avait causé la mort du malheureux¹²¹⁶. Le Tribunal fédéral¹²¹⁷ a considéré que le lien de causalité naturel devait être admis à l'égard de l'action des deux auteurs, alors même que seule l'action de l'un d'entre eux était véritablement la cause du décès. Cet arrêt a fait l'objet d'une controverse doctrinale du fait qu'il admettait un double lien de causalité naturel alors même qu'il n'était pas possible de déterminer laquelle des deux personnes avait commis le dommage. Cette solution était néanmoins saluée pour son résultat qui évitait l'impunité. Le Tribunal fédéral s'est ensuite prononcé dans une autre affaire, celle des *flying rockets*¹²¹⁸, dans laquelle deux agents ont allumé chacun deux fusées pyrotechniques. L'une de ces quatre fusées a causé un incendie sans qu'il soit possible de déterminer lequel des deux agents avait allumé la fusée ayant causé le résultat. Au contraire de la solution admise dans l'arrêt des *Rolling stones*, le Tribunal fédéral a considéré ici que l'impossibilité d'identifier l'auteur du dommage empêchait de retenir une responsabilité commune¹²¹⁹. Une telle divergence de solution trouve son explication dans le fait que, dans l'espèce des *flying rockets*, il n'existait aucune décision commune entre les auteurs. Ces derniers n'ont pas échangé sur la manière dont ils allaient procéder aux tirs des projectiles et chacun a décidé lui-même de la manière dont il voulait tirer les fusées. Leurs actions n'étaient que concomitantes. L'appréciation de la différence reste délicate, ce qui laisse la position du Tribunal fédéral encore assez ouverte sur ce point¹²²⁰.

¹²¹⁵ *Ibid.*, p. 85.

¹²¹⁶ C. FAVRE, M. PELLET et P. STOUDEMANN, «Art. 12», *op. cit.*, p. 50.

¹²¹⁷ ATF 113 IV 58.

¹²¹⁸ R. EHMANN et C. E. BERTSCHINGER, «Von «rolling stones» zu «flying rockets», Die fahrlässige Mittäterschaft erneut auf dem bundesgerichtlichen Prüfstand», *Forumpoenale*, 2/2018, p. 137 et s.

¹²¹⁹ ATF 143 IV 361. Voir L. JETZER, et N. MARKWALDER, «Plädoyer gegen die fahrlässige Mittäterschaft», *Forumpoenale*, 3/2018, p. 220 et s. Voir également K. VILLARD, «Coactivité par négligence: le retour des «Rolling stones»?», *Pratique juridique actuelle*, Dike, p. 1453 et s.

¹²²⁰ En droit français, la question de la coaction en matière non intentionnelle s'est notamment posée dans une espèce au cours de laquelle deux enfants ont tiré à la fronde sur d'autres enfants, blessant grièvement l'un d'entre eux sans qu'il soit possible d'identifier l'auteur du tir (Cass. crim., 7 mars 1968, n° 67-90.027). Elle s'est également posée dans une autre espèce, dans laquelle deux individus, qui utilisaient tour à tour une même arme pour s'entraîner au tir

245. Défaut de la causalité naturelle

La causalité naturelle présente néanmoins le défaut d'être théoriquement infinie¹²²¹. «D'un résultat déterminé, il est toujours possible de remonter la chaîne causale vers une multitude d'actions»¹²²².

La doctrine suisse illustre cela en prenant l'exemple d'un automobiliste poursuivi à la suite d'un accident de la circulation qui a causé la mort d'un piéton alors que cet automobiliste était ivre, fatigué et roulait trop vite sous la pluie. La doctrine relève que de nombreuses causes peuvent ici être retenues: «la pluie, le fait que la chaussée était glissante, l'allure excessive, l'ivresse et la fatigue du conducteur, le fait que le piéton ait traversé à côté du passage clouté, qu'il ait été pressé, que quelqu'un l'ait retenu auparavant, etc. Mais, très indirectement, sont également des causes naturelles: l'invention de la voiture, la construction de la rue en question, la naissance de ce piéton et – en fin de compte – le péché originel d'Adam et Ève»¹²²³. En vérité, la causalité naturelle établit des responsabilités extrêmement étendues, car, en fin de compte, tout peut être la cause de tout¹²²⁴, ce qui a pour conséquence réciproquement que toute défaillance peut devenir la cause d'un résultat, même très lointain¹²²⁵.

C'est la raison pour laquelle, vers la fin du XIX^e siècle, la jurisprudence a cherché à résoudre le problème de la multi-causalité en ne retenant que les causes les plus significatives, par le biais d'un tri, opéré notamment au travers de la théorie de la causalité adéquate¹²²⁶.

à longue distance, ont mortellement atteint un enfant situé 1 500 mètres plus loin, sans qu'il soit possible de savoir lequel des deux avait en réalité touché l'enfant. (Cass. crim., 19 mai 1978, n° 77-93.426, D. 1978. 345, obs. G. Roujou de Boubée, RSC 1979. 80, obs. Levasseur). Dans chacun de ces arrêts, la Cour de cassation a décidé qu'un lien de causalité devait être établi à l'égard des deux agents, estimant que les prévenus avaient participé «à une action essentiellement dangereuse et créé, par leur commune imprudence, un risque grave et s'est réalisé». Il semble donc que la position du droit français se rapproche davantage de la solution des *Rolling stones* en droit suisse, en n'exigeant pas l'existence d'une décision commune de la part des prévenus, dès lors qu'ils ont créé ensemble le risque qui s'est réalisé.

¹²²¹ G. ETIER et B. STRÄULI, «Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale», *op. cit.*, p. 42.

¹²²² *Ibid.*

¹²²³ M. KILLIAS *et al.*, *Précis de droit pénal général*, Stämpfli, 4^e édition, 2016, p. 57.

¹²²⁴ *Ibid.*, p. 60.

¹²²⁵ *Ibid.*, p. 62.

¹²²⁶ *Ibid.*

B La causalité adéquate

246. Définition de la causalité adéquate

Après avoir constaté que le comportement de l'agent est bien une condition *sine qua non* du résultat, il faut encore vérifier qu'il en est la cause adéquate¹²²⁷. La théorie de la causalité adéquate ne se substitue donc pas à celle de la causalité naturelle mais se présente comme une exigence supplémentaire¹²²⁸.

La causalité est dite adéquate «lorsque le comportement de l'auteur était propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, à entraîner [ou à favoriser] un résultat du genre de celui qui s'est produit»¹²²⁹. En matière de causalité adéquate, de même qu'en matière de causalité naturelle, le comportement n'a pas besoin de se présenter comme la «cause unique, directe ou immédiate du résultat»¹²³⁰. En revanche, contrairement à la causalité naturelle, la causalité adéquate ne se limite pas à un constat factuel mais entend avoir une véritable fonction normative, en assignant une limite raisonnable à la causalité naturelle, de manière à «exclure l'imputabilité» lorsque la cause apparaît trop lointaine ou reléguée à l'arrière-plan»¹²³¹. Pour cette raison, la causalité adéquate est appréhendée comme une question de droit¹²³² par le Tribunal fédéral, qui peut en conséquence en revoir librement l'appréciation dans le cadre d'un recours en matière pénale¹²³³.

Pour établir l'existence de la causalité adéquate, il convient d'analyser l'enchaînement des circonstances en s'interrogeant sur la normalité et la probabilité des événements¹²³⁴. On peut dès lors caractériser une rupture du lien causal lorsque, dans le cours ordinaire des choses et d'après l'expérience de la vie, la cause naturelle n'est pas propre à produire le résultat envisagé, mais se trouve reléguée à l'arrière-plan¹²³⁵ en raison d'un autre événement, tel que la manifestation d'une force naturelle ou le

¹²²⁷ Pour des développements sur la causalité adéquate en droit civil français, voir CH. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2010, p. 71 et s.

¹²²⁸ B. CORBOZ, «L'homicide par négligence (art. 117 CP)», *op. cit.*, p. 203.

¹²²⁹ ATF 131 IV 145 et ATF 127 IV 34: «*Danach muss sein Verhalten geeignet sein, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens einen Erfolg wie den eingetretenen herbeizuführen oder mindestens zu begünstigen*».

¹²³⁰ M. DUPUIS et L. MOREILLON, «Art. 117», *Petit commentaire CP*, Helbing Lichtenhahn, 2^e édition, 2017, p. 771.

¹²³¹ B. CORBOZ, «L'homicide par négligence (art. 117 CP)», *op. cit.*, p. 203.

¹²³² ATF 122 IV 17; ATF 121 IV 207; ATF 121 IV 10 et ATF 115 IV 100.

¹²³³ M. DUPUIS et L. MOREILLON, «Art. 12», *op. cit.*, p. 104 et C. FAVRE, M. PELLET et P. STAUDMANN, «Art. 12», *op. cit.*, p. 51.

¹²³⁴ B. CORBOZ, «L'homicide par négligence (art. 117 CP)», *op. cit.*, p. 203.

¹²³⁵ ATF 131 IV 145; ATF 122 IV 17 et ATF 115 IV 100. Voir également B. CORBOZ, «Art. 12», *op. cit.*, p. 149; A. DAN, *Le délit de commission par omission: éléments de droit suisse et comparé*, Schulthess, thèse, Genève, 2015, p. 120; M. DUPUIS et L. MOREILLON,

comportement extraordinaire, insensé ou extravagant d'un tiers ou de la victime¹²³⁶. Dans l'exemple précédent de l'accident de la circulation, seule l'allure excessive du conducteur ivre et fatigué sera ainsi considérée comme la cause adéquate du résultat, car elle est propre, d'après le cours ordinaire des choses, à engendrer un accident de la sorte de celui qui s'est produit. *A contrario*, le fait que le piéton ait traversé en dehors du passage clouté, l'invention de la voiture et la construction de la rue seront écartées car, d'après l'expérience de la vie, elles ne conduisent pas nécessairement à la mort du piéton et restent des causes de second plan.

247. Difficultés dogmatiques de la causalité adéquate

Certains auteurs ont voulu préciser cette théorie en s'inspirant de la référence faite à la prévisibilité du résultat par certains arrêts du Tribunal fédéral¹²³⁷. La prévisibilité s'apprécierait alors de manière objective et *ex ante*, c'est-à-dire en se plaçant uniquement du point de vue d'un observateur extérieur¹²³⁸.

L'usage de la prévisibilité pour établir la causalité adéquate a toutefois posé des difficultés dogmatiques du point de vue de la conception finaliste, car, comme nous l'avons vu¹²³⁹, la prévisibilité y est déjà envisagée de manière subjective et individualisée au niveau de l'imprévoyance interne¹²⁴⁰. La notion d'imprévoyance interne permet également de limiter les causes naturelles possibles¹²⁴¹, grâce à l'élément subjectif, comme c'est le cas pour les infractions intentionnelles, pour lesquelles l'intention permet de discriminer les causes significatives en ne retenant que les causes que l'auteur a mises au profit de son projet criminel¹²⁴². L'emploi d'une prévisibilité objective et générale dans la cadre de la causalité adéquate ne fait donc que produire une redondance¹²⁴³.

«Art. 12», *op. cit.*, p. 104 et M. HIRSIG-VOUILLOZ, *La responsabilité du médecin, aspects de droit civil, pénal et administratif*, Stämpfli et Edition Médecine et Hygiène, 2017, p. 160.

¹²³⁶ B. CORBOZ, «Art. 12», *op. cit.*, p. 150; M. DUPUIS et L. MOREILLON, «Art. 117», *op. cit.*, p. 772; A. DONATSCH, «Art. 12», *StGB kommentar*, Orell füssli, 19^e édition, 2013, p. 54; C. FAVRE, M. PELLET et P. STAUDMANN, «Art. 12», *op. cit.*, p. 51 et J. HURTADO POZO et F. ILLÀNEZ, «Art. 117», *Commentaire romand, code pénal II*, dirigé par A. MACALUSO, L. MOREILLON, N. QUELOZ, Helbing Lichtenhahn, 2017, p. 87.

¹²³⁷ M. DUPUIS et L. MOREILLON, «Art. 117», *op. cit.*, p. 771.

¹²³⁸ B. CORBOZ, «Art. 12», *op. cit.*, p. 120; J. HURTADO POZO et F. ILLÀNEZ, «Art. 117», *op. cit.*, p. 86 et G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I – die Straftat*, Stämpfli, 4^e édition, 2011, p. 494.

¹²³⁹ Voir 1^{re} partie, titre 2, chapitre 1, section 1, I: La notion d'imprévoyance en droit suisse, n° 180.

¹²⁴⁰ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, thèse, Zurich, 1962, p. 120 et S. MAEDER et M. A. NIGGLI, «Art. 12», *Basler Kommentar, Strafrecht I*, dirigé par M. A. NIGGLI et H. WIPRÄCHTIGER, Helbing Lichtenhahn, 4^e édition, 2019, p. 197.

¹²⁴¹ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 352.

¹²⁴² M. KILLIAS et al., *Précis de droit pénal général*, *op. cit.*, p. 57 et 58.

¹²⁴³ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, p. 120 et S. MAEDER et M. A. NIGGLI, «Art. 12», *op. cit.*, p. 197.

En réalité, le recours à la notion de prévisibilité présente surtout un intérêt pour les auteurs causalistes, qui, au stade de la typicité, s'intéressent seulement au comportement externe de l'agent, à savoir le fait de causer un résultat, sans prendre en considération la valeur de ce comportement. Dès lors, se fonder uniquement sur la notion de causalité naturelle conduirait ces auteurs à établir la typicité de l'action dans de trop nombreuses hypothèses. C'est la raison pour laquelle ils intègrent parfois la notion de prévisibilité objective à l'examen de la causalité adéquate, qui leur permet ainsi d'effectuer un tri bienvenu entre les causes naturelles dès le stade de la typicité.

Néanmoins, cette approche de la causalité adéquate par les causalistes présente une grande faiblesse lorsque le prévenu n'est pas une personne moyenne car elle conduit, pour établir l'existence du lien de causalité, à niveler l'appréciation de la prévisibilité en ne prenant pas en compte le fait que l'agent avait, éventuellement, des capacités supérieures à la moyenne. Dans cette hypothèse, elle conduit à écarter l'existence d'un lien de causalité au stade de la typicité, faute de pouvoir établir la prévisibilité d'après un standard moyen, mais à caractériser tout de même l'existence d'une infraction punissable par la suite, dès lors que, au stade de la culpabilité (*Schuld*), les qualités supérieures du prévenu sont prises en compte pour établir l'imprévoyance. C'est là l'une des limites majeures de l'approche causaliste en matière de négligence.

248. Importance relative de la causalité adéquate chez les finalistes

En tout état de cause, selon l'approche finaliste que nous suivons, il est « sans pertinence » de se demander dans le cadre de la causalité adéquate si l'agent « aurait pu et dû penser que les événements allaient s'enchaîner de cette manière »¹²⁴⁴. Cette question ne concerne pas la causalité, qui est une donnée purement objective, mais concerne le volet subjectif de l'imprévoyance¹²⁴⁵. Dès lors, il apparaît que la causalité adéquate doit être établie sans renvoi à la notion de prévisibilité mais seulement en se demandant si, d'après le cours ordinaire de la vie, tel comportement est propre à engager un résultat de l'ordre de celui qui s'est produit. Il s'agit ainsi d'une acception plus souple de la causalité adéquate.

Finalement, selon la conception finaliste, la théorie de la causalité adéquate joue un rôle assez restreint¹²⁴⁶, puisque la limitation des causes naturelles peut déjà être assurée grâce à l'examen de l'imprévoyance interne¹²⁴⁷. Certains auteurs finalistes ont même affirmé pour cette raison que la théorie de la causalité adéquate était inutile¹²⁴⁸.

¹²⁴⁴ B. CORBOZ, « L'homicide par négligence (art. 117 CP) », *op. cit.*, p. 204.

¹²⁴⁵ *Ibid.*

¹²⁴⁶ *Ibid.*

¹²⁴⁷ Voir PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 98, qui parle d'une « utilité douteuse ».

¹²⁴⁸ A. DONATSCH, *Sorgfaltsbemessung und Erfolg beim Fahrlässigkeitsdelikt*, thèse, Zurich, 1987, p. 308 et S. FLACHSMANN, *Fahrlässigkeit und Unterlassung*, thèse, Zurich, 1992, p. 148.

Même si nous suivons la conception finaliste, nous ne partageons pas cet avis, dans la mesure où, d'une part, la théorie de la causalité adéquate est dans tous les cas largement employée par le Tribunal fédéral et s'avère donc nécessaire pour comprendre les arrêts rendus par celui-ci et où, d'autre part, elle constitue un outil simple pour trier facilement les causes naturelles et identifier les ruptures de chaîne causale, en particulier lorsque le prévenu s'avère être une personne dotée des compétences moyennes.

Cette construction de la causalité en deux temps – causalité naturelle puis causalité adéquate – est valable en tout état de cause en ce qui concerne les négligences réalisées par commission. Il convient à présent de se demander si les règles qui permettent de déterminer l'existence d'un lien causal entre une commission non intentionnelle et un résultat sont transposables à l'hypothèse dans laquelle le comportement négligent se manifeste par une omission.

II La causalité en matière d'omission

249. Impossible cause mécanique

En droit suisse, la question de l'établissement du lien de causalité ne se pose pas de la même façon en matière d'omission qu'en matière de commission. En effet, alors que la commission est vue comme pouvant être cause d'un dommage¹²⁴⁹, le droit suisse considère que l'omission, qui ne peut rien produire¹²⁵⁰, ne peut pas être mécaniquement causale d'un résultat¹²⁵¹. La caractérisation d'une causalité répond au principe «*ex nihilo nihil fit*»¹²⁵², selon lequel rien ne peut provenir de rien, de telle sorte que le fait de n'effectuer aucun effort ne peut causer aucun résultat¹²⁵³. En conséquence, en matière d'omission, il ne s'agit pas de se fonder sur une causalité réelle (*wirkliche Kausalität*), mais sur une causalité possible, désignée sous le terme de causalité hypothétique (*hypothetische Kausalität*) par la doctrine et la jurisprudence¹²⁵⁴. La question n'est plus «de savoir si l'auteur a posé un élément dans la chaîne causale menant au résultat constitutif de l'infraction, mais si l'acte qu'il était juridiquement tenu d'ac-

¹²⁴⁹ K. SEELMANN, «Art. 11», *Basler Kommentar, Strafrecht I*, dirigé par S. MAEDER et M. A. NIGGLI, Helbing Lichtenhahn, 3^e édition, 2013, p. 249.

¹²⁵⁰ B. CORBOZ, «Art. 12», *op. cit.*, p. 151.

¹²⁵¹ A. DAN, *Le délit de commission par omission*, *op. cit.*, p. 121.

¹²⁵² K. SEELMANN, «Art. 11», *op. cit.*, p. 249.

¹²⁵³ A. DAN, *Le délit de commission par omission*, *op. cit.*, p. 121 et S. TRECHSEL, P. NOLL et M. PIETH, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, Schulthess, 7^e édition, 2017, p. 250.

¹²⁵⁴ L. MOREILLON, *L'infraction par omission, étude des infractions à la vie et à l'intégrité corporelle en droit anglais, français, allemand et suisse*, Librairie Droz, 1993, p. 94; J. HURTADO POZO et T. GODEL, *Droit pénal général*, Schulthess, 3^e édition, 2019, p. 348 et G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, *op. cit.*, p. 474.

complir aurait été propre à empêcher la survenance de ce résultat»¹²⁵⁵. Il convient de raisonner par hypothèse¹²⁵⁶, en se demandant si le résultat se serait également produit si le garant avait respecté son devoir de diligence¹²⁵⁷.

La doctrine s'est demandé selon quel critère fixer le seuil à partir duquel l'abstention du garant peut être considérée comme suffisamment déterminante dans la réalisation du résultat pour que le juge puisse admettre l'existence d'une causalité hypothétique¹²⁵⁸: certains auteurs adhèrent à une conception large, en recourant à la théorie de l'augmentation du risque, alors que d'autres recourent à une approche plus restrictive avec la théorie de la probabilité¹²⁵⁹.

250. Augmentation du risque

Selon la théorie de l'augmentation du risque (*Risikoerhöhungstheorie*), d'origine allemande¹²⁶⁰, il existe une causalité hypothétique dès lors que l'omission a contribué à augmenter la probabilité que le résultat dommageable survienne¹²⁶¹. En application de cette théorie, un médecin est tenu pour responsable dès lors que son intervention aurait amélioré les chances de survie de son patient¹²⁶².

Cette théorie présente l'avantage d'éviter, «lors de la recherche du lien de causalité, de faire référence à des causes difficilement vérifiables puisque, par hypothèse, elles n'ont pas existé»¹²⁶³. Elle s'est toutefois vu reprocher d'admettre trop largement l'existence d'un lien causal puisqu'il suffit que l'omission ait augmenté le risque de dommage pour être considérée comme causale, sans qu'elle ait nécessairement été déterminante dans le processus¹²⁶⁴. Une telle acception de la causalité présente le risque de transformer des infractions matérielles en simples infractions de mise en danger dès lors que l'omission a pu augmenter, même très légèrement, le risque de survenance du dommage qui s'est effectivement produit en raison d'une autre omission connexe¹²⁶⁵.

¹²⁵⁵ U. CASSANI et K. VILLARD, «Art. 11», *Commentaire romand, code pénal I*, dirigé par L. MOREILLON et al., Helbing Lichtenhahn, 2^e édition, 2021, p. 194.

¹²⁵⁶ B. CORBOZ, «Art. 12», *op. cit.*, p. 151. Dans ce sens, voir ATF 102 IV 100; ATF 105 IV 18; ATF 108 IV 3; ATF 109 IV 137; ATF 115 IV 199; ATF 116 IV 306; ATF 117 IV 130; ATF 130 IV 7; ATF 133 IV 158 et ATF 134 IV 255.

¹²⁵⁷ N. QUELOZ, *Droit pénal suisse, partie générale, op. cit.*, p. 80 et S. TRECHSEL, P. NOLL et M. PIETH, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, op. cit.*, p. 251 et s.

¹²⁵⁸ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, Payot, 1987, p. 26.

¹²⁵⁹ A. DAN, *Le délit de commission par omission, op. cit.*, p. 122.

¹²⁶⁰ M. DUPUIS et L. MOREILLON, «Art. 117», *op. cit.*, p. 152.

¹²⁶¹ M. DUPUIS et L. MOREILLON, «Art. 11», *Petit commentaire CP*, Helbing Lichtenhahn, 2^e édition, 2017, p. 87 et M. KILLIAS et al., *Précis de droit pénal général, op. cit.*, p. 62 et 63.

¹²⁶² U. CASSANI et K. VILLARD, «Art. 11», *op. cit.*, p. 194.

¹²⁶³ A. DAN, *Le délit de commission par omission, op. cit.*, p. 122.

¹²⁶⁴ F. RIKLIN, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Verbrechenslehre*, Schulthess Juristische Medien, 3^e édition, 2007, p. 172.

¹²⁶⁵ B. CORBOZ, «Art. 12», *op. cit.*, p. 152.

251. Probabilité

La théorie de la probabilité, dite également théorie de la vraisemblance (*Wahrscheinlichkeitstheorie*), permet de pallier ce défaut en restreignant l'admission de la causalité aux seuls cas dans lesquels «l'acte que devait accomplir l'auteur aurait, avec un haut degré de probabilité, empêché le résultat»¹²⁶⁶.

Cette théorie est préférée par la jurisprudence et par la doctrine majoritaire¹²⁶⁷. Selon la jurisprudence, une telle causalité hypothétique ne peut être caractérisée que lorsque l'action de l'auteur aurait pu, avec «une probabilité confinant à la certitude»¹²⁶⁸, empêcher la survenance du résultat¹²⁶⁹. Bien que la formulation varie selon les arrêts du Tribunal fédéral¹²⁷⁰, «l'exigence que la probabilité soit très élevée est, elle, constante»¹²⁷¹. Le médecin ne sera ainsi punissable que si, par son intervention, il aurait selon toute probabilité sauvé la vie de son patient¹²⁷². Il s'agit d'une approche restrictive de la causalité, qui permet d'obtenir un résultat moins sévère pour le garant, tout en respectant davantage l'adage *in dubio pro reo*, selon lequel le doute doit bénéficier à l'accusé¹²⁷³.

252. Conclusion de la section 1

En droit suisse, l'existence d'un lien de causalité en matière de commission s'établit d'après une méthode commune à toutes les espèces, qui consiste à appliquer successivement deux théories de la causalité dans une logique en entonnoir.

Dans un premier temps, la théorie de la causalité naturelle, également appelée équivalence des conditions, permet d'identifier l'ensemble des causes qui, selon un haut degré de vraisemblance, ont contribué à la réalisation du dommage. Cette théorie permet d'appréhender de manière très étendue les différentes causes à l'origine du dommage.

Dans un second temps, la théorie de la causalité adéquate permet d'opérer un tri parmi les causes naturelles, en ne retenant que celles qui étaient propres, d'après le cours ordinaire des choses, à engendrer ce dommage. Ce tri n'empêche pas le juge de retenir des causes indirectes ou éloignées dès lors qu'elles sont adéquates. Il apparaît toutefois que cette théorie présente une utilité moindre dans l'approche finaliste par rapport

¹²⁶⁶ U. CASSANI et K. VILLARD, «Art. 11», *op. cit.*, p. 194.

¹²⁶⁷ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, *op. cit.*, p. 27.

¹²⁶⁸ ATF 118 IV 130: «mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit».

¹²⁶⁹ A. DAN, *Le délit de commission par omission*, *op. cit.*, p. 125.

¹²⁷⁰ La «Wahrscheinlichkeit» exigée par les arrêts en langue allemande peut être traduite par «probabilité» ou «vraisemblance». Le Tribunal fédéral utilise de nombreuses formulations pour se référer à ce critère: «haute vraisemblance» (ATF 133 IV 158), «haut degré de vraisemblance» (ATF 115 IV 199), «höchstwahrscheinlich» (ATF 108 IV 3), «avec un haut degré de probabilité» (ATF 106 IV 398), etc.

¹²⁷¹ A. DAN, *Le délit de commission par omission*, *op. cit.*, p. 125.

¹²⁷² U. CASSANI et K. VILLARD, «Art. 11», *op. cit.*, p. 194.

¹²⁷³ *Ibid.*, p. 195.

à l'approche causaliste, car les finalistes limitent déjà les conséquences extensives de la causalité naturelle en recourant à la notion de prévisibilité au stade de l'imprévoyance interne.

Cette méthode d'établissement de la causalité est ensuite adaptée en matière d'omission car le droit suisse considère qu'une omission ne peut pas, mécaniquement, être la cause d'un dommage. La jurisprudence recourt alors à la notion de causalité hypothétique, qui invite à raisonner par hypothèse en se demandant si le dommage se serait également produit si le garant avait respecté son devoir de diligence.

Excepté cette adaptation en matière d'omission, le droit suisse adopte donc une conception unitaire du lien de causalité qui offre au juge helvète une grande marge d'appréciation. Au vu des dispositions légales, il pourrait adopter une conception extensive de la causalité mais il fait en pratique preuve de modération, notamment grâce au critère de prévisibilité qui lui permet d'opérer un tri des faits non intentionnels au stade de l'imprévoyance interne ou de la causalité adéquate. Cette modération s'explique également et surtout en raison de la théorie du risque autorisé qui s'est développée dans la doctrine et qui a été consacrée par la jurisprudence suisse¹²⁷⁴. Le droit français, en revanche, recourt depuis 2000 à un régime dualiste qui visait, lors de son introduction, à mieux circonscrire la responsabilité pénale en matière d'imprudence. Ce régime n'empêche cependant pas les juges répressifs français d'apprécier librement, et de manière extensive, les dispositions de cette loi.

Section 2 La causalité en droit français

253. Notion de causalité avant la loi de 2000

Pendant longtemps, le droit français a lui aussi retenu une conception unitaire du lien de causalité entre la faute d'imprudence et le dommage. La jurisprudence appréhendait de manière «particulièrement extensive»¹²⁷⁵ la notion de causalité¹²⁷⁶, en considérant qu'il suffisait pour établir son existence que le résultat invoqué ait été «en relation quelconque avec la faute»¹²⁷⁷, fût-elle une relation «lointaine»¹²⁷⁸. La causalité n'avait pas besoin d'être «unique, exclusive, directe ou immédiate»¹²⁷⁹ mais devait

¹²⁷⁴ Voir 2^e partie, titre 1, chapitre 1: L'acceptation explicite d'un risque dans la théorie du risque autorisé en droit suisse, n° 308.

¹²⁷⁵ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel*, vol. 2 – *L'infraction et la responsabilité*, Larcier, 4^e édition, 2021, p. 216.

¹²⁷⁶ P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, L.G.D.J., 2006, p. 283. Voir par exemple Cass. crim., 18 novembre 1927, S. 1928 I 192.

¹²⁷⁷ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, Presses universitaires de France, 7^e édition, 2021, p. 327.

¹²⁷⁸ J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 22^e édition, 2019, p. 391.

¹²⁷⁹ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, Cujas, 2013, p. 58.

en revanche être certaine¹²⁸⁰. La certitude du lien causal se présentait ainsi comme «la seule véritable exigence»¹²⁸¹ posée par les juges répressifs pour établir l'existence du lien causal¹²⁸².

Le recours à cette causalité extensive, conjuguée à l'appréciation déjà très sévère de la faute d'imprudence, amplifiait considérablement le champ de la répression en matière non intentionnelle¹²⁸³, conduisant à retenir la responsabilité pénale d'individus indirectement à l'origine du dommage, tels que les décideurs publics¹²⁸⁴, même pour des fautes minimales. Les maires, tout particulièrement, voyaient leur responsabilité pénale engagée sans limite lorsqu'un dommage survenait sur le territoire de leur commune, que celui-ci ait été causé par une simple «plaque d'égout mal installée» ou encore par le «défaut présenté par un lampadaire»¹²⁸⁵.

Après l'échec de la loi de 1996 à modérer l'appréciation sévère de la faute d'imprudence, le législateur a procédé à une nouvelle modification de la loi visant à cantonner la répression en matière non intentionnelle, en agissant cette fois-ci non seulement sur la définition de la faute comme nous l'avons déjà vu, mais également sur la définition du lien de causalité.

¹²⁸⁰ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, thèse, Poitiers, 2006, p. 270.

¹²⁸¹ E. FORTIS, «Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit pénal», colloque sur *La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000*, Revue de science criminelle et de droit comparé, 2001, p. 737 et s.

¹²⁸² Le manque de certitude du lien de cause à effet a conduit la jurisprudence à ne pas reconnaître l'existence de la causalité, principalement dans deux hypothèses. D'une part, la causalité a été écartée lorsqu'elle apparaissait seulement possible ou vraisemblable et non certaine. Voir par ex. Cass. crim., 4 octobre 1990, Dr. Pén. 1991. 9, obs. Véron, relatif à l'absence de lien causal certain entre l'inobservation des consignes de sécurité prévues en cas d'incendie par le directeur d'un établissement scolaire et le décès d'une élève. Voir également Cass. crim., 25 avril 1967, n° 66-92.587, Gaz. Pal. 1967. 1. 343 et Cass. crim., 20 mars 1996, n° 95-81168, RTD civ. 1996. 912, obs. Jourdain. Notons qu'en droit suisse, la causalité naturelle ne requiert qu'une «vraisemblance confinante à la certitude» ou une «haute vraisemblance» et non une certitude comme en droit français, qui se montre plus exigeant. D'autre part, la causalité a été exclue lorsque la faute n'avait entraîné qu'une perte de chance de survie ou de guérison pour la victime et non la perte de toute chance. Voir par ex. Cass. crim., 20 novembre 1996, n° 95-85.013, Dr. Pén. 1997. 34, obs. Véron, relatif à un retard dans la prise en charge médicale ayant fait perdre à la victime des chances de survie sans qu'il soit démontré qu'une intervention plus rapide aurait permis de la sauver. Pour une espèce similaire, voir également Cass. crim., 9 juin 1977, n° 75-90.597.

¹²⁸³ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 327.

¹²⁸⁴ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel*, vol. 2 – *L'infraction et la responsabilité*, op. cit., p. 216.

¹²⁸⁵ P. FAUCHON, *Rapport n° 32, sur la proposition de loi relative à la responsabilité pénale des élus locaux pour des faits d'imprudence ou de négligence commis dans l'exercice des fonctions*, fait au nom de la commission des lois, Sénat, déposé 18 octobre 1995.

254. Notion de causalité dans la loi de 2000

Sans remettre en cause l'exigence prétorienne d'une causalité certaine¹²⁸⁶, la loi du 10 juillet 2000¹²⁸⁷ a profondément transformé l'approche du lien de causalité en l'envisageant d'après une conception dualiste. Cette loi a ainsi ajouté un quatrième alinéa à l'article 121-3 du Code pénal français, qui distingue, pour les seules personnes physiques, la causalité directe de la causalité indirecte¹²⁸⁸. Selon que le lien de causalité revêt un caractère direct ou indirect, un degré de gravité de la faute différent est alors exigé pour constituer l'infraction¹²⁸⁹.

La logique est la suivante. Lorsque le lien de causalité est indirect, la responsabilité pénale de l'auteur du dommage ne peut être retenue que si celui-ci a commis une faute qualifiée¹²⁹⁰. Le caractère distendu de la causalité se trouve ainsi «en quelque sorte compensé par la gravité particulière que doit revêtir la faute d'imprudence»¹²⁹¹. Au contraire, lorsque le lien de causalité est direct, une faute simple suffit à engager la responsabilité pénale de l'auteur du dommage¹²⁹². Le caractère étroit du lien de causalité justifie alors l'admission d'une faute d'imprudence ordinaire pour caractériser l'infraction.

Dans ce système, la causalité prend en principe une certaine ascendance sur la faute¹²⁹³ car, sur le plan méthodologique, la doctrine considère généralement qu'il convient désormais de chercher «d'abord si les faits reprochés au prévenu présentent un rapport de cause à effet direct ou non avec le dommage puis, dans le cas où cette relation est indirecte, si le prévenu a commis une faute qualifiée»¹²⁹⁴. Ainsi, le lien de

¹²⁸⁶ Ultérieurement à la loi du 10 juillet 2000, la Cour de cassation a continué d'appliquer le critère de certitude. Elle a ainsi écarté la causalité lorsqu'il n'était pas possible de l'établir de manière certaine sur le plan scientifique. Dans ce sens, voir par ex. Cass. crim., 20 novembre 2012, n° 11-87.531, D. 2013. 218, note Lacroix, relatif à l'absence de lien certain entre les pathologies constatées et les retombées du panache radioactif de Tchernobyl. Voir encore Cass. crim., 14 mai 2008, n° 08-80.202, JCP G 2008. II.10189, note Mistretta, traitant de l'existence d'une incertitude quant à la cause d'une complication médicale survenue à la suite d'une injection de Tranxène. Elle a également maintenu sa jurisprudence antérieure relative à la perte de chance de survie. Dans ce sens, voir par ex. Cass. crim., 22 mars 2005, n° 04-84.459, Dr. Pén. 2005. 103, obs. Véron.

¹²⁸⁷ Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.

¹²⁸⁸ J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, 8^e édition, 2020, p. 109, n° 88.

¹²⁸⁹ F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^e édition, 2009, p. 408.

¹²⁹⁰ *Ibid.*

¹²⁹¹ PH. CONTE, «Le lampiste et la mort», *Droit pénal*, N° 1, 2001, chron. 2, n° 3.

¹²⁹² P. BONFILS et M. GIACOPELLI, *Droit pénal général*, Cujas, 3^e édition, 2021, p. 143, n° 224. Les juges peuvent également retenir une faute caractérisée bien que cela ne change rien à la répression. Dans ce sens, voir J. DECHEPY-TELLIER, «Nul besoin de prouver la faute caractérisée de l'auteur indirect d'un homicide involontaire», *AJ Pénal*, 2008, p. 507 et s.

¹²⁹³ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, *op. cit.*, p. 37.

¹²⁹⁴ D. GUIHAL, «Art. 221-6 à 221-7, atteintes involontaires à la vie», *JurisClasseur Pénal code*, LexisNexis, 2012, n° 17.

distingue sur le principe les hypothèses dans lesquelles le dommage provient d'une commission dans le premier cas de celles dans lesquelles le dommage résulte d'une omission dans le second¹²⁹⁹.

258. Auteur indirect *stricto sensu* (1)

La première modalité correspond à l'hypothèse de l'auteur indirect *stricto sensu*, à savoir la personne qui a «*créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage*». Le caractère indirect de la causalité se caractérise alors par «l'interposition»¹³⁰⁰ d'une «situation» entre l'acte fautif et le dommage: l'action de l'auteur engendre, seul ou conjuguée à d'autres facteurs, une situation, qui est elle-même propre à causer – directement, oserons-nous préciser¹³⁰¹ – la survenance du dommage¹³⁰².

Toute la logique de cette définition repose donc sur cette «mystérieuse situation»¹³⁰³ que ni la loi, ni la jurisprudence n'ont pris le soin de définir. En toute hypothèse, elle nécessite d'établir l'existence d'un événement intermédiaire dans le processus causal¹³⁰⁴, de telle sorte que la faute envisagée ne constitue qu'une cause lointaine du dommage.

Une circulaire du 11 octobre 2000¹³⁰⁵ illustre cette logique en donnant divers exemples d'auteurs indirects, tels que «*l'automobiliste qui, ayant garé son véhicule sur le trottoir, a obligé un piéton à descendre sur la chaussée où il a été renversé par un cyclomoteur*» ou encore «*le conducteur en état d'imprégnation alcoolique qui déséquilibre un cyclomotoriste, celui-ci se faisant écraser par un véhicule roulant à la suite*». A chaque fois dans ces exemples, la faute de l'auteur – se garer sur un trottoir, conduire en état d'ébriété – n'a fait qu'engendrer la situation à l'origine du dommage – le piéton descendant du trottoir, la chute du cyclomotoriste.

259. Auteur médiate (2)

La seconde modalité se rapporte à l'hypothèse de «l'auteur médiate»¹³⁰⁶, qui constitue une «extension et une subdivision de la notion d'auteur indirect»¹³⁰⁷, en l'adaptant aux hypothèses d'omission, à l'image de la causalité hypothétique en droit suisse.

¹²⁹⁹ Circulaire du 11 octobre 2000, CRIM 2000-09 F1, 1.1.

¹³⁰⁰ PH. CONTE, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 6^e édition, 2019, p. 50.

¹³⁰¹ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Presses universitaires de France, 10^e édition, 2022, p. 115, n^o 189.

¹³⁰² PH. CONTE, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 50.

¹³⁰³ PH. CONTE, «Le lampiste et la mort», *op. cit.*, n^o 4.

¹³⁰⁴ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 115, n^o 189.

¹³⁰⁵ Circulaire du 11 octobre 2000, CRIM 2000-09 F1, 1.1.

¹³⁰⁶ W. AYED, *La responsabilité pénale des décideurs publics pour infractions non intentionnelles*, thèse, Paris, 2008, p. 326.

¹³⁰⁷ F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 494.

Ainsi, après avoir envisagé les personnes qui ont « *créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage* », le texte envisage celles « *qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter* ».

Les auteurs ont hésité sur la portée à donner au « l' », se demandant s'il fallait considérer qu'il renvoie au « *dommage* » ou à la « *situation* ». La Cour de cassation s'est prononcée en faveur de la première option, en affirmant dans un arrêt que « *les prévenus ont causé indirectement le décès de la victime en ne prenant pas les mesures qui eussent permis d'éviter le dommage* »¹³⁰⁸. Cette position apparaît toutefois critiquable dans la mesure où, en supprimant la référence à la « *situation* », elle rend moins intelligible la distinction entre causalités indirecte et directe en matière d'omission¹³⁰⁹.

Quoi qu'il en soit, l'auteur médiate s'envisage la plupart du temps comme la personne qui, « *en raison d'une omission fautive* », laisse commettre une infraction « *par une personne placée sous son autorité* » ou ne protège pas une personne placée sous son autorité¹³¹⁰. C'est alors l'interposition de cette personne qui donne à la causalité son caractère indirect.

La circulaire du 11 octobre 2000 précitée¹³¹¹ présente ainsi comme auteur médiate, « *le gérant d'une SCI qui autorise la visite d'un immeuble en cours de construction sans s'être assuré que le chantier était correctement protégé, une personne faisant une chute mortelle dans la cage d'ascenseur* » ou encore « *le maire qui ne fait pas respecter dans un dancing la réglementation relative à la protection contre les risques d'incendie et de panique dans les établissements publics, alors qu'un incendie mortel a ultérieurement lieu dans la salle de danse* ». Dans chacun de ces exemples, l'auteur n'a pas pris les mesures ou n'a pas fait prendre les mesures qui auraient permis d'éviter le dommage.

260. Synthèse

En tout état de cause, il apparaît dans ces deux modalités que la causalité peut être considérée comme indirecte lorsque « *l'auteur de la faute (...) n'a pas lui-même porté atteinte physiquement à la victime* » mais se situe « *chronologiquement en amont d'un acte ou d'une situation ayant débouché sur le dommage* »¹³¹². Son comportement

¹³⁰⁸ Cass. crim., 12 septembre 2006, n° 05-86.700, Dr. Pén. 2007. 4, obs. Véron, JCP G 2007. II. 10006, note Faict et Mistretta, Dr. Pén. 2007. 4 obs Véron, RSC 2007. 82, obs. Mayaud.

¹³⁰⁹ P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, op. cit., p. 290.

¹³¹⁰ F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 494.

¹³¹¹ Circulaire du 11 octobre 2000, CRIM 2000-09 F1, 1.1.

¹³¹² J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, op. cit., p. 112, n° 90. Dans ce sens, voir CA Paris, 4 décembre 2000, D. 2001. IR 433, Gaz. Pal. 2001. 1. 115, note Petit, RSC 2001. 381, obs. Mayaud: « *La causalité doit être regardée comme indirecte au sens de la loi nouvelle, lorsque cette faute a créé la situation à l'origine du dommage, sans que son auteur ait lui-même physiquement porté atteinte à la victime* ».

constitue alors l'une des causes du dommage mais ne se présente pas comme sa cause exclusive, immédiate ou déterminante.

261. Limitation de la causalité indirecte par l'exigence de certitude

Le lien causal devant toujours être certain, ce point est désormais tout particulièrement scruté en matière de causalité indirecte¹³¹³, car «il n'est pas toujours évident de distinguer le lien de causalité indirect de celui qui est incertain, un lien incertain étant souvent un lien par trop indirect»¹³¹⁴.

L'enjeu de cette distinction est apparu très clairement dans une série de trois arrêts de la Cour de cassation en date du 5 octobre 2004¹³¹⁵, dans lesquels la question s'est posée de savoir si un lien de causalité indirect existait encore malgré la distance entre le comportement fautif initial et le décès de la victime.

262. Première espèce (1)

Dans la première espèce¹³¹⁶, un automobiliste avait heurté un piéton alors qu'il traversait la route sur un passage protégé. La victime, atteinte de plaies superficielles et d'une fracture du calcanéum, avait alors été hospitalisée afin de subir une intervention chirurgicale. Malheureusement, au cours de son séjour à l'hôpital, elle a contracté une infection nosocomiale dont elle est décédée dix jours plus tard. Les juges d'appel ont tout d'abord établi l'existence d'un lien causal indirect, en estimant que l'auteur, par son refus de priorité, «a heurté le piéton et a créé la situation ayant permis la réalisation du dommage, commettant ainsi une faute caractérisée, en relation de causalité indirecte avec le décès». La Cour de cassation a ensuite censuré la décision d'appel, au motif que «l'article 221-6 du Code pénal exige, pour recevoir application, que soit constatée l'existence certaine d'un lien de causalité entre la faute du prévenu et le décès de la victime». La Cour a reproché aux juges d'appel de ne pas avoir justifié leur décision car il leur incombait de rechercher si l'«infection nosocomiale, ultérieurement contractée par la victime», ne constituait «le seul fait en relation de causalité avec le décès».

Cet arrêt doit être remarqué en ce qu'il vient assigner une limite à la causalité indirecte en recourant à l'exigence de certitude. La causalité indirecte n'a ainsi pas «vocation à s'étendre à l'infini»¹³¹⁷ mais se trouve limitée aux événements qui s'inscrivent dans

¹³¹³ D. ROETS, «Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2007, p. 251 et s.

¹³¹⁴ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 411.

¹³¹⁵ D. COMMARET, «Coups et blessures, Cass. crim., 5 octobre 2004 (3 arrêts)», *Gazette du Palais*, N° 353, 2004 et Y. MAYAUD, «Délits non intentionnels: trois arrêts pour une même logique», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2005, p. 71 et s.

¹³¹⁶ Cass. crim., 5 octobre 2004, n° 03-86.169, D. 2005. 1525, obs. Mirabail, AJ Pénal 2005. 25, obs. Coste, Gaz. Pal. 2004. 2. 3831, note Commaret, RSC 2005. 71, obs. Mayaud.

¹³¹⁷ Y. MAYAUD, «La loi Fauchon du 10 juillet 2000 après plus de cinq ans d'application ...», *AJ Pénal*, 2006, p. 146 et s.

une «continuité assurée»¹³¹⁸ avec la faute initiale. Dès lors, si une «discontinuité» apparaît «dans l'enchaînement des évènements», le lien de causalité avec le dommage final ne peut pas être établi car il se trouve privé de son «support de certitude»¹³¹⁹.

263. Comparaison avec deux autres espèces (2)

Cette décision est d'autant plus intéressante qu'elle peut être mise en perspective avec les arrêts que la Cour de cassation a rendus concernant les deux autres espèces, pour lesquelles elle a, au contraire, admis le caractère certain du lien de causalité en dépit d'une faute initiale très éloignée du dommage final.

Ainsi, dans la deuxième espèce¹³²⁰, le locataire en crédit-bail d'une moissonneuse batteuse avait fait moissonner un champ de blé sans avoir préalablement fait contrôler la machine agricole par un «*concessionnaire de la marque, comme le prévoyait la notice technique en sa possession*». Au cours du moissonnage, «*le moteur encrassé de la machine agricole [avait] provoqué, en raison d'une mauvaise combustion, la projection de particules incandescentes*» qui, en retombant, avaient déclenché un incendie. «*Le feu [s'était] ensuite rapidement propagé sur une surface de 754 hectares, nécessitant l'intervention de 600 pompiers*». Surpris par un front de flammes, deux d'entre eux avaient tragiquement perdu la vie dans l'incendie. Les juges d'appel ont caractérisé l'existence d'un lien de causalité indirect, en considérant que l'utilisation par le prévenu d'une machine agricole non contrôlée, «*en période de sécheresse et par vent fort*», avait «*contribué à créer la situation ayant permis la réalisation du dommage*». La Cour de cassation a estimé que les juges du fond avaient souverainement apprécié les circonstances de la cause et qu'ils avaient justifié leur décision au regard des articles 121-3, alinéa 4, et 221-6 du Code pénal français.

La troisième espèce¹³²¹ concernait un loueur d'engins nautiques qui avait «donné en location un scooter des mers à un client qui n'était pas titulaire du permis de navigation exigé par la réglementation, ce dont il [avait] informé le loueur tout en certifiant par écrit être en possession d'un tel titre». Au cours de la navigation, l'utilisateur a excessivement augmenté sa vitesse et a entrepris de dépasser imprudemment un autre scooter avec lequel il est entré en collision, blessant le conducteur de cet engin et tuant sa passagère. Encore une fois, la Cour d'appel a établi l'existence d'une causalité indirecte, en estimant que le prévenu, en louant un scooter à une personne dépourvue du permis et ignorante des règles de base de la navigation, «*a ainsi créé la situation ayant permis la réalisation du dommage*». De nouveau, ce raisonnement a été

¹³¹⁸ Y. MAYAUD, «Délits non intentionnels: trois arrêts pour une même logique», *op. cit.*

¹³¹⁹ *Ibid.*

¹³²⁰ Cass. crim., 5 octobre 2004, n° 04-80.658, Gaz. Pal. 2004. 2. 3831, note Commaret, RSC 2005. 71, obs. Mayaud.

¹³²¹ Cass. crim., 5 octobre 2004, n° 04-81.024, Gaz. Pal. 2004. 2. 3831, note Commaret, RSC 2005. 71, obs. Mayaud.

validé par la Cour de cassation, qui a décidé que la Cour d'appel, procédant de son appréciation souveraine des circonstances de la cause, avait correctement justifié sa décision.

Il ressort de ces deux arrêts que l'interposition d'une succession d'événements intermédiaires entre la faute initiale et le dommage final n'empêche aucunement de caractériser la certitude du lien de causalité, dès lors que la continuité de la chaîne causale reste assurée¹³²². Dans ces deux espèces, il est en quelque sorte possible de voir dans la faute initiale le «germe du dommage»¹³²³, tous les événements s'enchaînant ensuite mécaniquement à partir de cette faute jusqu'à produire le résultat final. Ainsi, dans la deuxième espèce, le mauvais entretien de la moissonneuse-batteuse constitue l'élément générateur de l'incendie, ce dernier pouvant lui-même tant détruire que tuer¹³²⁴. De même, dans la troisième espèce, la location consentie par le loueur a initié «l'élan causal ayant conduit à la réalisation de l'accident»¹³²⁵ qui a provoqué la mort et des blessures.

A l'inverse, dans la première espèce, le dommage engendré par l'automobiliste se limite en réalité seulement à des blessures, puis une cause étrangère, l'infection nosocomiale, est survenue, provoquant le décès de la victime. Cette cause étrangère ne s'inscrit pas dans un «rapport de continuité avec l'accident à l'origine de l'hospitalisation. Il s'agit ainsi d'une cause exclusive, qui vient opérer une rupture dans la «dynamique causale» de la faute initiale¹³²⁶.

Cette idée de rupture se trouve parfaitement exprimée dans la définition de l'infection nosocomiale, qui désigne les «infections contractées dans un établissement de soin ou lors d'une prise en charge médicale, [ne présentant] – c'est là l'élément important – aucun lien avec l'état initial ni avec l'évolution prévisible»¹³²⁷. Dès lors, la survenance de l'infection nosocomiale sort de la «logique impliquée par des blessures anodines et une simple fracture»¹³²⁸ et empêche ainsi de caractériser un lien de causalité certain entre la faute de l'automobiliste et le décès de la victime à l'hôpital.

264. Synthèse sur la limite apportée par l'exigence de certitude (3)

En définitive, lorsque la causalité est indirecte, l'exigence de certitude est donc une question «de continuité par rapport aux manquements du prévenu»¹³²⁹. La continuité

¹³²² Y. MAYAUD, «Délits non intentionnels : trois arrêts pour une même logique», *op. cit.*

¹³²³ *Ibid.*

¹³²⁴ D. COMMARET, «Coups et blessures, Cass. crim., 5 octobre 2004 (3 arrêts)», *op. cit.*

¹³²⁵ Y. MAYAUD, «Délits non intentionnels : trois arrêts pour une même logique», *op. cit.*

¹³²⁶ *Ibid.* Cette conception doit être rapprochée de la théorie civiliste de l'"empreinte continue du mal", qui a été conçue par DEJEAN DE LA BÂTIE.

¹³²⁷ D. COMMARET, «Coups et blessures, Cass. crim., 5 octobre 2004 (3 arrêts)», *op. cit.*

¹³²⁸ Y. MAYAUD, «Délits non intentionnels : trois arrêts pour une même logique», *op. cit.*

¹³²⁹ *Ibid.*

requiert que «le dommage puisse se rattacher de manière significative»¹³³⁰ au comportement initial. L'appréciation de cette continuité n'en reste pas moins délicate, tant le dommage peut correspondre au résultat d'une conjugaison de la faute initiale avec d'autres facteurs causaux. Il revient alors au juge de s'assurer de la bonne continuité de la chaîne causale, en vérifiant que «rien n'est venu absorber le fait originel au point de l'effacer»¹³³¹.

265. Comparaison de la causalité indirecte avec le droit suisse

La causalité indirecte a parfois été rapprochée de la théorie de l'équivalence des conditions en raison de son appréhension large du lien de causalité, qui admet des causes très éloignées du dommage¹³³². Cependant, cette association apparaît trompeuse pour deux raisons.

D'une part, la fonction de ces deux méthodes diverge nettement en droit suisse et français puisque, en droit suisse, l'équivalence des conditions ne constitue qu'une première étape dans l'établissement du lien de causalité, qui devra être ensuite affinée dans un second temps, alors que, en droit français, la caractérisation d'une causalité indirecte suffit à elle seule à établir l'existence d'un lien de causalité.

D'autre part, l'équivalence des conditions conduit à retenir toutes les causes nécessaires à la survenance du résultat, ce qui n'est pas le cas de la causalité indirecte, qui exclut tant les causes incertaines que les causes directes du dommage. C'est ainsi que, dans l'espèce relative à l'infection nosocomiale, l'équivalence des conditions aurait permis d'établir une causalité naturelle entre l'accident de la circulation et l'infection nosocomiale, étant donné que sans l'accident, la victime n'aurait pas contracté une telle infection. Ce n'est en revanche pas le cas du droit français qui ne retient aucun lien de causalité, dès lors que l'infection nosocomiale ne s'inscrit pas dans une continuité assurée avec l'accident initial.

¹³³⁰ *Ibid.*

¹³³¹ D. COMMARET, «Coups et blessures, Cass. crim., 5 octobre 2004 (3 arrêts)», *op. cit.* Pour une illustration en matière sanitaire, voir R. MÉSA, «La responsabilité pénale du maire en cas de menace sanitaire», *La semaine juridique administrations et collectivités territoriales*, LexisNexis, n° 24, 2020, 2172, n° 4. L'auteur considère qu'en cas de contamination d'une ou plusieurs personnes à la suite d'un mauvais usage par le maire de ses pouvoirs de police, un lien de causalité certain mais indirect peut être caractérisé.

¹³³² Y. MAYAUD, «La loi Fauchon du 10 juillet 2000 après plus de cinq ans d'application ...», *op. cit.*; C. CLAVERIE-ROUSSET, «La responsabilité pénale du médecin en cas d'accord médial», *La responsabilité pénale du médecin, Revue générale de droit médical*, Les études hospitalières, N° 44, 2012, p. 119; J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 4^e édition, 2016, p. 74 et G. SHALBI, *La responsabilité pénale du dirigeant d'entreprise*, thèse, Paris I, 2004, p. 112.

266. Assimilation de la causalité indirecte à une cause adéquate (1)

En revanche, il est possible d'envisager la causalité indirecte comme une cause adéquate du dommage¹³³³, en considérant qu'elle ne prend en compte que les causes propres, d'après le cours ordinaire des choses, à produire un dommage de la sorte de celui qui s'est réalisé¹³³⁴. Cette hypothèse, même si elle peut sembler contre-intuitive au premier abord en raison du caractère plus restreint de la causalité adéquate, n'en reste pas moins tout à fait recevable dans la mesure où, comme le souligne la doctrine suisse, la causalité adéquate n'a pas besoin d'être la «cause unique, directe ou immédiate du résultat»¹³³⁵.

Pour vérifier une telle hypothèse, il convient de revenir sur les trois espèces envisagées précédemment au titre du caractère certain de la causalité indirecte, afin de déterminer si la causalité adéquate permet d'arriver aux mêmes solutions que la causalité indirecte.

Dans la première espèce relative à l'infection nosocomiale, il semble que la théorie de la causalité adéquate conduirait vraisemblablement à écarter le lien de causalité, en considérant que le refus de priorité à un piéton n'était pas propre, selon le cours ordinaire des choses, à engendrer une infection nosocomiale mortelle. Elle permettrait ainsi de caractériser une rupture du lien causal en raison de la survenance de l'infection, qui se présente comme une cause étrangère extraordinaire.

A l'inverse, la théorie de la causalité adéquate aurait probablement permis elle aussi d'établir un lien de causalité dans les deux autres espèces. Dans le deuxième cas relatif à l'incendie, il semble que le fait de ne pas vérifier une machine agricole, notamment pour prévenir les risques d'incendie, puisse être considéré comme propre, dans le cours normal des choses, à déclencher un incendie et le cas échéant à causer la mort de plusieurs personnes. De même, dans le troisième cas relatif à l'accident de scooter des mers, il apparaît que le fait de louer un engin de navigation à une personne non autorisée puisse être considéré comme propre, d'après le cours ordinaire des choses, à engendrer la mort d'autres navigateurs. Malgré leur caractère éloigné, ces deux fautes seraient ainsi considérées comme des causes adéquates du dommage.

Dans ces trois espèces, le recours à la causalité adéquate permet donc de retenir un lien de causalité dans les mêmes cas que ceux où une causalité indirecte certaine a été établie en droit français. En réalité, l'exigence de certitude de la causalité indirecte, en requérant une continuité dans la logique causale, conduit à effectuer un tri parmi les causes nécessaires du dommage qui est similaire à celui opéré par la causalité

¹³³³ P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, *op. cit.*, p. 303 et s.

¹³³⁴ J.-C. SAINT-PAU, «Les causalités dans la théorie de l'infraction», *Mélanges en l'honneur du Professeur J.-H. ROBERT*, LexisNexis, 2012, p. 689.

¹³³⁵ M. DUPUIS et L. MOREILLON, «Art. 117», *op. cit.*, p. 771.

adéquate lorsqu'elle renvoie au cours normal des choses. Dès lors, la causalité indirecte certaine semble pouvoir s'apparenter à une causalité adéquate¹³³⁶, dans la mesure où elles jouent le même rôle en excluant les liens causaux trop erratiques du champ de la répression.

267. Limites de l'assimilation (2)

Il faut toutefois prendre garde de ne pas assimiler trop rapidement la causalité indirecte à la théorie de la causalité adéquate, dans la mesure où la causalité indirecte, par définition, exclut de son domaine de définition les causes directes, ce qui, en revanche, n'est pas le cas de la causalité adéquate. La causalité indirecte constituerait alors seulement une variante particulière de causalité adéquate, comprenant les seules causes qui ont créé ou contribué à créer le dommage ou qui n'ont pas permis de l'éviter.

Finalement, la causalité indirecte se présente comme une cause adéquate du dommage en ce qu'elle exige que la faute du prévenu puisse être rattachée de manière significative à la production du dommage. Cette notion de causalité indirecte revêt par ailleurs un rôle essentiel dans la punition du fait non intentionnel car elle constitue le support de la dépenalisation sélective conçue par le législateur de 2000.

B Le support d'une dépenalisation sélective

268. Dépenalisation sélective

Lorsque la causalité est indirecte, la réforme de 2000 conduit à différencier le seuil de la répression applicable aux personnes physiques de celui qui s'applique aux personnes morales¹³³⁷: alors que les personnes physiques bénéficient d'une limitation de leur responsabilité aux seuls cas où une faute qualifiée a été commise (1), les personnes morales, en revanche, ne voient pas leur situation modifiée, une faute simple restant suffisante pour engager leur responsabilité¹³³⁸ (2).

1 La limitation de la responsabilité des personnes physiques

269. Destinataires de la dépenalisation

Il ressort du quatrième alinéa de l'article 121-3, ajouté par la loi du 10 juillet 2000¹³³⁹ que, « *lorsqu'une personne physique cause indirectement un dommage, sa responsabi-*

¹³³⁶ Dans ce sens, R. OLLARD et F. ROUSSEAU, *Droit pénal spécial*, Bréal, 2^e édition, 2015, p. 63. Ces auteurs reconnaissent que, dans la première espèce relative à l'infection nosocomiale, la causalité indirecte ne peut pas être retenue car l'accident de la circulation n'est pas la « cause adéquate » du décès de la victime.

¹³³⁷ D. GUIHAL, « Art. 221-6 à 221-7, atteintes involontaires à la vie », *op. cit.*, n° 109.

¹³³⁸ Y. MAYAUD, « Violences involontaires: théorie générale », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2005, n° 413.

¹³³⁹ Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.

lité pénale ne peut être engagée » que s'il est établi qu'elle a commis une faute qualifiée¹³⁴⁰. Cette loi permet ainsi d'exclure la faute simple du champ de la répression lorsque celle-ci a été commise par une personne physique qui est auteur indirect du dommage.

Le choix de dépénaliser la faute simple dans cette hypothèse n'avait rien de neutre dans l'esprit du législateur¹³⁴¹. Au travers de l'auteur indirect, le législateur visait principalement à mieux circonscrire la responsabilité des décideurs publics et des élus locaux en matière non intentionnelle¹³⁴². Il considérait que ces derniers devaient être appréhendés comme des auteurs indirects, dès lors que les fautes qu'ils commettent dans l'exercice de leur mandat ne constituent généralement pas la cause unique, immédiate ou déterminante du dommage.

Sans surprise, «la jurisprudence a (...) suivi cette analyse»¹³⁴³, ce qui a produit une très nette limitation de l'engagement de la responsabilité pénale des décideurs publics, en particulier des maires¹³⁴⁴, pour lesquels une faute qualifiée s'avère désormais nécessaire pour engager leur responsabilité.

En intervenant de manière générale¹³⁴⁵, le législateur a, par voie de conséquence, également ouvert le bénéfice potentiel de cette réforme aux «chefs d'entreprise, en position de décideurs privés, dès lors qu'il [est] logique de les considérer, tout comme les élus, comme des auteurs indirects des dommages»¹³⁴⁶. Ainsi, la jurisprudence les appréhende la plupart du temps également comme des auteurs indirects¹³⁴⁷.

¹³⁴⁰ M.-C. SORDINO, *Droit pénal général*, Ellipses, 6^e édition, 2016, p. 145.

¹³⁴¹ R. OLLARD et F. ROUSSEAU, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 65.

¹³⁴² P. FAUCHON, *Rapport n° 177, sur la proposition de loi tendant à préciser la définition des délits non intentionnels*, fait au nom de la commission des lois, Sénat, déposé le 20 janvier 2000. Pour une critique virulente de ce choix, voir M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, infractions du Code pénal*, Dalloz, 8^e édition, 2018, p. 435, n° 367: «Une fois de plus les décideurs publics ont brillé par leur hypocrisie et leur ignorance. Sur le terrain de l'intérêt collectif il aurait mieux valu qu'ils aient le courage de s'attribuer une immunité pour les actes commis dans l'exercice de leurs fonctions, s'ils arrivaient à démontrer que l'efficacité de l'action publique est à ce prix, plutôt que de rendre, pour atteindre cet objectif, le droit commun encore plus mauvais qu'avant».

¹³⁴³ J.-Y. MARÉCHAL, «Art. 121-3, l'élément moral de l'infraction», *JurisClasseur Pénal code*, LexisNexis, 2019, n° 83.

¹³⁴⁴ De nombreux maires ont ainsi pu bénéficier d'une relaxe sur le fondement de la loi du 10 juillet 2000. Voir par ex. Cass. crim., 4 juin 2002, n° 01-81280, D. 2003. 95, note Petit, D. 2003. 244, obs. Roujou de Boubée, RSC 2003. 127, obs. Giudicelli; Cass. crim., 9 octobre 2001, n° 00-85.053, D. 2002. 2712, obs. Lacabarts, RSC 2002. 319, obs. Bouloc et Cass. crim., 20 mars 2001, n° 00-84.011.

¹³⁴⁵ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel, vol. 2 – L'infraction et la responsabilité*, *op. cit.*, p. 221.

¹³⁴⁶ J.-Y. MARÉCHAL, «Art. 121-3, l'élément moral de l'infraction», *op. cit.*, n° 83.

¹³⁴⁷ Pour des arrêts qualifiant le chef d'entreprise d'auteur indirect, voir par ex. Cass. crim., 3 décembre 2002, n° 01-85.109, Dr. soc. 2003. 432, obs. Duquesne, RSC 2003. 326, obs. Bou-

En définitive, derrière l'auteur indirect se trouve principalement un maire, un « chef d'entreprise », un « chef de service », un « chef de clinique », bref, les « chefs de tout poil »¹³⁴⁸.

Toutefois, la portée de cette réforme ne doit pas être restreinte aux seuls décideurs. Dans chaque espèce, les juges doivent vérifier si le prévenu n'était pas un auteur indirect du dommage et il arrive dans de nombreux cas que des professionnels¹³⁴⁹ ou de simples *quidams*¹³⁵⁰ soient également considérés comme des auteurs indirects. La réforme marque ainsi une évolution majeure de la responsabilité des personnes physiques en matière non intentionnelle.

270. La mise en œuvre de la dépénalisation

En dépénalisant la faute simple indirectement à l'origine du dommage, la réforme de 2000 se présente donc comme une loi plus douce pour les personnes physiques que la loi antérieure. Dès lors, cette réforme a bénéficié du régime de la rétroactivité *in mitius*, en s'appliquant immédiatement aux affaires en cours¹³⁵¹. C'est ainsi que la loi du 10 juillet 2000 a été appliquée en appel à des espèces pour lesquelles un jugement avait déjà été rendu sur le fondement du droit antérieur, sans toutefois être encore revêtu de l'autorité de la chose jugée. Il en va ainsi d'une affaire relative à l'excursion à vélo d'une classe de quatrième sur l'Île d'Ouessant, au cours de laquelle, cheminant sur un sentier côtier, l'un des collégiens a fait une chute mortelle. Dans un jugement du 2 novembre 1999, le tribunal correctionnel de Brest a retenu la responsabilité des enseignants accompagnateurs, du directeur de l'établissement mais également de la maire d'Ouessant, au motif, pour cette dernière, qu'il lui appartenait de signaler au public les dangers que présentait la circulation en bordure de côtes qui plongent à pic

loc, RSC 2003. 334, obs. Mayaud; Cass. crim., 5 février 2002, n° 01-81.470, RSC 2002. 585, obs. Mayaud; Cass. crim., 16 janvier 2001, n° 00-82.274, RSC 2001. 824, obs. Giudicelli-De-lage. Cependant, pour une espèce considérant le chef d'entreprise comme un auteur direct, voir Cass. crim., 16 septembre 2008, n° 08-80.204, JCP S 2008. 1596, note Cesaro, AJ pénal 2008. 507, obs. Dechepy-Tellier, RSC 2009. 390, note Cerf-Hollender. Les décideurs ne sont donc pas par principe des auteurs indirects. Même si les décideurs sont la plupart du temps considérés comme des auteurs indirects, il revient au juge de le déterminer dans les circonstances de la cause.

¹³⁴⁸ PH. CONTE, « Le lampiste et la mort », *op. cit.*, n° 5.

¹³⁴⁹ Voir par ex. Cass. crim., 12 septembre 2006, n° 05-86.700, JCP G 2006. II. 10006, Dr. Pén. 2007. 4 obs Véron, RSC 2007. 82, obs. Mayaud, relatif à un médecin spécialiste en endocrinologie qui a tardé à intervenir.

¹³⁵⁰ Voir par ex. Cass. crim., 14 décembre 2010, n° 10-81.189, D. 2011. 2830, obs. Garé, RSC 2011. 96, obs. Mayaud, relatif à une personne qui a remis volontairement les clés de sa voiture à un ami « alors qu'il savait que celui-ci n'était pas titulaire du permis de conduire et se trouvait sous l'emprise de l'alcool; (...) les juges retiennent que le prévenu, qui ne pouvait ignorer le risque d'accident encouru par la victime en lui permettant de conduire dans de telles circonstances, a contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ».

¹³⁵¹ A. SÉRIAUX, « L'appréciation de la faute pénale d'imprudence en droit français contemporain », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2017, p. 231 et s., n° 11.

dans la mer. La Cour d'appel de Rennes, dans un arrêt du 19 septembre 2000¹³⁵² a confirmé la condamnation des enseignants et du directeur mais, en application des nouvelles dispositions, a prononcé la relaxe de la maire d'Ouessant. Les juges d'appel ont ainsi estimé que, même « *s'il est établi que la maire a contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage* », elle « *n'a pas commis la faute caractérisée exigée par l'alinéa 4 de l'article 121-3 du Code pénal* », dès lors que « *l'île d'Ouessant est un site remarquable où une signalisation multiple ne peut être envisagée (...) et qu'il appartient à chacun d'avoir une attitude responsable et appropriée afin d'éviter de se mettre dans une situation périlleuse* ». La maire avait ainsi seulement commis une faute simple, en lien de causalité indirect avec le dommage, ce qui ne permet plus désormais d'atteindre le seuil de la répression.

La Cour de cassation a également annulé plusieurs condamnations prononcées par des cours d'appel en application du droit antérieur, sans être passée en force de chose jugée¹³⁵³, afin qu'il soit procédé à un nouvel examen de l'affaire au regard des dispositions nouvelles. Tel a été le cas dans l'affaire du Drac, dans laquelle des élèves de cours élémentaire ont été emmenés en classe découverte, encadrés par leur institutrice et une accompagnatrice de la ville de Grenoble, afin d'observer l'habitat des castors. Alors qu'ils cheminaient dans le lit du Drac, les excursionnistes ont été surpris par une brusque montée des eaux de la rivière, causés par des lâchers d'eau de délestage effectués à partir des évacuateurs de crue d'un barrage hydroélectrique. Emportés par les flots, six élèves et l'accompagnatrice communale périrent par noyade. Par un arrêt confirmatif du 12 juin 1998¹³⁵⁴, la Cour d'appel de Grenoble a déclaré coupable d'homicide non intentionnel tant l'institutrice, pour avoir fait preuve de négligence dans la vérification des conditions de sécurité de l'excursion, que la directrice de l'établissement, pour ne pas avoir exercé réellement de contrôle sur les activités prévues dans le cadre de la sortie. Cette décision a ensuite été censurée par la Cour de cassation, dans un arrêt du 12 décembre 2000¹³⁵⁵, au motif que la loi du 10 juillet 2000 était d'application immédiate et qu'il convenait, dès lors, de vérifier pour les personnes physiques qui ont indirectement causé le dommage si elles avaient commis une faute qualifiée. Les juges de cassation ont renvoyé l'affaire devant les juges du fond, afin qu'il soit

¹³⁵² CA Rennes, 19 septembre 2000, Gaz. Pal. 2000.2.2361, LPA, 2000. 234. 13, note Vidal-Durant, RSC 2002. 158, obs. Mayaud.

¹³⁵³ Dans ce sens, voir notamment: Cass. crim., 22 mai 2001, n° 00-85.179 (employeur et maître d'œuvre); Cass. crim., 13 février 2001, n° 00-82.753 (chef d'entreprise et inspecteur); Cass. crim., 10 janvier 2001, n° 00-83.354 (gynécologue), Gaz. Pal. 2001.2.1198, note Monnet, RSC 2001. 572, obs. Bouloc et Cass. crim., 5 septembre 2000, n° 99-82.301 (médecin), D. 2000. 256, RSC 2001. 154, obs. Bouloc et 156, obs. Mayaud.

¹³⁵⁴ CA Grenoble, 12 juin 1998, Gaz. Pal. 1998. 2. 460, note Petit.

¹³⁵⁵ Cass. crim., 12 décembre 2000, n° 98-83.969, Gaz. Pal. 2000.2.2456, note Petit, Dr. Pén. 2001. 43, obs. Véron, RSC 2001. 157, obs. Mayaud et p. 372, obs. Bouloc.

procédé à un nouvel examen de l'affaire. La Cour d'appel de renvoi¹³⁵⁶ a ensuite conclu à la relaxe des deux prévenues.

Ces décisions sont particulièrement intéressantes car, en plus d'avoir été parmi les premières à «intégrer les données de la réforme»¹³⁵⁷, elles permettent de faire clairement apparaître la dépénalisation opérée pour les personnes physique par le nouveau rapport entre causalité indirecte et faute simple¹³⁵⁸.

271. Critiques de la dépénalisation

Ce mécanisme de dépénalisation a toutefois essuyé quelques critiques de la part de la doctrine.

Certains auteurs se sont émus du fait que «la causalité puisse influencer sur la criminalité du comportement en cas de faute simple», alors même que la causalité constitue une donnée purement matérielle de l'infraction¹³⁵⁹. Selon eux, une même faute devrait engendrer une même punition, peu importe «que la faute soit ou non en lien direct avec la production du dommage»¹³⁶⁰. Il apparaîtrait ainsi difficilement justifiable de considérer que «la faute simple de l'auteur indirect ne mérite plus la réprobation sociale» alors que «la même faute, commise par l'auteur direct», continue d'être sanctionnée¹³⁶¹. Cette réforme ferait dès lors naître une regrettable confusion entre les notions de faute et de causalité, la portée de la première devant désormais être déterminée par référence au caractère de la seconde¹³⁶². Cette critique doit être entendue¹³⁶³ dans la mesure où la loi du 10 juillet 2000 vient précisément redéfinir le rapport entre la faute et la causalité, lesquelles ne se présentent plus comme des variables indépendantes mais complémentaires de la répression du fait non intentionnel¹³⁶⁴.

D'autres auteurs ont exprimé la crainte que le décideur, «qui fait exécuter ses ordres par d'autres, soit systématiquement exempté de sa responsabilité, alors que le «lam-piste», dont l'intervention est vouée à être plus proche [du dommage], se verra attri-

¹³⁵⁶ CA Lyon, 28 juin 2001, Gaz. Pal. 2001.2.1140, note Petit, RSC 2001. 804, obs. Mayaud. Confirmé par Cass. crim., 18 juin 2002, n° 01-85.537, Gaz. Pal. 2002. 2. 994, note Petit.

¹³⁵⁷ Y. MAYAUD, «Violences involontaires: théorie générale», *op. cit.*, p. 397.

¹³⁵⁸ *Ibid.*, n° 399.

¹³⁵⁹ A. D'HAUTEVILLE, «Les transformations de la faute pénale», *Le nouveau Code pénal 10 ans après*, dirigé par D. THOMAS, Pedone, 2005, p. 17.

¹³⁶⁰ *Ibid.*

¹³⁶¹ E. DREYER, «La causalité directe de l'infraction», *Droit pénal*, N° 6, 2007, étude 9, n° 23.

¹³⁶² J. PRADEL, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 393.

¹³⁶³ Pour les conséquences tirées de cette critique, voir 2^e partie, titre 1, chapitre 2, section 2, II, B, 2: Le maintien de la référence aux diligences normales, n° 440.

¹³⁶⁴ Cette porosité entre faute et causalité rappelle l'ambivalence de la localisation du critère de «prévisibilité» en droit suisse: les finalistes l'étudient au titre du comportement imprévoyant alors que les causalistes l'analysent dans la causalité adéquate. Voir 1^{re} partie, titre 2, chapitre 2, section 1, I, B: La causalité adéquate, n° 247.

buer le rôle causal majeur»¹³⁶⁵. Cette réforme procéderait ainsi d'une morale assez contestable, selon laquelle «plus un individu a une responsabilité sociale importante – maire, chef de clinique –, plus sa responsabilité pénale est difficile à engager, quand celle des exécutants¹³⁶⁶ relève des règles habituelles»¹³⁶⁷. Il faut néanmoins prendre garde de ne pas exagérer la portée de cette critique, dans la mesure où, en pratique, la faute commise par un décideur, auteur indirect, se révèle, généralement «plus grave que la faute simple reprochée à l'auteur direct, compte tenu des fonctions de celui qui l'a commise et qui avait pour mission de l'empêcher»¹³⁶⁸. Seules les fautes les plus anodines des décideurs sont donc exclues de la répression, conformément à l'esprit de la réforme.

Si la réforme de 2000 a limité la responsabilité pénale des personnes physiques qui sont indirectement à l'origine du dommage, elle a en revanche maintenu celle des personnes morales, indifféremment du caractère direct ou indirect du lien de causalité. Pour elles, la loi maintient un seuil de répression plus élevé.

2 Le maintien de la responsabilité des personnes morales

272. Principe du maintien

La loi du 10 juillet 2000 «n'a pas affecté la situation des personnes morales»¹³⁶⁹, qui continuent à voir leur responsabilité pénale engagée en cas de faute simple, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la causalité est directe ou indirecte¹³⁷⁰.

Ce choix a été motivé par le fait que la dépénalisation des fautes simples commises par des personnes physiques, auteurs indirects, faisait apparaître le risque que ne surviennent certaines «situations extrêmes», dans lesquelles aucune responsabilité pénale ne pourrait être retenue¹³⁷¹. Ce constat posait un problème dans la mesure où la réalisation d'une «faute simple, même indirecte, peut être le signe d'une défaillance structurelle»¹³⁷² qui mérite de recevoir une réponse pénale. Il est donc apparu souhaitable qu'il revienne à la personne morale elle-même d'en répondre¹³⁷³.

¹³⁶⁵ PH. CONTE, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 53.

¹³⁶⁶ La situation des exécutants est d'autant plus paradoxale qu'en matière de responsabilité civile, le législateur s'efforce au contraire de les préserver des conséquences de leur situation subordonnée (PH. CONTE, «Le lampiste et la mort», *op. cit.*, n° 5.)

¹³⁶⁷ PH. CONTE, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 53.

¹³⁶⁸ E. DREYER, «La causalité directe de l'infraction», *op. cit.*, n° 22.

¹³⁶⁹ D. GUIHAL, «Art. 221-6 à 221-7, atteintes involontaires à la vie», *op. cit.*, n° 34.

¹³⁷⁰ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel*, vol. 2 – *L'infraction et la responsabilité*, *op. cit.*, n° 223.

¹³⁷¹ Y. MAYAUD, «Violences involontaires: théorie générale», *op. cit.*, n° 416.

¹³⁷² Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, Presses universitaires de France, 6^e édition, 2018, p. 310. Voir également la 7^e édition de cet ouvrage, p. 330.

¹³⁷³ *Ibid.*

La personne morale se présente ainsi comme un «relais de la dépenalisation opérée par la loi du 10 juillet 2000»¹³⁷⁴, qui permet de compenser «le rétrécissement du champ pénal»¹³⁷⁵ en faveur de ses dirigeants: ce qui ne peut plus être reproché à titre personnel aux organes ou représentants de la personne morale continue *a contrario* à pouvoir être mis à la charge de la personne morale elle-même, dont le seuil de la répression pénale reste inchangé¹³⁷⁶.

273. Illustrations

C'est ainsi que, dans de nombreuses affaires, les poursuites pénales ont été exclusivement engagées à l'égard de personnes morales, sans que ses organes ou représentants ne soient inquiétés en l'absence d'une faute qualifiée¹³⁷⁷. A par exemple été engagée la responsabilité d'un centre hospitalier dont le directeur n'avait pas accompli les diligences normales pour retrouver un malade d'Alzheimer qui avait disparu, en ne vérifiant pas si celui-ci ne s'était pas malencontreusement enfermé dans une zone en travaux de l'établissement¹³⁷⁸. Le directeur n'ayant pas commis de faute qualifiée, sa responsabilité personnelle a en revanche été écartée. Il en va de même dans l'affaire dite de l'accident du Pourtalès. Au cours d'un violent orage, un énorme platane s'était abattu sur un chapiteau à l'abri duquel s'étaient réfugiés les spectateurs d'un concert en plein air, qui se déroulait dans le parc de Pourtalès à Strasbourg. L'accident avait causé la mort de treize personnes et près d'une centaine de blessés. La ville de Strasbourg a été condamnée en raison des négligences commises dans l'organisation du concert par ses représentants, qui auraient dû mettre fin à la manifestation en raison des conditions météorologiques. Toutefois, les représentants de la ville eux-mêmes n'ont pas été personnellement inquiétés¹³⁷⁹.

274. Articulation avec la responsabilité des personnes physiques

Il apparaît ainsi qu'en cas de faute simple, les responsabilités des personnes physiques et morales doivent plutôt être envisagées en termes d'alternative que de cumul¹³⁸⁰, en

¹³⁷⁴ Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, Dalloz, 2003, p. 357.

¹³⁷⁵ *Ibid.*

¹³⁷⁶ Y. MAYAUD, « L'imputation causale des accidents du travail dans les délits non intentionnels », *AJ Pénal* 2022, p. 232.

¹³⁷⁷ C. AMBROISE-CASTÉROT, *Droit pénal spécial et droit pénal des affaires*, Gualino, 7^e édition, 2019, p. 95, n° 181.

¹³⁷⁸ Cass. crim., 18 mai 2016, n° 15-84.026.

¹³⁷⁹ Trib. corr. Strasbourg, 27 mars 2007, *Journal des accidents et catastrophe*, N° 73, note Steinlé-Feuerbach.

¹³⁸⁰ G. SHALBI, *La responsabilité pénale du dirigeant d'entreprise*, thèse, Paris I, 2004, p. 576. Cet auteur considère qu'«il n'existe pas une seule infraction imputable à deux responsables, personne morale et dirigeant, mais, en réalité, deux infractions distinctes, imputées ou non pour des motifs différents, à l'une ou à l'autre de ces deux responsables possibles; voire, une seule infraction imputable à la seule personne morale». Voir également Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, *op. cit.*, p. 357.

dépit du principe général selon lequel la responsabilité pénale de la personne morale n'est pas exclusive de celles des personnes physiques pour les mêmes faits¹³⁸¹. La loi du 10 juillet 2000 a d'ailleurs modifié dans ce sens le troisième alinéa de l'article 121-2 du Code pénal français¹³⁸², qui dispose désormais que «*la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3*».

275. Difficulté textuelle du maintien

Il existe toutefois une incohérence entre ce quatrième alinéa ajouté par la réforme de 2000 et les conditions générales d'engagement de la responsabilité des personnes morales énoncées au premier alinéa de l'article 121-2 du Code pénal français¹³⁸³. Ce dernier dispose «*que les personnes morales ne peuvent être déclarées pénalement responsables que s'il est établi que l'infraction a été commise, dans tous ses éléments, (...) par ses organes ou représentants*»¹³⁸⁴, ce qui en fait une responsabilité par imputation¹³⁸⁵. Or, il semble qu'il y ait «quelques contradictions à prétendre à une telle responsabilité»¹³⁸⁶ en cas de faute simple, car la réforme de 2000 a précisément entendu exclure du champ de la répression les fautes simples des personnes physiques, qui, tels les organes et représentants d'une personne morale, sont indirectement à l'origine du dommage. Dès lors, si un tel organe ou représentant commet une faute simple, aucune infraction ne pourra par hypothèse être retenue à son encontre¹³⁸⁷, ce qui, en toute rigueur, devrait incidemment empêcher que la responsabilité pénale de la personne morale qu'il dirige ou représente soit engagée sur le fondement de cette

¹³⁸¹ V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 123, n° 210.

¹³⁸² *Ibid.*, n° 211.

¹³⁸³ Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale, op. cit.*, p. 209.

¹³⁸⁴ Y. MAYAUD, «Violences involontaires: théorie générale», *op. cit.*, n° 423.

¹³⁸⁵ Le droit suisse connaît également une responsabilité pénale des personnes morales en matière de négligence. Elle est prévue à l'art. 102 al. 1 CPS relatif à la responsabilité des entreprises. Toutefois, il ne s'agit pas comme en droit français d'une responsabilité cumulative, par imputation à la personne morale de l'infraction commise par l'un de ses organes ou représentants identifié, mais d'une responsabilité subsidiaire, qui, au contraire, ne peut être engagée que lorsque l'imprévoyance n'a pu être imputée à aucune personne physique déterminée en raison d'un manque d'organisation de l'entreprise. Voir A. MACALUSO, «Art. 102», *Commentaire romand, code pénal I*, dirigé par L. MOREILLON et al., Helbing Lichtenhahn, 2^e édition, 2021, p. 1493 et C. MAURO, «Éléments de droit comparé», *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales, Dir. par M. DAURY-FAUVEAU et M. BENILLOUCHE*, PUF, CEPRISCA, 2009, p. 77, R. ROTH, «L'entreprise, nouvel acteur pénal», *Droit pénal des affaires: la responsabilité pénale du fait d'autrui*, Dir. par F. BERTHOUD, Cedidac, 2002, p. 77 et s. Pour une approche comparée franco-suisse en matière non intentionnelle, voir N. ZURKINDEN et S. VERNAZ, «Les robots chirurgicaux et le droit pénal, une réflexion franco-suisse», *Forum poenale*, N° 6, Stämpfli, 2018, p. 514.

¹³⁸⁶ Y. MAYAUD, «Violences involontaires: théorie générale», *op. cit.*, n° 423.

¹³⁸⁷ J.-Y. MARÉCHAL, «Art. 121-3, l'élément moral de l'infraction», *op. cit.*, n° 96.

faute¹³⁸⁸. Une telle interprétation rendrait alors caduque le maintien de la responsabilité des personnes morales.

276. Solution de la Cour de cassation

Toutefois, ce n'est pas la solution retenue par les juges de cassation, qui, dans un arrêt du 24 octobre 2000¹³⁸⁹, ont censuré la décision d'une Cour d'appel qui avait relaxé une personne morale au visa des articles 121-2 et 121-3 du Code pénal français. Dans son attendu de principe, l'arrêt énonce que «*les personnes morales sont responsables pénalement de toute faute non intentionnelle de leurs organes ou représentants ayant entraîné une atteinte à l'intégrité physique constitutive du délit de blessures involontaires, alors même qu'en l'absence de faute délibérée ou caractérisée au sens de l'article 121-3, alinéa 4, nouveau, la responsabilité pénale des personnes physiques, ne pourrait être recherchée*». La Cour de cassation a par la suite réaffirmé cette solution à de nombreuses reprises¹³⁹⁰. Ce faisant, la Cour de cassation procède à une lecture de l'article 121-2 alinéa 1 du Code pénal français qui n'est pas conforme à sa lettre¹³⁹¹, en affirmant qu'il suffit pour imputer l'infraction à la personne morale que son organe ou son représentant ait commis, non pas l'infraction en elle-même, mais seulement une faute d'imprudance¹³⁹². Ce faisant, la Haute juridiction «montre et entérine [ainsi] l'incohérence des textes»¹³⁹³.

277. Appréciation doctrinale

Certains auteurs¹³⁹⁴ ont essayé de justifier cette incohérence, en estimant que l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal français, qui envisage l'hypothèse de la causa-

¹³⁸⁸ J. LASSERRE CAPDEVILLE, «Responsabilité des personnes morales: la question du cumul des poursuites», *La responsabilité pénale de la personne morale*, Dir D. BRACH-THIEL et A. JACOBS, L'Harmattan, 2015, p. 88, n° 38.

¹³⁸⁹ Cass. crim., 24 octobre 2000, n° 00-80.378, JCP G 2001. II. 10535, note Daury-Fauveau, Dr. Pén. 2001. 29 obs. Véron, D. 2002. 514, note Planque, D. 2002. 1801, obs. Roujou de Boubée, RSC 2001. 156, obs. Mayaud, 371, obs. Bouloc, 399, obs. Cerf-Hollender et 824, obs. Giudicelli-Delage.

¹³⁹⁰ Cass. crim., 13 décembre 2016, n° 15-80.181; Cass. crim., 19 novembre 2013, n° 12-86.554, Dr. soc. 2014. 269, chron. Salomon, JCP S 2014. 1062, obs. Duquesne; Cass. crim., 5 novembre 2013, n° 12-85.380; Cass. crim., 2 octobre 2012, n° 11-85.032, D. 2012. 2606, AJ Pénal 2013. 99, obs. Lasserre Capdeville, Dr. soc. 2013. 142, chron. Salomon et Martinel; Cass. crim., 28 avril 2009, n° 08-83.843, D. 2009. 2825, obs. Roujou de Boubée, Garé et Mirabail, AJ pénal 2009. 267, Dr. soc. 2009. 875, obs. Duquesne, RTD com. 2009. 813, obs. Bouloc, JCP S 2009. 1413, note Tauran, Dr. pénal 2009. 10, obs. Segonds et Cass. crim., 4 décembre 2007, n° 07-81.072.

¹³⁹¹ *Ibid.*, n° 138.

¹³⁹² J.-Y. MARÉCHAL, «Art. 121-3, l'élément moral de l'infraction», *op. cit.*, p. n° 96.

¹³⁹³ J.-Y. MARÉCHAL, «Art. 121-2, responsabilité pénale des personnes morales», *JurisClasseur Pénal code*, LexisNexis, 2018, n° 138.

¹³⁹⁴ F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 581. Pour une présentation reformulée de l'approche de ces auteurs, voir également J.-Y. MARÉCHAL, «Art. 121-2, responsabilité pénale des personnes morales», *op. cit.*, p. 139.

lité indirecte, établirait en réalité une nouvelle cause subjective d'irresponsabilité pénale au profit des seules personnes physiques qui ont commis une faute simple. Cette explication présenterait ainsi l'avantage de ne pas supprimer l'infraction sur laquelle repose la responsabilité de la personne morale mais d'interdire seulement qu'elle soit imputée aux organes et dirigeants de celle-ci¹³⁹⁵.

Cette explication a toutefois été largement remise en cause, en particulier par JEAN-YVES MARÉCHAL, du fait que l'ensemble de l'article 121-3 du Code pénal français traite exclusivement des fautes permettant d'établir la culpabilité et non des causes subjectives d'irresponsabilité¹³⁹⁶. Il s'ensuivrait une confusion entre culpabilité et imputabilité: «si un événement tel qu'une force contraignante ou un trouble psychique peut avoir une influence sur la faute et supprimer la responsabilité, l'on ne voit ici rien de tel, la prétendue irresponsabilité ne reposant que sur la faute elle-même, insuffisamment grave pour condamner la personne physique mais encore assez consistante pour justifier la condamnation de la personne morale»¹³⁹⁷.

En réalité, il n'existe pas d'explication satisfaisante permettant véritablement d'expliquer l'articulation entre ces textes¹³⁹⁸. L'article 121-2 alinéa 1 du Code pénal français doit donc désormais «être lu (...) comme supportant une exception en matière d'imprudence»¹³⁹⁹, en requérant seulement l'établissement d'une faute commise par un organe ou un représentant de la personne morale pour que la responsabilité de celle-ci puisse être engagée au titre de l'infraction correspondante.

La solution de la Cour de cassation doit néanmoins être approuvée car elle est la seule permettant de respecter l'intention du législateur de 2000, qui entendait précisément différencier le sort des personnes physiques et morales, en écartant les secondes de la dépenalisation opérée à la faveur des premières¹⁴⁰⁰. Ce faisant, la Cour de cassation respecte également l'esprit de l'article 121-2 alinéa 1 du Code pénal français car elle prend soin de ne pas transformer la responsabilité pénale des personnes morales pour imprudence en une responsabilité autonome mais elle réaffirme au contraire qu'il s'agit bien d'une responsabilité par imputation, en exigeant toujours qu'il soit fait ré-

¹³⁹⁵ Ce raisonnement se fonde sur une différence de formulation entre les alinéas 3 et 4 de l'article 121-3 CPF: alors que l'alinéa 3 emploie la formule générale «il y a *délict*» en cas de faute simple, le quatrième alinéa, qui renvoie «*au cas prévu par l'alinéa qui précède*», fait plus précisément référence à la responsabilité des personnes physiques, ce qui serait l'indice que l'alinéa 4 n'affecte pas la constitution de l'infraction d'imprudence elle-même mais seulement la responsabilité des personnes physiques indirectement à l'origine du dommage lorsqu'elles n'ont pas commis une faute qualifiée.

¹³⁹⁶ J.-Y. MARÉCHAL, «Art. 121-2, responsabilité pénale des personnes morales», *op. cit.*, n° 139.

¹³⁹⁷ *Ibid.*, n° 139.

¹³⁹⁸ *Ibid.*, n° 141.

¹³⁹⁹ G. ROUJOU DE BOUBÉE, «Condamnation de la personne morale en l'absence de faute caractérisée», *Recueil Dalloz*, 2002, p. 1801 et s.

¹⁴⁰⁰ Y. MAYAUD, «Violences involontaires: théorie générale», *op. cit.*, p. 414.

férence à la faute commise par un organe ou un représentant de la personne morale¹⁴⁰¹.

278. Synthèse

Finalement, en dépit de la dépenalisation opérée par la réforme de 2000, il reste nécessaire de relever les fautes simples, même indirectes, commises par des personnes physiques lorsqu'elles sont des organes ou représentants d'une personne morale, dès lors que leur faute, à défaut de pouvoir être mise à leur charge personnelle, continue d'être imputée à la personne morale¹⁴⁰².

La situation se présente de manière beaucoup plus simple lorsque le lien de causalité est direct car, dans cette hypothèse, une faute simple suffit à engager aussi bien la responsabilité d'une personne morale que d'une personne physique. En revanche, son appréciation extensive est susceptible de remettre en cause tout l'équilibre du système de répression choisi.

II La causalité directe

279. Causalité directe

Lorsque la causalité est directe, la gravité de la faute n'emporte aucune conséquence sur la constitution de l'infraction d'imprudence: toute faute, qu'elle soit simple ou qualifiée, permet d'engager la responsabilité pénale de son auteur.

Il importe donc de s'interroger sur le sens à donner à la notion de causalité directe. En réalité, les contours de sa définition ne sont pas toujours aisés à déterminer (A), ce qui constitue assurément une faiblesse majeure dans la dépenalisation opérée par la loi du 10 juillet 2000 car les juges considèrent bien souvent certains liens causaux comme directs alors même qu'ils auraient dû appartenir à la causalité indirecte (B).

A La définition de la causalité directe

280. Définitions textuelle et jurisprudentielle

Les sources textuelles ne permettent pas de donner une définition satisfaisante de la causalité directe (1). C'est la raison pour laquelle la jurisprudence est venue préciser son contenu (2).

¹⁴⁰¹ G. ROUJOU DE BOUBÉE, «Condamnation de la personne morale en l'absence de faute caractérisée», *op. cit.*, p. 1801 et s.

¹⁴⁰² Pour des conséquences tirées de ce maintien du régime antérieur pour les personnes morales, voir 2^e partie, titre 1, chapitre 2, section 2, II, B, 2: Le maintien de la référence aux diligences normales, n° 438.

1 L'insuffisance des textes

281. Absence de définition légale

La loi du 10 juillet 2000 n'a pas pris soin de spécifier ce qu'il fallait entendre par lien de causalité direct¹⁴⁰³. Cette absence est regrettable dans la mesure où la bonne accessibilité du droit requiert une transparence totale des notions à partir desquelles celui-ci engage des distinctions fondamentales¹⁴⁰⁴.

Dans cette configuration, il n'est possible de tirer de l'article 121-3 du Code pénal français qu'une «définition négative» de la causalité directe, par un raisonnement *a contrario*, en se référant aux «hypothèses qui ne relèvent pas de la causalité indirecte»¹⁴⁰⁵.

Cependant, même de cette manière, il n'est pas réellement possible de se faire une idée précise du sens à donner à la causalité directe, tant il apparaît difficile de trouver dans la définition légale de la causalité indirecte ce qui la sépare vraiment de la causalité directe¹⁴⁰⁶.

282. Définition restrictive de la circulaire

La Chancellerie, par une circulaire du 11 octobre 2000, a alors essayé de préciser l'intention du législateur, en posant les jalons d'une définition de la causalité directe. Cette circulaire dispose que la causalité peut être considérée comme directe «*lorsque la personne en cause soit aura elle-même frappé ou heurté la victime, soit aura initié ou contrôlé le mouvement d'un objet qui aura heurté ou frappé la victime*»¹⁴⁰⁷. Ce serait donc l'existence d'un contact avec la victime qui constituerait le critère décisif permettant d'établir un lien de causalité direct, peu importe que l'atteinte ait été «portée physiquement par le prévenu lui-même» ou par «l'intermédiaire d'un objet, [comme] par exemple un véhicule en matière d'accident de la circulation»¹⁴⁰⁸ ou le tir d'un fusil dans le cadre d'une partie de chasse¹⁴⁰⁹.

Par référence à cette définition, certains auteurs¹⁴¹⁰ ont alors cru voir dans la causalité directe une consécration de la théorie de la *causa proxima* ou proximité des causes,

¹⁴⁰³ A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, Presses universitaires de France, 6^e édition, 2015, p. 128.

¹⁴⁰⁴ Y. MAYAUD, «Violences involontaires: théorie générale», *op. cit.*, n° 389.

¹⁴⁰⁵ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, *op. cit.*, p. 299.

¹⁴⁰⁶ Y. MAYAUD, «La causalité directe dans les violences involontaires, cause première ou «paramètre déterminant»?», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2002, p. 100 et s.

¹⁴⁰⁷ Circulaire du 11 octobre 2000, CRIM 2000-09 F1, 1.1.

¹⁴⁰⁸ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel*, vol. 2 – *L'infraction et la responsabilité*, *op. cit.*, p. 219.

¹⁴⁰⁹ Cass. crim., 8 mars 2005, n° 04-86.208, D. 2005. 2986, obs. Garé, Dr. Pén. 2005. 70, obs. Véron, RSC 2005. 555, obs. Mayaud.

¹⁴¹⁰ Voir par ex. PH. CONTE, «Le lampiste et la mort», *op. cit.*, n° 5 et R. OLLARD et F. ROUSSEAU, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 66.

selon laquelle seules doivent être retenues les causes les plus proches¹⁴¹¹, qui se trouvent dans une «proximité spatio-temporelle»¹⁴¹² immédiate avec le dommage. Une telle assimilation permet de circonscrire la causalité directe uniquement aux derniers maillons de la chaîne causale¹⁴¹³, ce qui présente l'avantage de donner un domaine d'application vaste et clair à la causalité indirecte¹⁴¹⁴, sur laquelle est fondée la dépenalisation opérée par la loi de 2000.

Il s'agit en revanche d'une conception restrictive de la causalité directe, qui a pour effet d'évincer de son domaine l'ensemble des causes éloignées, même celles qui n'ont pas fait que contribuer à la réalisation du dommage au sens de la causalité indirecte mais qui en constituent tout de même des «facteurs décisifs»¹⁴¹⁵.

Cette conception ne correspond toutefois pas exactement à l'intention exprimée par le législateur au cours des travaux parlementaires, qui avait envisagé une approche plus large de la causalité directe. Dans ce sens, le sénateur FAUCHON affirme ainsi dans le rapport préparatoire que, si «la cause directe est le plus souvent immédiate», elle peut également se présenter comme «celle qui entraîne normalement ou nécessairement le dommage, celle dont le dommage est la conséquence quasiment automatique donc prévisible»¹⁴¹⁶. C'est dans ce sens que les juges se sont orientés.

2 Les précisions de la jurisprudence

283. Approche prétorienne de la causalité directe

La Cour de cassation s'est montrée «plus audacieuse»¹⁴¹⁷ que la circulaire de la Chancellerie, en refusant de se cantonner à «une conception purement physique de la causalité directe»¹⁴¹⁸. Bien sûr, lorsqu'il existe un contact entre l'auteur et la victime, la Cour de cassation admet que la faute de l'auteur constitue une cause directe du dommage¹⁴¹⁹. Elle a toutefois élargi le domaine de la causalité directe au-delà des seuls rapports matériels ou immédiats entre faute et dommage¹⁴²⁰, pour y intégrer, en plus,

¹⁴¹¹ J.-C. SAINT-PAU, «Les causalités dans la théorie de l'infraction», *Mélanges en l'honneur du Professeur J.-H. ROBERT*, LexisNexis, 2012, p. 683.

¹⁴¹² R. OLLARD et F. ROUSSEAU, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 66.

¹⁴¹³ V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 104.

¹⁴¹⁴ J.-Y. MARÉCHAL, «Art. 121-3, l'élément moral de l'infraction», *op. cit.*, n° 81.

¹⁴¹⁵ PH. CONTE ET P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7^e édition, 2004, p. 221.

¹⁴¹⁶ P. FAUCHON, *Rapport n° 177, op. cit.*

¹⁴¹⁷ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal, op. cit.*, p. 300.

¹⁴¹⁸ M.-C. SORDINO, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 146.

¹⁴¹⁹ Dans ce sens, voir par ex. Cass. crim., 13 décembre 2011, n° 11-82.313, relatif au mauvais emploi d'une ventouse obstétricale ou encore Cass. crim., 21 septembre 2004, n° 03-85.510, RSC 2005. 77, obs. Mayaud et Cass. crim., 6 novembre 2018, n° 17-81.420, RSC 2019. 437, obs. Mistretta, tous deux relatifs à une intervention chirurgicale imprudente.

¹⁴²⁰ D. GUIHAL, «Art. 221-6 à 221-7, atteintes involontaires à la vie», *op. cit.*, n° 47.

les imprudences ou négligences qui constituent soit la cause unique et exclusive du dommage, soit sa cause essentielle et déterminante¹⁴²¹.

284. Causes non immédiates (1)

Cette conception jurisprudentielle permet d'intégrer au domaine de la causalité directe des causes qui ne sont pas immédiates. Il en va notamment ainsi dans cette espèce relative à un médecin obstétricien qui, en faisant une mauvaise utilisation des forceps, a provoqué chez un nouveau-né l'enfoncement de sa boîte crânienne. L'enfant souffrant de graves séquelles irréversibles, les parents ont décidé de mettre un terme à sa réanimation treize jours plus tard, ce qui a entraîné son décès. Les juges ont estimé ici que la faute du médecin, même si elle ne constituait pas la cause immédiate du décès, n'en restait pas moins directement à l'origine du décès, dès lors qu'elle en était « *la seule et unique cause* »¹⁴²².

285. Causalité de l'omission (2)

Cette conception permet en outre de considérer qu'une omission fautive peut être en rapport direct avec le dommage, même si, par définition, elle n'occasionne aucun contact physique avec celui-ci¹⁴²³. Elle permet dès lors de lever les ambiguïtés de l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal français, qui pouvait faussement laisser entendre que l'auteur d'une omission, celui qui n'a « *pas pris les mesures permettant d'éviter [le dommage]* », se présente nécessairement comme un auteur indirect¹⁴²⁴, ce qui serait difficilement justifiable. Ainsi, une omission peut être considérée comme directement à l'origine du dommage dans tous les cas où, « par sa seule action personnelle, le prévenu aurait pu empêcher [sa survenance] »¹⁴²⁵. Tel est le cas lorsqu'un chirurgien oublie de mettre en place une sonde gastrique ou qu'il omet de faire procéder à des examens médicaux¹⁴²⁶. Tel est encore le cas du propriétaire d'un labrador qui, par négligence, laisse son chien sortir de la propriété sans être contrôlé ni tenu en laisse et que celui-ci mord la main d'une passante¹⁴²⁷.

¹⁴²¹ D. COMMARET, « La loi du 10 juillet 2000 et sa mise en œuvre par la chambre criminelle de la Cour de cassation », *Gazette du Palais*, N° 103, 2002, n° 4. Voir également, M. DAURY-FAUVEAU, *La responsabilité pénale du médecin, les principales infractions contre les personnes*, Essentiel, 2003, p. 16 et s.

¹⁴²² Cass. crim., 23 octobre 2001, n° 01-81.030, Dr. Pén. 2002. 27, obs. Véron, *Gaz. Pal.* 2002. 1. 365, note Petit, RSC 2002. 102, obs. Mayaud et RSC 2002. 320, obs. Bouloc. Voir également Cass. crim., 29 octobre 2002, n° 01-87.374, RSC 2003. 330, obs. Mayaud, relatif à un chirurgien dont l'intervention de chirurgie esthétique est à l'origine de la thrombose ayant provoqué l'embolie pulmonaire fatale cinq jours plus tard.

¹⁴²³ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel, vol. 2 – L'infraction et la responsabilité, op. cit.*, p. 220.

¹⁴²⁴ D. GUIHAL, « Art. 221-6 à 221-7, atteintes involontaires à la vie », *op. cit.*, n° 47.

¹⁴²⁵ *Ibid.*, n° 47. Dans le même sens, voir P.-A. BON, *La causalité en droit pénal, op. cit.*, p. 291.

¹⁴²⁶ D. GUIHAL, « Art. 221-6 à 221-7, atteintes involontaires à la vie », *op. cit.*, n° 47.

¹⁴²⁷ Cass. crim., 29 mai 2013, n° 12-85.427, *Gaz. Pal.* 2018. 45, note Detraz, JCP G 2013, 1176, note Detraz, Dr. Pén. 2013. 125, note Véron, D. 2013. 2016, note Desprez, AJ pénal 2013. 678, obs. Lasserre-Capdeville.

286. Assimilation de la causalité directe à une cause adéquate (3)

De l'ensemble de ces développements, il ressort que, dans la conception prétorienne, la causalité directe s'apparente en réalité moins à une *causa proxima*, comme le laissait entendre la circulaire, qu'à une causalité adéquate, à l'image de celle du droit suisse¹⁴²⁸. En ce sens, la référence faite à la cause déterminante renvoie plus largement à ce qui se révèle «prévisible» ou «normal» dans le cours ordinaire des choses¹⁴²⁹. La causalité directe constituerait alors, de même que la causalité indirecte, une variante particulière de la causalité adéquate, qui comprendrait quant à elle uniquement les causes les plus décisives dans la production du dommage, à savoir celles qui en sont la cause unique, immédiate ou déterminante.

287. Effet extensif du paramètre déterminant

Toutefois, il faut bien admettre que l'emploi du critère du «paramètre déterminant» par la Cour de cassation n'est pas neutre mais qu'il conduit, au contraire, à étendre le domaine de la causalité directe¹⁴³⁰. Ce faisant, à plusieurs reprises, la Cour de cassation est allée jusqu'à reconnaître un lien de causalité direct alors même qu'un maillon intermédiaire s'était intercalé entre la faute et le dommage. Ainsi, dans un arrêt du 25 septembre 2001, la Cour de cassation¹⁴³¹ a admis l'existence d'une causalité directe dans une espèce où un automobiliste qui circulait à une vitesse excessive, de nuit, sur une ligne droite, a heurté un sanglier ayant brusquement surgi sur la chaussée. Perdant la maîtrise de sa trajectoire, l'automobiliste est alors entré en collision avec un véhicule qui arrivait en sens inverse, entraînant le décès de sa conductrice sous la violence du choc. En première instance, les juges ont relaxé l'automobiliste, en estimant que seule «*la survenue inopinée du sanglier était à l'origine de la succession de chocs ayant abouti au décès*» de la victime et que la vitesse n'avait pas eu d'incidence sur le déroulé des événements. La Cour de cassation a en revanche rejeté cette conception en approuvant les juges d'appel d'avoir au contraire considéré que l'excès de vitesse, en empêchant l'automobiliste de maîtriser suffisamment son véhicule, constituait un «*paramètre déterminant*» du décès de la victime et que, en conséquence, un lien de causalité direct était caractérisé.

Cette solution surprend dans la mesure où la Cour de cassation admet clairement ici l'existence d'un lien de causalité direct entre l'excès de vitesse initial et la mort de la victime, alors même que l'excès de vitesse n'aurait pas suffi à lui seul à entraîner une

¹⁴²⁸ Pour un auteur qui assimile la causalité directe à la théorie de la causalité adéquate, voir par ex. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 326.

¹⁴²⁹ Dans ce sens, voir G. RABUT-BONALDI qui parle du caractère «efficient» de la causalité indirecte (*Le préjudice en droit pénal*, op. cit., p. 253).

¹⁴³⁰ F. ALT-MAES, «La grande désillusion: la dépénalisation attachée à l'application de la loi du 10 juillet 2000 au médecin», *Les droits et le droit, Mélanges dédiés à B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 13 et M.-C. SORDINO, *Droit pénal général*, op. cit., p. 147.

¹⁴³¹ Cass. crim., 25 septembre 2001, n° 01-80.100, RSC 2002. 100, obs. Mayaud.

telle collision: s'il n'avait pas heurté le sanglier, l'automobiliste, même en excès de vitesse, ne serait pas entré en collision avec le véhicule d'en face. Dès lors, une application stricte de la loi du 10 juillet 2000 conduirait à considérer que la vitesse excessive, en diminuant la maîtrise du véhicule, n'a fait que créer ou contribuer à créer la situation ayant entraîné la mort de la victime et que, par voie de conséquence, elle ne peut constituer qu'une cause indirecte du dommage. Telle n'est pourtant pas la solution retenue par les juges de cassation qui, en recourant au critère du paramètre déterminant, parviennent ainsi à retenir au titre de la causalité directe ce qui ne constitue qu'une cause secondaire dans la production du dommage¹⁴³².

288. Indifférence du caractère fautif de l'élément intercalé (1)

D'aucuns ont essayé de justifier une telle solution en arguant que la causalité resterait directe lorsque «l'évènement [interposé] ne résulte pas de la faute d'un tiers»¹⁴³³ mais d'une force naturelle et que, à l'inverse, il s'agirait d'une causalité indirecte à chaque fois qu'une faute humaine vient s'intercaler dans l'enchaînement causal.

Il semble toutefois que ce critère de distinction n'ait pas été retenu par la Cour de cassation, comme en témoigne l'arrêt suivant, rendu par la chambre criminelle le 10 février 2009¹⁴³⁴. Dans cette espèce, il s'agissait d'un interne qui, sous la surveillance d'un gynécologue, avait procédé à une coelioscopie. Au cours de l'intervention, l'interne avait effectué une incision cutanée trop profonde qui avait touché l'aorte et provoqué une hémorragie interne entraînant le décès de la patiente. Par la suite, l'interne et le gynécologue ont été tous deux renvoyés devant le tribunal correctionnel, le premier comme auteur direct et le second comme auteur indirect du dommage. En première instance, les juges ont relaxé l'interne mais ont condamné le gynécologue, lequel a interjeté appel de la décision. Les juges d'appel ont relaxé le gynécologue, en estimant qu'aucune faute caractérisée ne pouvait lui être reprochée dès lors que, malgré sa surveillance, il n'avait pas immédiatement réalisé qu'il s'agissait d'une hémorragie interne provoquée par son étudiant et, que, de surcroît, une telle complication n'apparaissait pas dans la littérature médicale relative à la coelioscopie. Cet arrêt a toutefois été censuré par la Cour de cassation qui s'est fondée sur une insuffisance de motivation, non pas en ce qui concerne la démonstration de l'absence de faute caractérisée mais au sujet de l'élément causal. Elle reproche aux juges d'appel de ne pas avoir «recherché si le prévenu, auquel il incombait de contrôler l'acte pratiqué par l'interne, n'avait pas commis une faute entretenant un lien direct de causalité avec la mort de la patiente».

¹⁴³² E. DREYER, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 805, n° 1480.

¹⁴³³ E. DREYER, «La causalité directe de l'infraction», *op. cit.*, n° 20.

¹⁴³⁴ Cass. crim., 10 février 2009, n° 08-80.679, JCP G 2009. II. 10069, note Desprez, RSC 2009. 371, obs. Mayaud, AJ pénal 2009. 224, obs. Demarchi, Rev. droit et santé, 2009. 241, note Sordino, Dalloz actualité, 5 mars 2009, obs. Darsonville.

289. Critique de la solution (2)

Cette solution, qui consiste à suggérer qu'une causalité directe pourrait être retenue dans cette espèce, apparaît fortement critiquable dans la mesure où, ici, «la cause déterminante du décès de la patiente est bien l'incision profonde qui a provoqué l'hémorragie et le décès subséquent»¹⁴³⁵ et non les éventuelles défaillances dans la surveillance effectuée par le gynécologue. Ce faisant, les juges de cassation ouvrent la voie à une conception extrêmement large du domaine de la causalité directe, qui revient en réalité à admettre dans les liens de la causalité directe des personnes qui ne sont pas «auteur matériel du geste à l'origine du décès»¹⁴³⁶ mais qui occupent simplement une fonction de décision et de supervision à l'égard de l'action d'autrui. Pourtant, ce sont précisément les personnes exerçant de telles fonctions que le réformateur entendait viser au titre de la catégorie des auteurs indirects, dont il voulait exclure la responsabilité pénale en cas de faute simple. Cette solution paraît donc dangereuse et le serait plus encore si elle devait être généralisée à l'ensemble des «décideurs qui ont un devoir de surveillance sur des tiers»¹⁴³⁷. En les qualifiant d'auteurs directs, le juge risquerait de réduire à peau de chagrin la portée de la loi du 10 juillet 2000.

Ce constat fait transparaître toute la faiblesse du mécanisme de dépénalisation opéré par la loi de 2000, qui se fonde sur une distinction que le législateur n'a pas suffisamment caractérisée.

B La faiblesse de la dépénalisation

290. Porosité de la distinction entre causalité directe et indirecte

En l'absence de critères clairs permettant de définir la causalité directe, il s'avère «parfois délicat, en pratique, de tracer une frontière précise»¹⁴³⁸ entre causalité directe et causalité indirecte et, par conséquent, de fixer le seuil de la répression. Certains parlementaires s'en étaient d'ailleurs inquiétés, en relevant que le caractère flou de ce qui sépare ces deux situations risquait «d'entraîner, dans de nombreux cas, des discussions où tout et le contraire de tout pourraient se soutenir»¹⁴³⁹. Pareillement, lors de son audition par le Sénat, la Professeure GENEVIÈVE VINEY avait désapprouvé l'instauration de cette distinction, en estimant «qu'il serait très difficile de mettre en

¹⁴³⁵ M.-C. SORDINO, «Extension du domaine de la causalité directe en cas d'homicide involontaire», *Revue droit et santé*, N° 29, 2009, p. 241 et s.

¹⁴³⁶ A. DARSONVILLE, «Homicide involontaire: élargissement de la causalité directe», Dalloz actualité, mars 2009.

¹⁴³⁷ M.-C. SORDINO, «Extension du domaine de la causalité directe en cas d'homicide involontaire», *op. cit.*

¹⁴³⁸ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal, op. cit.*, p. 398.

¹⁴³⁹ Sénat, séance du 27 janvier 2000, intervention de M. DREYFUS-SCHMIDT.

place une jurisprudence cohérente sur la base d'une notion de causalité apparaissant fuyante»¹⁴⁴⁰.

Après l'entrée en vigueur de la réforme, la distinction entre causalités directe et indirecte a continué de faire l'objet de sévères critiques, désormais par la doctrine, qui lui reproche notamment son caractère impraticable¹⁴⁴¹. C'est particulièrement le cas du Professeur PHILIPPE CONTE, qui estime que cette distinction ne constitue rien d'autre qu'«une plaisanterie à l'usage de glossateurs à l'imperturbable sérieux»¹⁴⁴². Cet auteur relève d'ailleurs, non sans raison, qu'il suffit pour se rendre compte du caractère absurde et bancal de cette distinction «d'avoir une conversation avec des pénalistes étrangers auxquels on explique (avec beaucoup de peine et un peu de temps) le nouveau système mis en place le 10 juillet 2000: leur hilarité, constate-t-il, est contagieuse d'aucuns, que la réputation de nos codes (les anciens) impressionne encore, nous font la politesse d'être incroyables»¹⁴⁴³.

291. Risque d'arbitraire du juge

La difficulté à distinguer la causalité directe de la causalité indirecte confère au juge un «pouvoir d'appréciation considérable»¹⁴⁴⁴ dans l'établissement du lien causal et donc dans la répression du fait non intentionnel. N'étant que très peu contraint dans son choix de qualification, il peut en effet décider, d'après son bon vouloir, que «la causalité est directe ou indirecte» selon qu'il souhaite «faire preuve de clémence ou de rigueur» dans le cas d'espèce¹⁴⁴⁵. Il s'ensuit que les solutions jurisprudentielles ne semblent «pas toujours être dictées par l'évidence»¹⁴⁴⁶ et d'aucuns se sont même offensés du fait que certaines décisions sont clairement «à la limite de la crédibilité»¹⁴⁴⁷. Il en découle une jurisprudence très difficile à interpréter, orientée selon le seul arbitraire du juge¹⁴⁴⁸, ce qui n'est pas sans se faire ressentir du point de vue de la sécurité juridique¹⁴⁴⁹.

En réalité, la dynamique va nettement dans le sens de la sévérité car, comme nous avons pu le constater dans la jurisprudence visée précédemment, le juge tend bien sou-

¹⁴⁴⁰ P. FAUCHON, *Rapport n° 177, op. cit.*

¹⁴⁴¹ Dans ce sens, voir par ex. R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel, vol. 2 – L'infraction et la responsabilité, op. cit., p. 222.*

¹⁴⁴² PH. CONTE, «Appréciation du caractère direct ou indirect de la causalité en matière d'homicide par imprudence», *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1336 et s.

¹⁴⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴⁴ J. - Y. MARÉCHAL, «Art. 121-3, l'élément moral de l'infraction», *op. cit.*, n° 84.

¹⁴⁴⁵ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel, vol. 2 – L'infraction et la responsabilité, op. cit., p. 222.*

¹⁴⁴⁶ Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 328.

¹⁴⁴⁷ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal, op. cit.*, p. 399.

¹⁴⁴⁸ M. - L. RASSAT, *Droit pénal spécial, infractions du Code pénal, op. cit.*, p. 435, n° 367.

¹⁴⁴⁹ M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, thèse, Montpellier, 2009, p. 501.

vent à traiter sur le terrain de la causalité directe des situations qui se situent en fait «aux frontières de la causalité indirecte»¹⁴⁵⁰, si bien qu'une faute simple suffit alors à engager la responsabilité pénale du prévenu¹⁴⁵¹.

Nous assistons ainsi, quelque peu perplexes, à «un certain envahissement de la causalité directe»¹⁴⁵², qui amoindrit considérablement les effets de la réforme de 2000¹⁴⁵³, à tel point qu'il est possible «de se demander si certaines solutions dégagées à propos de la causalité directe n'en viennent pas [finalement] à effacer, subrepticement, les limites de la séparation avec la causalité indirecte»¹⁴⁵⁴.

Cette tendance est regrettable, car elle transforme la causalité en «une donnée à géométrie variable au service de la répression des infractions non intentionnelles»¹⁴⁵⁵. Utilisée comme un «instrument privilégié de répression», le juge peut alors la «modérer à sa convenance, afin d'en tirer les conséquences juridiques escomptées»¹⁴⁵⁶. Ce mouvement constitue surtout le marqueur d'une certaine «résistance» de la part des juges, qui trouvent «dans la causalité directe de quoi neutraliser», lorsque cela leur paraît opportun, la dépénalisation qu'avait entendu opérer le législateur de 2000 en cas de faute simple¹⁴⁵⁷. La résistance ne s'arrête d'ailleurs pas là, puisque, quand la Cour de cassation est amenée à relever le caractère indirect d'un lien de causalité qui avait été qualifié de direct par les juges d'appel, elle considère que «la décision de condamnation n'encourt pas pour autant la censure», dès lors qu'il résulte des constatations des juges d'appel que la faute commise peut également entrer dans le large champ de la faute caractérisée¹⁴⁵⁸. Ce faisant, les juges de cassation ne font pas que

¹⁴⁵⁰ Y. JOSEPH-RATINEAU, «Tous les chemins mènent à la faute caractérisée», *Recueil Dalloz*, 2009, p. 979 et s.

¹⁴⁵¹ A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 131.

¹⁴⁵² Y. MAYAUD, «La loi Fauchon du 10 juillet 2000 après plus de cinq ans d'application ...», *op. cit.*

¹⁴⁵³ F. ALT-MAES, «La grande désillusion: la dépénalisation attachée à l'application de la loi du 10 juillet 2000 au médecin», *op. cit.*, p. 11.

¹⁴⁵⁴ Y. MAYAUD, «La loi Fauchon du 10 juillet 2000 après plus de cinq ans d'application ...», *op. cit.*

¹⁴⁵⁵ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, *op. cit.*, p. 398.

¹⁴⁵⁶ *Ibid.*

¹⁴⁵⁷ Y. MAYAUD, «La loi Fauchon du 10 juillet 2000 après plus de cinq ans d'application ...», *AJ Pénal*, 2006, p. 146 et s.

¹⁴⁵⁸ J.-Y. MARÉCHAL, «Art. 121-3, l'élément moral de l'infraction», *op. cit.*, n° 84. La Cour de cassation adopte cette solution en recourant à une formule de ce type: «si c'est à tort que les juges énoncent que la faute [du prévenu] est la cause directe [du dommage], la censure n'est pas pour autant encourue dès lors qu'il résulte de leurs propres constatations, que le prévenu, qui a contribué à créer la situation ayant permis la réalisation des dommages et qui n'a pas pris les mesures permettant de les éviter, a commis une faute caractérisée exposant autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer». Dans ce sens, voir Cass. crim., 31 août 2011, n° 10-88.093, Dr. Pén. 2011. 147, note Véron; Cass. crim., 18 mars 2008, n° 07-

requilifier le lien de causalité mais changent aussi, parallèlement, la qualification de la faute, de telle sorte que «le résultat reste ... le même!»¹⁴⁵⁹.

C'est dire à quel point les «distinctions byzantines»¹⁴⁶⁰ introduites par la loi du 10 juillet 2000 peuvent se révéler insidieuses, en donnant au juge l'occasion de contourner subtilement la réforme, au risque de finir par en contrarier irrémédiablement l'esprit¹⁴⁶¹.

292. Conclusion de la section 2

La loi du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels a instauré un système de répression audacieux, qui transforme le lien de causalité en un élément central pour fixer le seuil de la répression des infractions non intentionnelles en droit français.

Ce système, qui visait avant tout à limiter la responsabilité des décideurs, fait varier la gravité de l'imprudence requise pour engager la responsabilité des personnes physiques en fonction du caractère direct ou indirect du lien de causalité: lorsque la causalité est indirecte, une faute qualifiée doit être établie, alors que, à l'inverse, lorsque la causalité est directe, une faute simple est suffisante. En conséquence, les personnes physiques qui commettent une faute simple en lien indirect avec le dommage ne tombent plus sous le coup de la loi pénale. Ce dispositif n'a en revanche pas été étendu aux personnes morales, qui continuent à engager leur responsabilité pour la faute simple de leurs organes ou représentants, quel que ce soit le lien de causalité. En cela, elles viennent en quelque sorte compenser la dépenalisation partielle opérée à la faveur de leurs dirigeants, dont elles se font le relai utile.

Ce système ne semble toutefois pas à la hauteur des distinctions qu'il engage¹⁴⁶², dans la mesure où il ne donne pas de critères suffisamment clairs et précis permettant de différencier entre causalité directe ou indirecte.

Face à ces incertitudes, le Professeur YVES MAYAUD est sans doute l'un des auteurs qui a le mieux su rendre compte de ce qui sépare substantiellement ces deux notions. Il énonce que la causalité directe comprend «tout ce qui participe d'un mouvement

83.666; Cass. crim., 12 septembre 2006, n° 05-86700, Dr. Pén. 2007. 4, obs. Véron, JCP G 2007. II. 10006, note Faict et Mistretta et Cass. crim., 13 septembre 2005, n° 04-86.988.

¹⁴⁵⁹ J. PRADEL, Droit pénal général, *op. cit.*, p. 393. Voir dans ce sens, Cass. crim., 8 février 2022, n° 21-83.708, JCP S. 46. 2022, obs. Segonds, JCP G. 15. 2022, obs. Saint-Pau, AJ pénal 2022. 210, obs. Corioland, Dalloz actu., mars 2022, obs. Dominati, Droit pénal 4. 2022. 61, obs. Conte, D. 2022. 736, note N. Catelan, RTD com. 2022. 669, obs. Saenko.

¹⁴⁶⁰ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel, vol. 2 – L'infraction et la responsabilité*, *op. cit.*, p. 222.

¹⁴⁶¹ Y. MAYAUD, «La loi Fauchon du 10 juillet 2000 après plus de cinq ans d'application ...», *op. cit.*

¹⁴⁶² Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, *op. cit.*, p. 202.

conducteur vers le dommage, pour en alimenter la force et le dynamisme propre», là où, la causalité indirecte n'intervient «que comme une donnée préalable ou complémentaire, par laquelle le dommage est seulement favorisé ou facilité, mais sans aller jusqu'à en assurer, voir en garantir, la réalisation»¹⁴⁶³. Cependant, de son propre aveu, la distinction reste largement théorique.

En pratique, la difficulté à appréhender la frontière entre causalités directe et indirecte a de nouveau donné une grande latitude d'appréciation au juge répressif dans la modulation de la responsabilité pénale pour imprudence¹⁴⁶⁴. Faisant preuve de sévérité, le juge pénal a nettement étendu le domaine de la causalité directe, ce qui, subséquemment, a réduit d'autant la portée de la réforme de 2000¹⁴⁶⁵.

Finalement, il semble que rien n'aura vraiment été réglé par la loi de 2000, dès lors que le juge répressif peut toujours trouver un moyen de contourner la réforme pour maintenir la répression des faits d'imprudence¹⁴⁶⁶. Ainsi, lorsque la faute est à l'évidence simple, il peut établir l'existence d'une causalité directe en dépit de son caractère distendu et, à l'inverse, quand le lien causal s'avère à l'évidence indirect, il lui sera toujours loisible de retenir une faute qualifiée pour établir la responsabilité du prévenu¹⁴⁶⁷. Le résultat final a alors de quoi laisser perplexe¹⁴⁶⁸. Ce qui est certain en revanche, c'est que la technique législative qui consiste à envisager des distinctions périlleuses pour laisser ensuite au juge la possibilité de s'en affranchir, n'est pas la meilleure.

293. Conclusion du chapitre 2

Le lien de causalité, qui constitue la seconde variable de la répression du fait non intentionnel, permet en droits suisse et français de sélectionner parmi l'ensemble des fautes à l'origine du dommage celles qui doivent être retenues sur le plan pénal. Il est donc primordial que le juge pénal n'admette pas au titre de la causalité n'importe quelle condition nécessaire ou supposée à la réalisation du dommage mais qu'il retienne seulement les causes qui lui paraissent liées au dommage par un «rapport privilégié»¹⁴⁶⁹.

¹⁴⁶³ Y. MAYAUD, «La causalité directe dans les violences involontaires, cause première ou «paramètre déterminant»?», *op. cit.*

¹⁴⁶⁴ E. LEMOINE, *La répression de l'indifférence sociale en droit pénal français*, L'Harmattan, 2002, p. 144.

¹⁴⁶⁵ J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 111, n° 89.

¹⁴⁶⁶ E. LEMOINE, *La répression de l'indifférence sociale en droit pénal français*, *op. cit.*, p. 144.

¹⁴⁶⁷ *Ibid.*

¹⁴⁶⁸ Pour des conséquences tirées de ce point (sans modification du texte de loi), voir 2^e partie, titre 1, chapitre 2, section 2, II, B, 2: Le maintien de la référence aux diligences normales, n° 438 et s.

¹⁴⁶⁹ Expression de M. GALMOT, commissaire du gouvernement, lors de son audition devant le Sénat. P. FAUCHON, *Rapport n° 177*, *op. cit.*

Pour constater l'existence d'un tel lien causal, le juge suisse raisonne en deux temps : tout d'abord, il fait appel à la théorie de la causalité naturelle, qui requiert de retenir toutes les causes sans lesquelles le dommage ne se serait pas produit, puis il a recours à la théorie de la causalité adéquate, qui lui permet d'effectuer un tri parmi les causes naturelles, en ne retenant que celles dont le dommage constitue une conséquence normale dans le cours ordinaire des choses. Ces théories sont adaptées en matière d'omission. Il s'agit donc d'une démarche unique et commune pour tous les faits d'imprudence. Avec ce système, la causalité pourrait être appréhendée de manière extrêmement large par les juges suisses. Cependant, ceux-ci font preuve d'une certaine retenue dans leur appréciation du lien causal, ce qui est sans doute due à l'influence de la théorie du risque autorisé qui a été dégagée par la doctrine helvétique¹⁴⁷⁰.

De son côté, le juge français, pour établir l'existence d'un lien de causalité, exige seulement que celui-ci soit certain, c'est-à-dire que les manquements du prévenu entretiennent un rapport de continuité avec le dommage, en portant en eux, d'une certaine manière, la survenance de celui-ci¹⁴⁷¹. En examinant la jurisprudence française, il apparaît que les solutions obtenues par le biais de l'exigence de certitude sont très similaires à celles qui résultent de l'emploi du critère de « conséquence normale » en droit suisse, de telle sorte qu'il est autorisé de penser que la causalité du droit français s'apparente en réalité à la théorie de la causalité adéquate.

Avec la loi du 10 juillet 2000, le droit français s'est complexifié en distinguant, parmi les causes certaines établies par le juge, celles qui sont directes de celles qui sont indirectes, de manière à rendre plus difficile l'engagement de la responsabilité des auteurs indirects. Le juge français est donc désormais placé devant un choix entre deux causalités alternatives, qui ne constituent toutefois rien d'autre que des variantes de la causalité adéquate¹⁴⁷².

Finalement, c'est peut-être de là que vient la difficulté à distinguer entre causalités directe et indirecte : elles ne découlent que d'une seule et même théorie¹⁴⁷³ qui, en droit français, a été artificiellement subdivisée pour les besoins d'un ajustement dans la répression des décideurs. Un tel choix montre bien, en définitive, toute l'importance que peut revêtir le lien de causalité.

¹⁴⁷⁰ Voir 2^e partie, titre 1, chapitre 1 : L'acceptation explicite d'un risque dans la théorie du risque autorisé en droit suisse, n° 308 et s.

¹⁴⁷¹ *Ibid.*

¹⁴⁷² E. DREYER, « La causalité directe de l'infraction », *op. cit.*, n° 5.

¹⁴⁷³ Dans ce sens, voir P. KOLB et L. LETURMY, *Cours de droit pénal général*, Gualino, 7^e édition, 2022, p. 188, n° 862.

294. Conclusion du titre 2

En droits suisse et français, il est possible d'identifier deux variables pour déterminer le seuil de la répression du fait non intentionnel: le comportement en lui-même et le lien de causalité.

Pour sa part, le droit suisse recourt à une conception unitaire des notions d'imprévoyance et de lien de causalité, de telle sorte que, pour l'une comme pour l'autre, les mêmes critères peuvent être appliqués dans tous les cas d'espèce. D'un côté, la notion d'imprévoyance s'établit par référence à la prévisibilité et à l'évitabilité du dommage. Cette notion unique permet ainsi de saisir toutes les formes de négligence, qu'elles soient conscientes ou inconscientes, en les faisant toutes bénéficier du même traitement pénal. De l'autre côté, le lien de causalité se détermine en recourant à la théorie l'équivalence de conditions, doublée de la théorie de la causalité adéquate. Cette approche commune permet ainsi d'appréhender des liens de causalité aussi bien directs qu'indirects.

De manière frappante, il apparaît alors que les critères posés par le droit suisse sont définis de manière extrêmement large, ce qui aurait pu faire craindre que ceux-ci ne soient interprétés de manière trop extensive par les juges répressifs dans un but de sévérité. Pourtant, il n'en est rien. Il semble au contraire que les juges helvètes, sans doute encouragés par les travaux sur le risque autorisé, aient pris soin de s'autolimiter en matière de négligence, afin de ne pas étendre trop largement le champ de la répression. Les textes d'incrimination de la négligence ont ainsi fait preuve d'une remarquable constance, de telle sorte qu'ils n'ont subi aucune réforme de fond au cours de ces dernières décennies.

De son côté, le droit français a également adopté pendant longtemps une approche unitaire des notions de faute pénale et de lien de causalité. Cependant, contrairement au droit suisse, ces deux variables ont été l'une et l'autre appréciées de manière extensive par les juges, ce qui a conduit à une forte pénalisation de l'imprudence. Le législateur français a alors essayé de juguler ces excès répressifs en réformant la façon d'appréhender ces variables. En 1996, il a d'abord précisé la méthode d'appréciation de la faute pénale afin d'essayer d'en circonscrire le domaine, sans toutefois véritablement y parvenir au vu de la jurisprudence qui en découle. Prenant acte de cet échec, il est de nouveau intervenu en 2000, en instaurant pour les personnes physiques une approche dualiste de ces deux variables, qui distingue d'une part la faute simple (inconsciente) de la faute qualifiée (consciente) et, d'autre part, la causalité indirecte de la causalité directe. Avec ce système, le législateur joue alors sur l'équilibre entre le niveau d'exigence requis pour la faute et celui requis pour la causalité, en exigeant pour engager la responsabilité d'un prévenu que celui-ci ait au moins commis soit une faute simple en rapport direct avec le dommage soit une faute qualifiée indirectement à l'origine du dommage. Le législateur espérait ainsi parvenir à un système plus

mesuré, en considérant que lorsqu'un prévenu cause indirectement un dommage, la commission d'une faute simple ne suffit pas à atteindre le seuil de la répression désormais requis par la loi pénale.

Toutefois, par l'effet conjugué d'une appréciation extensive de l'une des deux fautes qualifiées et de la causalité directe, le juge répressif a pu continuer à entrer en voie de condamnation et a ainsi considérablement atténué la portée dépénalisante que le législateur avait entendu donner à la réforme de 2000¹⁴⁷⁴. Ainsi, même si le nombre de condamnations pour homicide et blessure non intentionnels a considérablement diminué au cours des dernières décennies, il n'est pas certain que ce phénomène soit particulièrement lié aux deux réformes de 1996 et de 2000, dans la mesure où cette tendance s'étend de manière continue sur les trente dernières années, sans qu'il soit possible de relever d'incidence particulière lors de l'entrée en vigueur de ces réformes¹⁴⁷⁵. Il s'agit surtout d'une tendance générale qui peut s'expliquer tant par un choix d'opportunité dans les poursuites pénales que dans l'accroissement des mesures de sécurité dans les secteurs d'activité à risque, qui, au fil des années, a permis de limiter la survenance d'accidents.

Quoi qu'il en soit, les droits suisses et français atteignent aujourd'hui un niveau équivalent de condamnations pour les infractions d'atteinte non intentionnelle aux personnes. Au cours de l'année 2019¹⁴⁷⁶, 1224 condamnations pour homicide ou lésion corporelle par négligence ont été prononcées par les juridictions suisses¹⁴⁷⁷, alors que 8111 condamnations pour homicide et blessure non intentionnels ont été prononcées par les juridictions françaises¹⁴⁷⁸, ce qui, ramené au prorata du nombre d'habitants dans chaque pays, donne un nombre de condamnation similaire, avec 1,4 condamnation pour 10 000 habitants en Suisse¹⁴⁷⁹ contre 1,2 condamnation pour 10 000 habitants en France¹⁴⁸⁰.

¹⁴⁷⁴ P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, op. cit., p. 323.

¹⁴⁷⁵ Plus précisément, il y a eu 39 992 condamnations pour homicide et blessures non intentionnels en 1990, 29 368 en 1994, 22 634 en 2000, 13 667 en 2005, 9670 en 2010, pour finalement arriver à l'ordre de grandeur actuel, qui se situe entre 8 100 et 8 200 condamnations par an. Voir le tableau sur les «condamnations selon la nature de l'infraction de 2009 à 2018», comportant également les données relatives aux années 1990 à 2009, à l'adresse suivante: <www.justice.gouv.fr/statistiques-10054/les-condamnations-32584.html>.

¹⁴⁷⁶ Le choix est fait de conserver les chiffres antérieurs à la pandémie de Covid-19, lesquels ne sont pas biaisés par le bousculement des habitudes lié aux mesures sanitaires.

¹⁴⁷⁷ Tableau «Adultes et mineurs: condamnations et personnes condamnées pour un délit ou un crime au sens des articles du code pénal (CP), selon l'année [2008-2019]»: <www.bfs.admin.ch/asset/fr/je-f-19.03.02.01.03.02.01a>.

¹⁴⁷⁸ «Les chiffres-clé de la Justice 2020», <www.justice.gouv.fr/art_pix/Chiffres%20Cles%202020.pdf>.

¹⁴⁷⁹ La Suisse compte 8,57 millions d'habitants en 2019.

¹⁴⁸⁰ La France compte 66,99 millions d'habitants en 2019.

Il n'empêche que, en dépit d'un résultat similaire sur le plan de la répression, l'incrimination française du fait non intentionnel s'est considérablement complexifiée au cours de ces réformes successives, portant atteinte à la prévisibilité des incriminations d'imprudence et à la sécurité juridique.

Conclusion de la première partie

295. Différences de traitement du fait non intentionnel punissable en droits suisse et français

Il ressort de cette première partie que les droits suisse et français ne circonscrivent pas l'imprudence et la négligence de la même manière.

En droit suisse, le législateur distingue selon que la négligence s'apparente à une commission ou à une omission. Cette distinction provient du fait que les textes incriminant la négligence en droit suisse ne prévoient pas l'hypothèse de l'omission. En cas d'omission, le droit suisse requiert donc que ces textes soient combinés à l'article 11 du Code pénal suisse, relatif à la commission par omission. Le traitement de la négligence se trouve ainsi dédoublé, de telle sorte que le juge helvète doit d'abord se demander si le comportement de la personne poursuivie correspond à une commission ou, subsidiairement, à une omission. Lorsqu'il s'agit d'une omission, il doit alors vérifier que l'omettant se trouvait bien dans une position de garant au sens de l'article 11. Lorsque la condition est remplie, il peut alors déterminer, comme en matière de commission, si les deux variables de la répression du fait non intentionnel – à savoir l'imprévoyance et la causalité avec le dommage – sont suffisamment caractérisées pour entrer en voie de condamnation. L'appréciation du lien de causalité doit néanmoins être adaptée par rapport à celle effectuée en cas de comportement de commission. Ainsi, malgré un traitement différencié, commission et omission partagent un seuil commun de répression en droit suisse. Ce seuil pourrait être fixé sévèrement en raison du caractère extensif de ces deux variables mais les juges helvètes s'efforcent de leur assigner une limite raisonnable, notamment en admettant l'existence d'un certain risque¹⁴⁸¹.

¹⁴⁸¹ Voir les développements à venir sur le risque autorisé, 2^e partie, titre 1, chapitre 1: L'acceptation explicite d'un risque dans la théorie du risque autorisé en droit suisse, n° 308 et s., notamment n° 363.

En droit français, cette présentation séparée de la commission et de l'omission avait été envisagée par la Professeure GENEVIÈVE VINEY lors de la réforme de 2000, qui avait proposé au législateur de distinguer «entre l'imprudence active, résultant de l'exercice personnel d'une activité et l'imprudence passive, résultant d'une surveillance insuffisante sur des personnes ou des installations conduisant à une absence de réaction à un danger»¹⁴⁸². Cependant, cette distinction n'a pas été retenue par le législateur de 2000, qui a continué à adopter une approche hybride des incriminations d'imprudence, en considérant qu'elles recouvrent tant les comportements de commission que ceux d'omission. Il lui a préféré une autre ligne de partage, en imaginant dans la loi du 10 juillet 2000 un nouveau système pour les seules personnes physiques, qui se fonde sur l'opposition entre causalités directe et indirecte. Toutefois, la mise en place de cette distinction a eu pour effet de transformer les textes qui régissent l'imprudence en une véritable «usine à gaz», dont l'appréhension se révèle désormais terriblement compliquée pour fixer le seuil de la répression. En particulier, la doctrine a souligné la «rare obscurité»¹⁴⁸³ de l'article 121-3 du Code pénal français tel qu'il est issu de la réforme de 2000. La Professeure MICHÈLE-LAURE RASSAT se montre d'ailleurs très sévère à cet égard, lorsqu'elle affirme ne «[pas être éloignée] de penser que l'article 121-3 du Code pénal est le plus mauvais de tous ceux contenus dans ce Code», ajoutant vertement «qu'il [ressemble] à un bêtisier offert en contrexemple à des étudiants débutant le droit pénal»¹⁴⁸⁴. En outre, cette réforme a engendré plusieurs incohérences du point de vue de l'articulation entre l'article 121-3 et les autres textes du Code pénal, ce qui s'avère profondément délétère pour la bonne lisibilité du dispositif d'ensemble.

296. Propositions d'amélioration formelle du dispositif légal français

Ces vives critiques nous incitent dès lors à réfléchir à une amélioration du dispositif légal en matière d'imprudence. Néanmoins, même s'il se révèle bien imparfait pour fixer le seuil recherché, nous ne souhaitons pas le remettre en cause sur le fond, et ce, pour au moins deux raisons.

D'une part, les textes ayant trait à l'imprudence ont, à notre avis, déjà connu un trop grand nombre de révisions sur le fond: ils ont fait l'objet de deux réformes en 1996 et 2000, ce qui, avec l'entrée en vigueur du Code pénal de 1994, amène à trois le nombre total de changements en seulement six années¹⁴⁸⁵. Cette «instabilité de la norme juridique brouille le message du législateur»¹⁴⁸⁶ et nuit subséquemment à la sécurité juri-

¹⁴⁸² G. VINEY lors de son audition devant le Sénat, P. FAUCHON, *Rapport n° 177*, *op. cit.*

¹⁴⁸³ PH. CONTE, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 54.

¹⁴⁸⁴ M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, 4^e édition, 2017, p. 339.

¹⁴⁸⁵ M.-C. SORDINO, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 130.

¹⁴⁸⁶ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, *op. cit.*, p. 345. Dans ce sens, cet auteur critique à la page 395 l'«enflure» considérable du texte de l'art. 121-3 CPF. Il constate qu'«à l'entrée en vigueur du nouveau Code, [cet article] comportait 53 mots; en 1996, ce chiffre passait à 121

dique. Il nous semble donc qu'une énième réforme sur le fond présente un trop grand risque d'altérer encore la clarté de ces textes pour que nous nous engagions sur une telle voie.

D'autre part, nous estimons peu probable que le législateur accepte de revenir aujourd'hui sur la distinction entre causalités directe et indirecte qu'il a consacrée en 2000. Dès lors, il apparaît indubitablement que toute proposition de loi innovante de notre part finirait par tomber dans les oubliettes des vœux pieux exprimés par la doctrine. D'ailleurs, même si le législateur consentait à remettre un tel ouvrage sur le métier, le résultat d'une révision sur le fond s'avérerait des plus hasardeux : au vu de l'expérience passée, comment savoir de quelle manière les juges répressifs accueilleraient les termes d'une nouvelle version de la loi et, surtout, comment s'assurer qu'une telle révision ne les conduise pas directement à aggraver de nouveau la répression ? Ce qui a été péniblement acquis au cours des réformes successives de 1996 et 2000 risquerait alors d'être irrémédiablement perdu.

C'est pour ces raisons que nous pensons que nos propositions doivent être limitées au terme de cette première partie à des changements de forme, dans le seul objectif de rendre plus lisible le dispositif légal qui fixe le seuil de la répression en corrigeant les incohérences et imprécisions. A l'aune de nos observations critiques, il ressort que plusieurs éléments du dispositif français peuvent être améliorés.

297. (1) Suppression de la maladresse du renvoi

Premièrement, nous avons relevé une maladresse dans le renvoi français, en raison des incohérences entre les textes spéciaux qui incriminent l'homicide et les blessures non intentionnels et l'article 121-3 du Code pénal français auquel ces textes renvoient expressément.

D'un côté, les textes spéciaux énumèrent cinq comportements non intentionnels – la maladresse, l'imprudence, l'inattention, la négligence et le manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement –, alors même que deux de ces comportements, à savoir l'inattention et de la maladresse, ne sont aucunement visés par les dispositions générales de l'article 121-3 du Code pénal français. De l'autre côté, la réforme de 2000 est venue ajouter deux nouvelles catégories de faute, en créant un quatrième alinéa à l'article 121-3 du Code pénal français, qui, en cas de

(soit une enflure de 228,30%) pour cumuler à 225, soit un taux total d'enflure de 424,54% (par rapport au texte initial)! Parti d'un texte à l'origine rédigé en trois phrases simples, chacune occupant une ligne, l'on a abouti à un babélisme fait de propositions subordonnées, lourdement rallongées d'adverbes (manifestement), d'épithètes [(diligences) normales, (obligation) particulière de prudence ou de sécurité], de conjonctions (et, soit) et de circonstancielle (si la loi le prévoit, s'il est établi ...) etc., sans oublier les changements de temps qui font varier le texte du présent (al. 2 et 5) à l'imparfait (al. 4) en passant par le passé composé (al. 3 et 4), de l'indicatif».

causalité indirecte, requiert désormais pour engager la responsabilité des personnes physiques qu'une faute soit délibérée soit caractérisée ait été commise. Pourtant, aucune de ces deux fautes n'apparaît dans les textes spéciaux, qui continuent à envisager, sur le même plan, les différentes manifestations de ce qui, aujourd'hui, constitue essentiellement des expressions de la faute simple visée au troisième alinéa de l'article 121-3 du Code pénal français.

Pour harmoniser ces textes, nous proposons dès lors que les dispositions spéciales soient débarrassées de toute énumération des comportements non intentionnels, de telle sorte qu'elles ne fassent plus que renvoyer aux conditions générales de l'article 121-3 du Code pénal français. Ainsi, par exemple, l'article 221-6 alinéa 1 du Code pénal français, relatif à l'homicide non intentionnel, serait modifié de la manière suivante: «*le fait de causer [la mort d'autrui]¹⁴⁸⁷, dans les conditions et selon les distinctions prévues [aux troisième et quatrième alinéas]¹⁴⁸⁸ de l'article 121-3 (...)»¹⁴⁸⁹, constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende».*

Cette simplification permettrait d'éviter toute redondance inutile et maladroite des textes spéciaux avec le texte général, tout en restant conforme à la pratique des juges, qui se contentent d'ordinaire de vérifier les conditions générales de l'article 121-3, sans se perdre dans les subdivisions incertaines des textes spéciaux. Elle permettrait en outre de supprimer les termes d'«*inattention*» et de «*maladresse*» de la loi pénale, ce qui donneraient une plus grande clarté à la loi, sans toutefois rien lui retrancher, dans la mesure où, selon nous, de tels comportements ne peuvent de toute manière tomber sous le coup de la loi pénale que lorsqu'ils sont constitutifs d'une imprudence ou d'une négligence¹⁴⁹⁰.

298. (2) Clarification du rôle de la faute délibérée

Deuxièmement, nous avons constaté que la manière dont la peine est prévue en cas de faute délibérée en matière d'atteinte non intentionnelle à la personne peut laisser entendre qu'elle constitue une circonstance aggravante des infractions d'homicide et de blessure non intentionnels, ce qui pose une difficulté puisqu'aux termes de l'article 121-3 du Code pénal français, elle constitue également une faute constitutive

¹⁴⁸⁷ Pour que la proposition soit plus idiomatique, nous avançons le complément d'objet «*la mort d'autrui*» avant le renvoi à l'article 121-3 CPF.

¹⁴⁸⁸ Cet ajout est nécessaire dans la mesure où le premier alinéa de l'art. 121-3 CPF porte sur l'intention et que le second concerne essentiellement l'infraction de mise en danger de la vie d'autrui.

¹⁴⁸⁹ Est ainsi retiré de l'incrimination «*par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements*».

¹⁴⁹⁰ C'est d'ailleurs ce qu'avait préconisé G. VINEY lors de son audition devant le Sénat. Voir P. FAUCHON, *Rapport n° 177, op. cit.*

de ces infractions. Certains auteurs ont cru que, pour respecter le principe *ne bis in idem*, il fallait passer par un raisonnement astucieux qui consiste, pour établir l'infraction, à retenir seulement une faute simple ou caractérisée, afin de pouvoir par la suite retenir la faute délibérée au titre de l'aggravation de la peine. Une telle pirouette semble toutefois ne pas être nécessaire puisque le législateur a seulement voulu – certes, bien maladroitement – prévoir une peine différenciée pour la faute délibérée par rapport aux fautes simple et caractérisée, sans pour autant remettre en cause l'utilisation de la faute délibérée au titre des éléments constitutifs de l'infraction.

Pour clarifier la pensée du législateur, nous proposons de réécrire les dispositions spéciales qui prévoient la peine en énonçant expressément des peines différenciées en fonction de la nature de la faute commise. Ainsi, pour reprendre le cas de l'homicide non intentionnel, l'article 221-6 du Code pénal français pourrait être réécrit de la manière suivante. Le premier alinéa ne contiendrait plus de référence à la peine mais décrirait uniquement le comportement incriminé: «*le fait de causer la mort d'autrui, dans les conditions et selon les distinctions prévues aux troisième et quatrième alinéas de l'article 121-3, constitue un homicide involontaire (...)*». Le second alinéa prévoirait ensuite la peine de manière distributive: «*L'homicide involontaire est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsque l'auteur a commis une faute simple ou caractérisée et de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende lorsque celui-ci a commis une faute délibérée*». En définitive, seules les dispositions des articles 221-6-1, 222-19-1, 222-20-1 du Code pénal français, qui aggravent la peine encourue par l'automobiliste et celles des articles 221-6-2, 222-19-2 et 222-20-2 de ce Code, qui font de même pour les peines encourues par le propriétaire d'un chien, seraient effectivement considérées comme des circonstances aggravantes à part entière¹⁴⁹¹.

De cette manière, tant le rôle de variable de la répression de la faute délibérée que son mécanisme d'aggravation de la peine apparaîtraient de manière beaucoup plus claire et intelligible.

299. (3) Explicitation du «l'»

Troisièmement, nous avons mis en exergue une difficulté d'interprétation dans la définition que le quatrième alinéa de l'article 121-3 du Code pénal français donne du lien

¹⁴⁹¹ Notons que ces articles contiennent un second alinéa, qui prévoit à chaque fois une aggravation supplémentaire de la peine encourue par l'automobiliste ou le propriétaire d'un chien, lorsque cette personne a violé – de manière consciente ou non – une norme de sécurité propre à son domaine d'activité. Les normes visées ici ayant un domaine circonscrit par rapport à la faute simple fondée sur la violation d'une loi ou d'un règlement et à la faute délibérée, il nous semble que ces seconds alinéas doivent être considérés comme des circonstances aggravantes. Dans ce cas et dans ce cas uniquement, il sera alors justifié de retenir seulement une faute non fondée sur la violation de l'une de ces normes pour établir l'existence de l'infraction, afin de pouvoir, ensuite, retenir la violation de la norme en question comme circonstance aggravante.

de causalité indirect. Il vise « *les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter* ». La difficulté vient du fait qu'il n'est grammaticalement pas possible de savoir si le « l' » renvoie au dommage ou à la situation, ce qui change toute la définition. La logique voudrait que le « l' » soit compris comme faisant référence à la situation, puisque c'est précisément l'interposition d'une situation entre le fait non intentionnel et le dommage qui permet de qualifier une causalité d'indirecte.

Toutefois, la jurisprudence a brouillé un peu plus les pistes, en estimant que le « l' » renvoie bien au dommage, ce qui devrait impliquer que toute personne qui ne prend pas les mesures permettant d'éviter le dommage, c'est-à-dire dire l'auteur d'une omission, est nécessairement un auteur indirect. Pourtant, nous l'avons vu, la jurisprudence a considéré à plusieurs reprises qu'une omission pouvait également être la cause directe d'un dommage¹⁴⁹², ce qui rend cette partie de la définition de la causalité indirecte complètement incertaine.

Dès lors, nous considérons que ce « l' » ne doit pas renvoyer au dommage mais à la situation, afin que les deux parties de la définition de la causalité indirecte soient parfaitement harmonisées et cohérentes l'une par rapport à l'autre. Nous proposons donc, même si cela alourdit légèrement le texte, de clarifier l'alinéa 4 de l'article 121-3 du Code pénal français de la manière suivante: « *dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant [d'] éviter [cette situation] (...)* ».

300. (4) Consécration du fondement de la responsabilité pénale des personnes morales en matière d'imprudence

Quatrièmement, nous avons vu que l'article 121-2 du Code pénal français dispose que les personnes morales ne peuvent être déclarées pénalement responsables que s'il est établi que l'infraction a été commise dans tous ses éléments par un organe ou représentant.

Toutefois, cette exigence peut poser une difficulté en matière d'imprudence lorsque l'organe ou le représentant de la personne morale, auteur indirect, a seulement commis une faute simple, puisque, en vertu de la loi du 10 juillet 2000, plus aucune infraction ne peut alors être retenue contre lui. La logique combinée de ces deux textes devrait alors conduire à écarter subséquentement la responsabilité de la personne morale; or ce n'était pas l'intention du législateur.

¹⁴⁹² Par ex., le chirurgien qui omet de procéder à des examens médicaux ou le propriétaire du chien qui ne prend pas les mesures suffisantes pour l'empêcher de sortir.

Pour corriger cette incohérence entre les textes, la jurisprudence a introduit une exception dans les conditions d'engagement de la responsabilité pénale d'une personne morale en matière non intentionnelle, en estimant qu'il suffit d'établir que l'organe ou le représentant ait commis une faute pour engager la responsabilité de la personne morale, sans qu'il soit nécessaire de vérifier que l'infraction correspondante est bien caractérisée à l'égard de la personne physique.

Nous approuvons cette exception prétorienne mais pensons qu'elle devrait maintenant être consacrée par le législateur. Nous proposons ainsi d'ajouter un quatrième alinéa à l'article 121-2 du Code pénal français, dont le contenu reprendrait le principe posé par la Cour de cassation de la manière suivante: «*En matière non intentionnelle, les personnes morales sont responsables pénalement de toute faute non intentionnelle de leurs organes ou représentant ayant entraîné des blessures ou la mort d'autrui, même si, en l'absence de faute délibérée ou caractérisée au sens de l'article 121-3 alinéa 4, la responsabilité pénale des personnes physiques ne peut pas être recherchée*»¹⁴⁹³. L'ajout de cet alinéa permettrait ainsi de ramener ces deux textes à la cohérence et de clarifier leur articulation.

301. Nouvelle approche du fait non intentionnel en droit français

Cependant, ces modifications de forme ne suffiront pas à elles seules à résoudre les difficultés qui existent aujourd'hui dans la fixation du seuil de la répression du fait non intentionnel en droit français.

Le problème vient du fait que toute la réflexion sur le droit français, après avoir été paralysée pendant près d'un siècle par le principe de l'unité des fautes civile et pénale, se cristallise aujourd'hui autour de la distinction entre causalités directe et indirecte, alors même que l'étude de la jurisprudence nous a montré qu'il était bien difficile de tracer une frontière claire entre l'une et l'autre. Cette distinction emporte alors tout sur son passage, en sorte que beaucoup d'autres paramètres fondamentaux de la répression du fait non intentionnel, tels que l'autorisation de mener une activité dangereuse, la gestion du risque ou l'utilité de l'activité sont bien souvent complètement écartés de la réflexion. Il en résulte une grande difficulté à déterminer précisément le seuil de la répression du fait non intentionnel, et ce, tout particulièrement dans des domaines novateurs, tels que la conduite autonome: comment serait-il possible, par exemple, d'aborder la question des dommages causés par les voitures autonomes en se référant uniquement à la distinction entre causalités directe et indirecte?¹⁴⁹⁴ Au vu de la sévé-

¹⁴⁹³ Pour des propositions alternatives et une proposition similaire, voir J. LASSERRE CAPDEVILLE, «Responsabilité des personnes morales: la question du cumul des poursuites», *La responsabilité pénale de la personne morale*, Dir D. BRACH-THIEL et A. JACOBS, L'Harmattan, 2015, p. 89, n° 39 et s.

¹⁴⁹⁴ Pour une étude de la conduite autonome fondée sur la seule distinction entre causalité directe et indirecte, voir L. ANDREU et al., *Des voitures autonomes, Une offre de loi*, Dalloz, Essai,

rité des juges, une telle approche risque de conduire à une répression systématique des moindres défaillances, sans prendre en compte les enjeux propres à ce domaine, ce que nous souhaitons absolument éviter.

Il est donc nécessaire de redéfinir le seuil de la répression du fait non intentionnel pour assurer une meilleure prévisibilité des décisions en matière d'imprudence. Ainsi, si nous ne voulons pas modifier le fond de la législation sur le fait non intentionnel, c'est alors l'approche que nous avons du fait non intentionnel dans le cadre de cette législation qui doit être changée. Cela est tout à fait envisageable dans la mesure où, même après la réforme de 2000, les textes incriminant le fait non intentionnel restent suffisamment ouverts pour pouvoir être appréhendés d'une manière nouvelle, qui va au-delà de la simple distinction entre causalités directe et indirecte.

C'est précisément ce que nous nous proposons de faire dans la seconde partie de cet ouvrage, en cherchant à prendre en compte le fait non intentionnel admissible. Cette nouvelle approche consiste en un véritable changement de perspective. Il ne s'agit plus ici de chercher à caractériser les conditions permettant d'engager la responsabilité pénale d'une personne pour imprudence mais au contraire de chercher le comportement, même risqué, qui doit être considéré comme conforme au droit, en identifiant positivement les conditions qui permettent à une personne de s'assurer qu'elle ne commet pas d'imprudence au sens de la loi pénale. Cette approche originale, plus holistique, permettra, nous l'espérons, de mieux fixer le seuil de la répression de la non-intention, et peut-être même, de limiter la sévérité des juges pénaux, en rappelant que tout comportement non intentionnel qui cause un dommage n'est pas nécessairement constitutif d'une imprudence.

2018, p. 132 et s et M. BÉNÉJAT, «Le droit pénal des véhicules autonomes: éléments d'actualité», *Daloz actualité*, Dalloz, 2019.

Seconde partie

**La nécessaire prise en compte du fait
non intentionnel admissible pour
la fixation du seuil de la répression**

302. Nouvelle approche complémentaire: la prise en compte du fait non intentionnel admissible

Si la circonscription du fait non intentionnel punissable nous a permis de mettre en évidence les mécanismes par lesquels le droit pénal réprime l'imprudence et la négligence, cette approche a également montré ses limites pour fixer un seuil satisfaisant de la répression pénale du fait non intentionnel. Les incriminations d'imprudence et de négligence étant prévues par des dispositions ouvertes, il apparaît en effet toujours possible de les interpréter de manière extensive, ce qui rend le seuil recherché encore difficile à identifier précisément.

Pour corriger ce défaut, notre première approche doit être complétée par une seconde approche, complémentaire, qui consiste à prendre le problème dans l'autre sens. Il s'agit non plus de chercher à obtenir un résultat négatif en disant ce qui est interdit mais de chercher à obtenir un résultat positif, en essayant d'établir quel comportement doit être considéré comme admissible au sens du droit pénal.

Cette seconde approche nous donnera ainsi la possibilité de porter un regard nouveau sur le seuil de la répression du fait non intentionnel en nous attachant à analyser ces comportements risqués qui, en dépit du dommage qu'ils ont occasionné, ne manifestent aucun caractère antisocial ni ne témoignent d'une quelconque indifférence à l'égard d'autrui. Il conviendra alors de rechercher à quelles conditions de tels comportements doivent échapper à la réaction du droit pénal¹⁴⁹⁵.

Cette approche originale nous permettra non seulement de préciser les critères que nous avons évoqués en première partie mais aussi et surtout de les compléter, en recherchant de nouveaux outils propres à déterminer ce qui ne doit pas franchir le seuil de la répression. Il s'agira d'identifier des instruments innovants, parfois même un brin audacieux, qui permettront d'alimenter la réflexion relative au seuil entre ce qui est licite et ce qui ne l'est pas, en ouvrant le raisonnement à la prise en compte de nouveaux paramètres et à l'acceptation d'un certain risque lorsqu'il est utile à la société. Il sera ainsi possible d'élaborer de nouveaux chemins de raisonnement pour fixer le seuil de la répression en matière non intentionnelle.

303. Support doctrinal

Pour ce faire, il est nécessaire de se pencher d'abord sur les théories élaborées par la doctrine suisse et par la doctrine française qui visent à identifier le fait non intentionnel admissible, à savoir la théorie du risque autorisé et celle de l'erreur. Nous entendons ici le terme de théorie au sens du dictionnaire *Vocabulaire juridique* comme toute «activité doctrinale fondamentale dont l'objectif est de contribuer à l'élaboration

¹⁴⁹⁵ En ce sens, VAN NYPELSEER énonce «le risque est partie intégrante de notre activité quotidienne», à tel point «que si nous n'en prenions pas nous serions paralysés» (Note sur la psychologie de l'imprudence», *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1958-59, p. 136).

scientifique du droit, en dégagant les questions qui dominent une matière, les catégories qui l'ordonnent, [et] les principes qui en gouvernent l'application (...)»¹⁴⁹⁶. Ce terme sera donc pris dans son sens large. En droit suisse, la théorie du risque autorisé, qui admet explicitement la création d'un certain risque, a fait l'objet de développements très riches, notamment sous l'impulsion de REHBERG, avant d'être consacrée, certes succinctement, par la jurisprudence du Tribunal fédéral. Aujourd'hui, la doctrine suisse continue de se référer à cette théorie, en particulier pour analyser les situations où un accident se produit en lien avec les technologies modernes. En droit français, il n'existe pas de pareille théorie. Cependant, la doctrine de la seconde moitié du XX^e siècle, notamment sous la plume du Professeur JEAN PENNEAU, a développé une théorie poursuivant un objectif similaire, appelée théorie de l'erreur, qui se fonde implicitement sur l'acceptation d'un certain risque. Cette théorie n'a cependant pas prospéré dans la jurisprudence française, sans doute en raison de l'érection malheureuse du principe d'unité des fautes civile et pénale¹⁴⁹⁷. À la suite des réformes successives en droit français, cette théorie semble toutefois pouvoir recouvrer son intérêt aujourd'hui afin d'aider le pénaliste français à mieux fixer le seuil de la répression du fait non intentionnel (**Titre 1**).

304. Redéfinition du seuil

La présentation de ces théories fait apparaître que les développements de la jurisprudence et de la doctrine suisses sur le risque autorisé sont beaucoup plus nombreux que ceux sur l'erreur dans la jurisprudence et la doctrine françaises, en particulier en ce qui concerne la façon de mettre en œuvre ces théories pour déterminer ce qui constitue un risque autorisé ou une erreur. Ces deux théories méritent de se rencontrer car la première peut apporter beaucoup à la seconde. La théorie de l'erreur peut ainsi servir de support pour recevoir en droit français les éléments réflexions et la méthode de la théorie du risque autorisé, tout en respectant les spécificités propres du système français¹⁴⁹⁸. Après avoir fait une synthèse de la méthode de détermination du risque autorisé en droit suisse, il sera possible d'utiliser les éléments de réflexions ainsi dégagés pour nourrir et compléter la méthode d'établissement de l'erreur pour le droit français. Cette démarche s'appuiera sur quatre exemples pratiques communs pour les deux théories. Elle permettra de remettre la théorie de l'erreur au goût du jour et de proposer à une méthode, dynamique mais respectueuse des contraintes imposées par le législateur français, qui établit pas à pas comment déterminer si un fait non intentionnel reste ou non en deçà du seuil de la répression pénale (**Titre 2**).

¹⁴⁹⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 13^e édition, 2020, entrée «théorie».

¹⁴⁹⁷ Pour un développement de ce point, voir 1^{re} partie, titre 2, chapitre 1, section 2, II, 2: L'autonomie de l'appréciation de la faute pénale par rapport à la faute civile, n^o 227 et s.

¹⁴⁹⁸ Il s'agit de l'application de la méthodologie présentée en introduction, voir n^o 52.

Titre 1 **Les théories établissant le fait non intentionnel admissible : l'acceptation d'un certain risque**

305. Identification de ces théories

Intéressons-nous aux théories que les doctrines suisse et française ont construites pour déterminer à quelles conditions un comportement doit, en dépit du dommage qu'il a occasionné, être considéré comme pénalement admissible en restant en deçà du seuil de la répression. Dans ce premier titre, l'objectif sera principalement de saisir l'essence de ces théories, en mettant de côté pour le moment les questions relevant de leur mise en œuvre concrète.

306.

En Suisse, la théorie du risque autorisé admet explicitement que certains risques soient acceptés en droit pénal. Elle consiste à soutenir que l'existence d'un risque est intrinsèquement liée à toute activité humaine et que, par conséquent, un risque raisonnable doit être autorisé par le droit répressif, quand bien même il se réaliserait en causant une atteinte à autrui. Il s'agit donc d'une théorie originale qui cherche à établir dans quelles conditions le risque doit être autorisé. Cette théorie a fait l'objet de nombreux développements doctrinaux, principalement de la part des auteurs de langue allemande, et a même été consacrée en son principe par la jurisprudence du Tribunal fédéral. Elle fait encore l'objet de nombreuses discussions, notamment dans le domaine de l'intelligence artificielle, ce qui rend son étude particulièrement attrayante (**Chapitre 1**).

307.

En France, il n'existe pas de théorie équivalente aussi développée. Toutefois, il est possible de retrouver, au moins partiellement, le principe de la théorie du risque autorisé dans une autre théorie, celle de l'erreur, que nous appellerons irréductible par opposition à l'erreur fautive. Cette ancienne théorie doctrinale admet implicitement l'existence d'un certain risque permis en droit pénal. Elle affirme qu'en raison de sa

faillibilité, l'être humain peut être amené à commettre certaines erreurs dans le cadre de son activité qui, même si elles causent un dommage à autrui, ne doivent pas nécessairement être sanctionnées par le droit pénal. Bien que cette théorie n'ait pas connu en droit français le même succès que sa congénère en droit suisse, elle n'en reste pas moins intéressante pour notre recherche en ce qu'elle peut aider à identifier plus précisément les comportements non intentionnels qui doivent être admis en droit pénal français. Il conviendra de préciser le rôle que cette théorie peut encore jouer pour éclairer le droit positif. Le cas échéant, il sera possible d'envisager d'en compléter les développements en s'inspirant des réflexions issues de la théorie du risque autorisé **(Chapitre 2)**.

Chapitre 1 L'acceptation explicite d'un risque dans la théorie du risque autorisé en droit suisse

308. Découverte d'une théorie

Le risque autorisé se présente comme une théorie originale du droit suisse qui mérite que le comparatiste français s'y attarde. Les écrits qui s'y rapportent sont souvent disparates et il s'agira d'essayer ici d'en faire une synthèse pour en restituer l'essence. Pour ce faire, il est nécessaire en premier lieu de présenter la notion de risque autorisé (Section 1) et de s'interroger en second lieu sur la place du risque autorisé dans la structure dogmatique¹⁴⁹⁹ de l'infraction (Section 2).

Section 1 La présentation du risque autorisé

309. Présentation

Il convient d'abord d'envisager la notion de risque autorisé en elle-même (I), avant de s'intéresser aux fondements sur lesquels elle repose (II).

I La notion de risque autorisé

310. Notion

La notion de risque autorisé se fonde sur l'idée qu'il est nécessaire d'admettre la licéité de certains risques en droit pénal (A). Partant de ce postulat, les pénalistes suisses ont essayé de définir ce qu'il fallait entendre par risque autorisé (B).

A La nécessaire prise en compte du risque en droit pénal

311. Utilité du risque

Les pénalistes suisses partent du constat qu'il existe «de très nombreuses activités comportant un risque généralement prévisible pour les biens juridiques des tiers, et qui ne pourrait être exclu qu'au prix de l'interdiction du comportement»¹⁵⁰⁰. La liste de ces activités s'étend à l'infini: circulation routière, ferroviaire et aérienne, génie civil, production industrielle, transport de produits dangereux, production d'énergie, médecine, etc.

¹⁴⁹⁹ Terme habituellement employé en Suisse romande qui signifie doctrinal.

¹⁵⁰⁰ S. MAEDER et M. A. NIGGLI, «Art. 12», *Basler Kommentar, Strafrecht I*, dirigé par M. A. NIGGLI et H. WIPRÄCHTIGER, Helbing Lichtenhahn, 4^e édition, 2019, p. 198: «Zahlreiche Tätigkeiten sind mit (generell) durchaus vorhersehbaren Gefahren für Rechtsgüter anderer verbunden, die sich nur um den Preis ausschliessen liessen, dass man das entsprechende Verhalten gänzlich untersagte».

Lorsqu'un tel risque se réalise, le résultat serait propre à fonder un reproche de négligence pénale, puisque «si une personne peut prévoir que son action risque de porter atteinte à un bien juridique et qu'elle l'entreprend malgré tout, elle se conduit en principe de manière contraire à la prudence»¹⁵⁰¹ et adopte donc *a priori* une conduite illícite.

Toutefois, il n'est pas possible d'interdire toutes les activités à risque. Certains risques étant indispensables ou socialement utiles, une telle interdiction conduirait à une asphyxie économique et sociale et empêcherait tout progrès. C'est par exemple ce qui s'est passé lorsque le canton des Grisons (*Graubünden*) a exclu la conduite automobile à ses débuts, en 1900, pour éviter les accidents¹⁵⁰². Ce n'est que vingt-cinq ans plus tard que l'interdiction générale de la conduite a été abrogée dans ce canton, pour y devenir aujourd'hui une activité habituelle de la vie quotidienne¹⁵⁰³. Cette idée que tous les risques ne devaient pas être interdits a atteint son paroxysme durant la période de l'industrialisation¹⁵⁰⁴.

312. Bénéfice du risque dans l'ère industrielle

Avec le développement industriel, de nouveaux risques ont été créés dans la société, qui ont donné lieu à la survenance d'accidents parfois spectaculaires. Pourtant, l'essor du machinisme et de la technique a également permis une diminution globale du risque d'atteinte à la vie ou à l'intégrité des personnes.

Ce paradoxe est expliqué par le Professeur CORNELIUS PRITTWITZ¹⁵⁰⁵, qui s'appuie sur la comparaison entre le risque d'un voyage en calèche et celui d'un voyage en train. Il invite à se demander lequel des deux est le plus dangereux. Il explique que, d'un côté, le train donne l'illusion d'avoir fait augmenter le risque de dommage encouru par le voyageur, pour au moins deux raisons. Tout d'abord, «en raison du développement technique, l'auteur d'une seule action dangereuse peut isolément causer un dommage considérablement plus important»¹⁵⁰⁶. Ainsi, «le cocher, qui pouvait utiliser la force de deux ou quatre chevaux, avait seulement quatre à huit passagers sous sa responsabilité. A l'inverse, le conducteur de train, auquel le développement tech-

¹⁵⁰¹ N. ZURKINDEN, «Strafrecht und selbstfahrende Autos – ein Beitrag zum erlaubten Risiko», *recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, 2016, vol. 34-3, p. 151 : «Wer erkennen kann, dass sein Handeln die Verletzung eines geschützten Interesses herbeiführen kann und trotzdem die fragliche Handlung vornimmt, verhält sich grundsätzlich sorgfaltswidrig».

¹⁵⁰² *Ibid.*, p. 147.

¹⁵⁰³ *Ibid.*

¹⁵⁰⁴ C. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko, Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Vittorio Klostermann, Frankfurt, vol. 22, 1993, p. 301.

¹⁵⁰⁵ *Ibid.*, p. 301 à 304.

¹⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 302 : «(...) durch die technische Entwicklung der einzelne gefährlich Handelnde einen erheblich größeren Schaden anrichten konnte (...)».

nique a donné accès à la force de centaines de chevaux, a des centaines de passagers qui placent leur confiance en lui»¹⁵⁰⁷. Finalement, «en ce qui concerne le conducteur du train, le risque est de causer un dommage bien plus grand que celui qu'aurait causé un cocher»¹⁵⁰⁸. Ensuite, «le développement de la technique a aussi eu pour effet qu'une petite imprévoyance qui pour le cocher était sans conséquence, ou à tout le moins rectifiable, a de graves conséquences pour le conducteur de train»¹⁵⁰⁹. Les chevaux et la calèche n'allaient pas aussi vite que le train et leur système de direction n'était pas très complexe: si le cocher faisait preuve de maladresse, les chevaux pouvaient en atténuer les conséquences. «A l'inverse, le conducteur de train a affaire à une machine qui est plus complexe et qui n'est pas à taille humaine pour lui comme l'était la calèche; les processus mis en œuvre se déroulent si vite qu'ils sont rarement réversibles et ne laissent aucune chance en cas d'erreur – malgré des efforts considérables»¹⁵¹⁰. Cependant, il constate de l'autre côté que, bien que le train ait accru la gravité de potentiels dommages, il a paradoxalement fait diminuer le nombre de décès, une fois ramené au nombre de voyageurs dans un espace donné. Si l'on considère la probabilité qu'un voyageur subisse un dommage au cours du trajet, alors le voyage en calèche était plus risqué¹⁵¹¹. «Si, en 1750, dans les frontières [d'un territoire donné], 100 voyages en calèche avaient lieu, avec quatre passagers par calèche, cela donnait 400 voyageurs empruntant la calèche. La probabilité d'un accident était alors de 1/100. Deux cents ans plus tard, en 1950, dans la même région, ce sont 1000 trajets en train qui sont programmés. Dans un train, 100 voyageurs peuvent être assis, ce qui donne au total 100 000 voyageurs en train. La probabilité d'un accident est maintenant de 1/1000. Le voyage était donc dix fois plus dangereux en calèche en 1750 qu'en train en 1950. Il apparaît cependant que, en 1950, 100 voyageurs ont subi un accident, contre seulement 4 en 1750»¹⁵¹².

¹⁵⁰⁷ *Ibid.*: «Dem Kutscher, der zwei oder vier Pferdestärken nutzen konnte, waren vier bis acht Menschen anvertraut, dem Lokführer dagegen, dem die technische Entwicklung Hunderte von Pferdestärken an die Hand gegeben hat, Hunderte von Menschen».

¹⁵⁰⁸ *Ibid.*: «(...) so war für den einzelnen Lokführer das Risiko, einen Schaden anzurichten, größer als dasjenige des Kutschers».

¹⁵⁰⁹ *Ibid.*: «Die technische Entwicklung hat auch bewirkt, daß schon eine kleine Sorglosigkeit, die für den Kutscher oft noch folgenlos oder korrigierbar war, für den Lokführer gravierende Konsequenzen hat».

¹⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 302 et 303: «Der Lokführer dagegen hat es mit einer Maschine zu tun, die wesentlich komplexer und für ihn nicht in derselben Weise überschaubar ist; die in Gang gesetzten Prozesse laufen schnell ab, sind selten reversibel und oft – trotz erheblicher Anstrengungen – fehlerfeindlich».

¹⁵¹¹ *Ibid.*, p. 303.

¹⁵¹² *Ibid.*, p. 303 et 304: «Wenn 1750 innerhalb der heutigen Grenzen Hessens 100 Fahrten mit jeweils 4 Reisende befördernden Postkutschen stattfanden, dann ergibt das insgesamt 400 Kutschenreisende. Die Wahrscheinlichkeit einer Gefährdung sei mit 1:100 angesetzt. 200 Jahre später, im Jahr 1950, standen im gleichen Gebiet 1000 Bahnfahrten im Kursbuch. Im Zug saßen jeweils 100 Benutzer, so dass insgesamt 100.000 Zugreisende gezählt wurden. Die Wahrscheinlichkeit einer Gefährdung sei 1:1000 gewesen. Der Vergleich ergibt:

Autrement dit, avec le développement des transports, le nombre de victimes a augmenté, alors que le risque d'accident au cours du voyage a quant à lui notablement diminué. Du point de vue du voyageur, «un voyage en calèche était [donc] bien plus risqué et dangereux qu'un voyage en train aujourd'hui»¹⁵¹³. Néanmoins, en ce qui concerne le conducteur, le risque de causer un grand nombre de morts est bien plus élevé avec le train qu'avec la calèche. Si la survenance du risque a diminué, son ampleur a augmenté lorsqu'il se réalise.

L'époque de l'industrialisation se présente ainsi comme une période de l'histoire dans laquelle l'homme a découvert de nouveaux dangers et, en même temps, ne s'est jamais autant trouvé en sécurité¹⁵¹⁴.

313. Bénéfice du risque à l'ère de l'intelligence artificielle

Cette problématique est plus que jamais d'actualité avec l'arrivée des voitures autonomes¹⁵¹⁵. La délégation de la conduite de l'homme à une intelligence artificielle fait apparaître de nouveaux risques qui peuvent s'avérer particulièrement graves¹⁵¹⁶. Cela est d'autant plus manifeste durant cette période où les voitures autonomes sont encore en cours de développement et sont loin d'être immunisées contre toute erreur. Il est en effet possible au cours de cette phase qu'une telle voiture ne parvienne pas à «réagir de manière appropriée à une crise imprévue ou [que] sa technologie compliquée échoue tout simplement [dans une situation donnée] et cause un accident impliquant des dommages, des lésions corporelles ou même la perte de vies humaines»¹⁵¹⁷.

Postkutschenfahren im Jahr 1750 war zehnmal gefährlicher als Eisenbahnfahren im Jahr 1950. Gleichzeitig wurden 1950 100 Reisende, 1750 aber nur 4 Reisende (...) in Gefahr gebracht».

¹⁵¹³ *Ibid.*, p. 301 : «So sei eine Reise mit der Postkutsche z.B. viel gefährlicher und riskanter gewesen als heute eine Eisenbahnfahrt».

¹⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 305 : «Das Zeitalter der Industrialisierung, in dem die Rechtsfigur des erlaubten Risikos entstanden ist, ist gleichzeitig die Phase der Geschichte, in der der Mensch sicherer und unsicherer denn je war».

¹⁵¹⁵ I. WILDHABER, M. LOHMANN, «Roboterrecht – eine Einleitung», *Aktuelle Juristische Praxis*, Dike Verlag AG, p. 135 et s. Pour une présentation synthétique de l'origine et de l'évolution des systèmes d'aide à la conduite, voir R. ORJUELA, J. LEDY, J.-PH. LAUFFENBURGER, M. BASSET, « Les véhicules autonomes et le risque technologique : d'où vient-on où va-t-on? », *Risques, études et observations : les véhicules autonomes*, 2018-1, p. 19 et s.

¹⁵¹⁶ N. ZURKINDEN, «Vertrauen in Fahrzeugautomatisierung als strafmindernder Umstand?», *Jusletter*, 3 décembre 2018, réf. 37.

¹⁵¹⁷ S. GLESS, E. SILVERMAN et T. WEIGEND, «If robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability», *New criminal law review*, 2016, vol. 19, N° 3, p. 2 : «a self-driving car may be unable to react appropriately to an unforeseen crisis, or its complicated technology may simply fail and cause an accident involving damage, injuries, or even the loss of human life».

Pourtant, même si la mise en circulation d'une voiture autonome est source de risques, le développement de cette technologie fait naître de nombreux espoirs, notamment du point de vue de la sécurité routière au niveau global. L'intelligence artificielle, qui n'a pas les mêmes temps de réaction que l'homme, est bien mieux capable de percevoir et de traiter extrêmement rapidement toutes les informations qu'elle reçoit afin de déterminer en temps réel la conduite à tenir¹⁵¹⁸. La conduite autonome donne ainsi l'espoir d'arriver à une réduction du taux d'accidents et à une diminution du nombre des personnes blessées ou tuées lors de ces accidents¹⁵¹⁹. Outre la limitation du nombre d'accidents, l'automatisation de la conduite devrait permettre de nombreux autres avantages tels que la disparition des embouteillages grâce à la synchronisation entre les véhicules, l'amélioration de l'accès à la mobilité individuelle et ce, nonobstant l'âge (enfants ou personnes trop âgées pour conduire) ou les capacités physiques de l'individu (cécité, épilepsie, etc.)¹⁵²⁰ ou encore la diminution de la pollution¹⁵²¹.

Ainsi, malgré les risques inhérents au développement de voitures autonomes, il apparaît que de tels véhicules présentent un véritable bénéfice sécuritaire et social.

314. Diminution du risque résiduel avec le temps

Par ailleurs, l'expérience montre que les risques inhérents au machinisme et aux techniques novatrices ne demeurent pas. Au contraire, une fois qu'ils ont été acceptés par la société, ils finissent la plupart du temps par diminuer avec le temps grâce au progrès de la technique et de la science.

La Professeure SABINE GLESS illustre cela avec l'exemple de la voiture personnelle, qu'elle envisage comme une «calèche sans cheval». Les automobiles semblaient jadis «bien ingouvernables, dit-elle, ou alors gouvernables seulement au prix de la mise en œuvre de la plus grande diligence»¹⁵²². Pourtant, malgré une augmentation, dans un premier temps, du nombre de morts sur les routes en raison la démocratisation de la

¹⁵¹⁸ S. GLESS et T. WEIGEND, «Intelligente Agenten und das Strafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2014, vol. 126, p. 561.

¹⁵¹⁹ Dans ce sens, voir: S. GLESS, «Strafrechtliche Produkthaftung», *recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, vol. 31-2, 2013, p. 234; S. GLESS, E. SILVERMAN et T. WEIGEND, «If robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability», *op. cit.*, p. 16 et W. WOHLERS, «Individualverkehr im 21. Jahrhundert: das Strafrecht vor neuen Herausforderungen», *Basler Juristische Mitteilungen*, N° 3, 2016, p. 116.

¹⁵²⁰ N. ZURKINDEN, «Crash beim Testbetrieb selbstfahrender Fahrzeuge», *Jusletter*, 2016, réf. 9; S. GLESS, E. SILVERMAN et T. WEIGEND, «If robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability», *op. cit.*, p. 1 et W. WOHLERS, «Individualverkehr im 21. Jahrhundert: das Strafrecht vor neuen Herausforderungen», *op. cit.*, p. 115.

¹⁵²¹ W. WOHLERS, «Individualverkehr im 21. Jahrhundert: das Strafrecht vor neuen Herausforderungen», *op. cit.*, p. 115.

¹⁵²² S. GLESS, «Strafrechtliche Produkthaftung», *op. cit.*, p. 231: «*Seinerzeit schien [die Kutsche ohne Pferde, aufgrund der schieren Kraftentfaltung durch einen Motor], vielen un- oder nur unter größten Sorgfaltsbedingungen beherrschbar*».

voiture personnelle et de l'augmentation de la puissance des moteurs, le risque automobile a été accepté par la société, ce qui a été décisif pour que le développement de la technique permette ensuite une diminution considérable du risque d'accident. Ainsi, « jusqu'au début des années 1970, il prévalait encore que, malgré la grande sécurité des engins, le risque d'être victime d'un accident de la circulation n'avait pas diminué mais qu'il avait au contraire augmenté. Entre-temps, c'est-à-dire depuis 1970, le nombre de véhicules immatriculés a plus que doublé alors que le nombre d'accidents a clairement moins augmenté, le nombre de blessés a faiblement baissé et le nombre de morts a même fortement baissé »¹⁵²³. Les progrès effectués sur les véhicules permettent ainsi une diminution du risque qu'il soit porté atteinte à un bien juridique au cours d'un trajet : d'une part les systèmes de freinage et d'assistance à la direction permettent désormais une meilleure maîtrise du véhicule par le conducteur, d'autre part la sécurité des habitacles a été amplement renforcée de manière que les chocs soient absorbés autant que possible par la voiture en cas d'accident. Dès lors, en acceptant le risque résiduel initial, on permet aux constructeurs automobiles d'améliorer encore la sécurité sur les routes. Aujourd'hui, le nombre de morts sur les routes a tant diminué que, malgré la conscience des dangers de la conduite, l'hypothèse d'une issue fatale n'est plus dans l'esprit des automobilistes à chaque fois qu'ils prennent le volant.

De même, il semble que « les voitures sans conducteur » sont en train d'emprunter le même chemin. Les premiers exemples de conduite automatisée se révèlent d'ailleurs très encourageants, car il apparaît déjà que le nombre d'accidents durant les expérimentations est moindre par rapport à la conduite classique, à kilométrage équivalent¹⁵²⁴. Le développement très rapide des connaissances sur l'intelligence artificielle permet d'ores et déjà d'entrevoir de réels progrès à court et à moyen terme.

315. Généralisation du constat

Il apparaît que « ce qui a été exposé en matière de circulation vaut dans la plupart des domaines – si ce n'est tous – dans lesquels les comportements ont été modifiés en rai-

¹⁵²³ C. PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko*, *op. cit.*, p. 314 : « Bis Anfang der 70er Jahre galt noch, daß trotz der größeren Sicherheit der Fahrzeuge das Risiko, Opfer eines Verkehrsunfalls zu werden, nicht geringer geworden ist, sondern sogar zugenommen hat. Inzwischen, d.h. seit 1970, hat sich die Anzahl der zugelassenen Fahrzeuge nochmals mehr als verdoppelt, während die Unfallhäufigkeit deutlich geringer zugenommen, die Zahl der Verletzten leicht und die Zahl der Todesopfer sogar stark abgenommen hat ».

¹⁵²⁴ S. GLESS, « Strafrechtliche Produkthaftung », *op. cit.*, p. 234 et W. WOHLERS, « Individualverkehr im 21. Jahrhundert: das Strafrecht vor neuen Herausforderungen », *op. cit.*, p. 131. Cela s'explique sans doute par le fait que quatre-vingt-dix pour cent des accidents trouvent aujourd'hui leur cause dans une faute humaine, qui survient généralement en raison d'un défaut de concentration du conducteur dû à la fatigue, à la monotonie du trajet ou aux préoccupations de ses pensées. Au contraire, l'intelligence artificielle conserve de manière inaltérable une aptitude maximale à analyser et diriger le trajet tout au long de son parcours. Voir M. THOMMEN, « Strafrechtliche Verantwortlichkeit für autonomes Fahren », *Circulation routière*, N° 2, 2018, p. 29 et s.

son de l'introduction de la technique»¹⁵²⁵. A chaque fois, le même phénomène peut être observé. Dans les premiers temps de la mécanisation ou du développement d'une nouvelle technique, «une négligence relativement minime [peut] causer des dommages comparativement plus importants ou du moins de nouveaux dommages, parce que l'homme potentialise ses propres pouvoirs en maîtrisant les forces de la nature mais [ne réussit pas] à augmenter de la même manière sa capacité à faire preuve d'une plus grande prudence»¹⁵²⁶. Il existe donc un certain risque résiduel. Puis, les progrès de «la mécanisation [permettent] d'aboutir à ce que les machines utilisées ou les techniques employées soient plus indulgentes aux erreurs (*fehlerfreundlich*), c'est-à-dire qu'elles absorbent beaucoup plus qu'auparavant les imprévoyances commises»¹⁵²⁷. Progressivement, le risque résiduel se réduit alors. «Des diminutions [de ce risque] ont pu être constatées dans beaucoup de domaines au cours des deux dernières décennies et en particulier là où [l'emploi des machines ou] la technique s'est généralisée dans les actions quotidiennes»¹⁵²⁸.

316. Recherche d'un équilibre dans la répression

Il ressort de l'ensemble de ces éléments que le paramètre du risque doit être intégré à la réflexion sur la négligence pénale, afin d'admettre l'existence d'un certain risque dans les activités humaines.

En dépit de cette nécessité, le paramètre du risque n'est pas pris en compte dans les textes qui incriminent les comportements négligents. Comme nous l'avons vu dans la première partie de ce travail, la philosophie de ces textes est restée inchangée depuis la Première guerre mondiale, ce qui, d'un point de vue criminalistique, renvoie à un autre temps, comme le dénoncent les Professeurs STEFAN MAEDER et CHRISTOF RIEDO¹⁵²⁹: «le droit pénal n'a [toujours] pas opéré sa métamorphose»¹⁵³⁰. Dès lors,

¹⁵²⁵ C. PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko*, op. cit., p. 304: «Was für Postkutsche und Eisenbahn gezeigt wurde, gilt für viele, wenn nicht alle Bereiche, in denen sich die Verhältnisse durch den Einsatz von Technik geändert haben».

¹⁵²⁶ *Ibid.*, p. 315: «[Galt lange die Regel, daß im Zuge der Technisierung] eine vergleichsweise kleine Sorglosigkeit vergleichsweise größeren Schaden anrichten konnte, weil «der Mensch seine eigenen Kräfte durch Naturkräfte potenziert», seine Fähigkeiten zu größerer Sorgfalt aber im gleichen Maßstab mitwachsen».

¹⁵²⁷ *Ibid.*: «Dann hat die Technisierung [jedenfalls in diesen Bereichen] inzwischen erreicht, daß die verwendeten Maschinen, fehlerfreundlicher' sind, also die nach wie vor auftretenden Sorglosigkeiten in weit höherem Maße auffangen, als dies noch vor Jahrzehnten der Fall war».

¹⁵²⁸ *Ibid.*: «Vergleichbare Abnahmen von Risiken wird man, bezogen auf die vergangenen zwei Jahrzehnte an vielen Stellen und besonders dort, wo die Technik im Alltagshandeln ihren festen Platz erobert hat».

¹⁵²⁹ S. MAEDER et C. RIEDO, «Die Benutzung automatisierter Motorfahrzeuge aus strafrechtlicher Sicht», Strassenverkehrsrechts-Tagung 21., dirigé par T. PROBST et F. WERRO, Stämpfli, 2016, p. 102.

¹⁵³⁰ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, Payot, Collection juridique romande, Lausanne, 1987, préface PH. GRAVEN.

les pénalistes suisses considèrent que, si les règles ne changent pas, il faut que leur interprétation se modifie, comme affirme GRAVEN¹⁵³¹, de manière à prendre directement en compte le risque dans la pensée doctrinale pour qu'apparaisse une « nouvelle réflexion sur les questions fondamentales de la dogmatique »¹⁵³² en matière de négligence.

C'est à cette fin qu'a été élaborée la théorie dite du « risque autorisé », également appelée figure juridique du risque autorisé (*Rechtsfigur des erlaubten Risikos*)¹⁵³³. Son objectif est « de veiller à ce que l'aspiration sécuritaire n'étouffe pas la reconnaissance du caractère légitime du risque, cela tout à la fois pour assurer la cohérence interne de l'ordre juridique et pour prévenir l'entropie de la société par le refus du risque lié à la recherche du progrès »¹⁵³⁴.

Elle se présente comme un moyen de défense contre l'accusation de négligence, que cette dernière découle d'une commission ou d'une omission si l'agent se trouvait en position de garant. Ce moyen de défense permet de dédouaner un agent de sa responsabilité pénale dès lors que son « comportement s'est situé dans le cadre du risque autorisé »¹⁵³⁵. Il convient alors de définir ce qu'il faut entendre par risque autorisé.

B La définition du risque autorisé

317. Définition

Ce n'est pas une tâche aisée que de définir abstraitement le risque autorisé (1), mais la doctrine a donné différents éléments qui permettent d'en saisir le principe (2).

1 Les difficultés de la définition

318. Absence de définition prétorienne

Si le risque autorisé n'est pas consacré dans le Code pénal suisse, l'expression de « risque autorisé » a été reconnue à plusieurs reprises par le Tribunal fédéral, ce qui lui a conféré une assise dans la réflexion juridique sur la négligence. Toutefois, dans la jurisprudence publiée, il existe peu de décisions dans lesquelles la théorie du risque autorisé est expressément présentée¹⁵³⁶. D'ailleurs, même lorsque c'est le

¹⁵³¹ *Ibid.*, p. 1.

¹⁵³² J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, thèse, Zurich, 1962, p. 17: « Eine Neuüberdenkung der damit im Zusammenhang stehenden dogmatischen Grundfragen ».

¹⁵³³ N. ZURKINDEN, « Strafrecht und selbstfahrende Autos », *op. cit.*, p. 152. Cette figure juridique se traduit par « permissible risk » en anglais. Voir A. PETRIG et N. ZURKINDEN, *Swiss criminal law*, Dike, 2015, p. 109.

¹⁵³⁴ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, *op. cit.*, p. 121.

¹⁵³⁵ N. ZURKINDEN, « Strafrecht und selbstfahrende Autos », *op. cit.*, p. 146: « wenn sich das Verhalten innerhalb eines erlaubten Risikos bewegt ».

¹⁵³⁶ Voir en particulier ATF 90 IV 8, ATF 116 IV 306, ATF 117 IV 58 ou encore ATF 134 IV 193.

cas, le Tribunal fédéral ne prend malheureusement pas le soin d'en définir précisément les contours et le contenu mais se contente au contraire de formulations incantatoires¹⁵³⁷.

Une telle reconnaissance laisse alors « beaucoup de variables ouvertes »¹⁵³⁸. Comme l'affirme le Professeur CORNELIUS PRITTWITZ, « la seule chose sur laquelle il n'est pas possible de débattre, c'est le fait que le phénomène a reçu une reconnaissance juridique »¹⁵³⁹, ce qui autorise à l'étudier scientifiquement.

Pour traiter du risque autorisé en droit suisse, il faut alors nécessairement se référer aux travaux de la doctrine.

319. Prémices d'une définition

Dans la littérature juridique helvétique, le risque autorisé est parfois présenté comme une idée intemporelle.

Certains auteurs considèrent que les prémices d'un risque autorisé étaient déjà présents au Moyen-âge central. Ainsi, BINDING¹⁵⁴⁰ voit dans la devise de la Hanse, grande ligue commerciale de la mer Baltique et de la mer du Nord, une première définition du risque autorisé. Cette devise dispose que: « *Navigare necesse est, vivere non necesse!* », ce qui signifie que « naviguer est nécessaire, alors que vivre ne l'est pas ». L'idée d'un risque autorisé renverrait ainsi aux nécessaires traversées de la mer qui se développaient alors pour le commerce.

Pourtant, c'est bien à partir de l'essor de l'industrie et du machinisme que la doctrine s'est véritablement attachée à définir ce qu'il fallait entendre par risque autorisé. La réflexion s'est alors « tout d'abord développée en Allemagne et en Autriche, puis plus tard également en Suisse »¹⁵⁴¹. C'est pour cette raison que, en droit suisse, la question du risque autorisé a été principalement envisagée et étudiée par les auteurs alémaniques et se trouve bien moins développée dans la littérature romande ou de langue italienne¹⁵⁴².

320. Difficulté à trouver une définition doctrinale

Cela dit, il faut bien reconnaître que, même dans la littérature alémanique, il n'est pas aisé de comprendre à quoi correspond exactement le risque autorisé, car il a rarement été

¹⁵³⁷ Pour un auteur qui fait le même constat, voir C. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, op. cit., p. 271.

¹⁵³⁸ N. ZURKINDEN, « Strafrecht und selbstfahrende Autos », op. cit., p. 152: « [Diese – zunächst hoffnungsfroh stimmende – Definition] lässt aber viele Variablen offen ».

¹⁵³⁹ C. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, op. cit., p. 267: « Worüber man nicht streiten kann, ist, dass das Phänomen an sich (...) rechtliche Anerkennung gefunden hat ».

¹⁵⁴⁰ K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Felix Meiner, vol. 4, 1919, p. 436.

¹⁵⁴¹ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 18: « [Die Lehre vom ER] hat sich zunächst in Deutschland und Österreich, später auch in der Schweiz entwickelt ».

¹⁵⁴² R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, op. cit., p. 21.

«transposé sous la forme d'un principe fondamental généralisable, ce qui peut étonner, dans la mesure où il était déjà enseigné dans la deuxième moitié du XIX^e siècle»¹⁵⁴³.

Selon MAYER, ce constat peut s'expliquer par le fait que «si [le risque autorisé est évident] en son principe, il reste difficile de le formuler précisément»¹⁵⁴⁴. Il présente en effet un caractère nébuleux, en raison tant de ses contours incertains¹⁵⁴⁵ que de son contenu parfois controversé¹⁵⁴⁶.

Force est de constater qu'aujourd'hui «il manque une définition abstraite déterminant ce que le risque autorisé décrit»¹⁵⁴⁷ exactement, ce qui en rend la présentation plus délicate.

2 Les éléments de la définition

321. Consensus doctrinal sur le principe du risque autorisé

S'il n'existe aucune définition figée, il est en revanche possible d'observer un large consensus dans la doctrine suisse sur le principe même de l'existence d'un risque autorisé¹⁵⁴⁸. Il peut être présenté de la manière suivante: «certaines activités dangereuses sont inévitables d'un point de vue économique ou sociétal et sont, par là-même, d'intérêt public, et ce alors même que l'expérience montre que, quelles que soit les précautions prises, ces activités entraînent des atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle»¹⁵⁴⁹.

¹⁵⁴³ N. ZURKINDEN, «Strafrecht und selbstfahrende Autos», *op. cit.*, p. 146: «[Dass die Rechtsfigur des erlaubten Risikos bisher nur wenig] in generalisierbare Grundsätze übertragen wurde, erstaunt, denn sie wurde bereits in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts (...) geprägt». Voir également N. CAPUS, «Wann ist riskantes Geschäften kriminell?», *Revue pénale suisse*, Stämpfli, tome 128, 2010, p. 275.

¹⁵⁴⁴ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, p. 26: «Nach Auffassung des Autors fehlt eine gesetzliche Regelung des ER, weil sein Prinzip an sich selbstverständlich, aber im Einzelnen schwer zu formulieren ist». Dans le même sens, voir H. MAYER, *Strafrecht: allgemeiner Teil*, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1953, p. 187.

¹⁵⁴⁵ La question s'est posée de savoir si la théorie du risque autorisé pouvait être invoquée en matière intentionnelle ou si elle devait être limitée à la négligence. Certains auteurs (H. MAYER, W. NIESE, F. SCHAFFSTEIN, A. SCHÖNKE, V. SCHWANDER, et H. WELZEL) admettent une telle extension du risque autorisé, en considérant que faire courir volontairement un risque naturel à quelqu'un dans l'espoir que sa réalisation conduise à son décès peut caractériser un risque non punissable qui empêcherait de retenir la qualification de meurtre. Pour ces auteurs, un risque autorisé serait par exemple caractérisé lorsqu'un neveu incite son oncle, dont il est l'héritier, à faire une promenade dans l'espoir que ce dernier périsse, frappé par la foudre, et que ce risque se réalise. Pour une étude du risque autorisé en matière intentionnelle, voir J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, p. 72 à 101.

¹⁵⁴⁶ C. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, *op. cit.*, p. 267.

¹⁵⁴⁷ N. ZURKINDEN, «Strafrecht und selbstfahrende Autos», *op. cit.*, p. 146: «Allerdings fehlt eine abstrakte Definition dessen, was ein erlaubtes Risiko darstellt».

¹⁵⁴⁸ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, p. 45.

¹⁵⁴⁹ *Ibid.*: «Die Begründung kann dahingehend zusammengefasst werden, dass bestimmte gefährliche Tätigkeiten vom volkswirtschaftlichen oder allgemein sozialen Standpunkt aus unum-

La définition du risque autorisé n'est pas figée dans le temps mais a évolué selon les auteurs, chacun préférant insister sur tel ou tel aspect du risque autorisé, ce qui n'en facilite pas la synthèse. Aussi nous contenterons-nous d'en retracer les principales manifestations.

322. Prise en compte du risque statistique chez VON BAR

En 1871, le juriste allemand VON BAR a été le premier pénaliste à s'exprimer sur le risque autorisé¹⁵⁵⁰. Il présente le problème de la manière suivante: « Il y a certaines entreprises (*Gewerbebetriebe*) dangereuses mais nécessaires à la vie, pour lesquelles on peut statistiquement entrevoir qu'au fil des années, selon toute probabilité, un certain nombre de personnes perdront la vie et, parmi elles, pas uniquement celles qui auront volontairement pris part à ces entreprises. Est-ce que celui qui prend en charge une telle installation – une grande entreprise de gaz, un chemin de fer – est auteur des blessures qui surviennent par accident? Dans la mesure où de telles installations respectent bien toutes les normes de prudence et répondent à un besoin courant de nos vies, on ne peut même pas envisager de considérer que celui qui en est à l'origine a causé les accidents»¹⁵⁵¹.

Cette définition insiste sur la persistance du risque statistique durant l'exploitation de certaines installations nécessaires à la société, et ce malgré la bonne observation des règles de prudence et de sécurité qui les régissent. L'inévitabilité du risque résiduel justifierait que la réalisation de ce risque ne puisse pas être imputée à l'exploitant.

323. Principe d'intérêt social supérieur chez SCHMID

En 1937, SCHMID exprime pour la première fois en Suisse l'idée du risque autorisé, qu'il présente de la manière suivante: « L'État déclare autoriser, en raison de leur intérêt social, une multitude d'activités dangereuses qui peuvent très facilement causer une atteinte à un bien juridique. Tel est notamment le cas des moyens de transport, des opérations mécaniques, de l'utilisation des armes à feu, des opérations chirurgicales et du recours à l'anesthésie. La société a un beaucoup plus grand intérêt à ce que ces activités soient entreprises qu'à ce qu'elles ne le soient pas, même si elles comportent un certain risque. La raison d'une telle politique criminelle est donc le principe de l'in-

gänglich sind und daher im öffentlichen Interesse liegen, obschon sie erfahrungsgemäß trotz Anwendung aller Vorsicht immer wieder zu Schädigungen an Leib und Leben führen».

¹⁵⁵⁰ N. ZURKINDEN, « Strafrecht und selbstfahrende Autos », *op. cit.*, p. 146.

¹⁵⁵¹ C. L. VON BAR, *Die Lehre vom Kausalzusammenhange im Rechte besonders im Strafrechte*, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1871, p. 14: « *Es gibt ferner gewisse gefährliche, aber für das Leben notwendige Gewerbebetriebe, bei denen man statistisch wahrnehmen könnte, dass im Laufe einer Reihe von Jahren aller Wahrscheinlichkeit nach eine Anzahl Menschen, und zwar nicht nur solche, die freiwillig sich beim Betriebe beteiligen, das Leben verlieren. Ist, wer eine solche Anstalt anlegt (z.B. eine grosse Gasanstalt, eine Eisenbahn), Urheber der Verletzungen, welche durch irgendeinen Zufall daraus hervorgehen? Sofern solche Einrichtungen mit allen regelrechten Vorsichtsmaßregeln versehen, einem regelmäßigen Bedürfnisse unseres Lebens entsprechen, kann gar nicht davon die Rede sein, dass ihr Urheber auch die dadurch veranlassten Unglücksfälle verursacht habe».*

térêt prépondérant. La mise en œuvre normales de telles sources de danger s'avère donc licite dans la mesure où sont respectées les règles de prudence nécessaires à la préservation de toute atteinte au droit»¹⁵⁵².

Cet auteur insiste davantage sur l'intérêt social de l'activité dangereuse, qui doit être supérieur au fait de ne pas entreprendre une telle activité. Dans ce cas, le prise de risque serait justifiée, sous réserve, ici encore, du respect du devoir de prudence.

324. Considération d'une sphère d'activité utile chez REHBERG

Près d'un siècle après la première formulation du risque autorisé, REHBERG, juriste zurichois, consacre son travail de doctorat à un approfondissement doctrinal très important du risque autorisé et en propose, au tout début de sa monographie, une définition moyenne qui s'appuie sur la notion de «sphère d'activité» (*Tätigkeitskomplex*). Selon lui, «la théorie du risque autorisé signifie que l'auteur qui tue ou blesse un tiers à l'occasion d'une activité dangereuse dispose d'un motif spécial d'exclusion de la responsabilité pénale dès lors que l'acte en question appartient à une sphère d'activité autorisée par l'ordre juridique au regard de son utilité sociale d'après son objet, son but et ses moyens et que les mesures de prudence requises par le droit ont été appliquées lors de l'exécution de l'action»¹⁵⁵³.

Ces sphères d'activité correspondent à des ensembles utiles d'activités connexes qui présentent des moyens et des objectifs similaires¹⁵⁵⁴, comme par exemple, la sphère médicale. Le risque ne pourrait donc être autorisé que dans le cadre d'activités utiles, voire indispensables, à la collectivité. Ces activités présentent un «intérêt public»¹⁵⁵⁵, qui s'apprécie en se référant soit aux «intérêts vitaux socialement reconnus»¹⁵⁵⁶ soit

¹⁵⁵² V. SCHMID, *Das Delikt der Fahrlässigen Tötung, mit Berücksichtigung der Strassenverkehrsunfälle*, thèse, Zurich, 1937, p. 10 et s.: «[Denn] der Staat erklärt eine Unmenge von Tätigkeiten, die sehr leicht für die Verletzung eines Rechtsgutes kausal werden können, mit Rücksicht auf den sozialen Nutzen für erlaubt. Er gestattet beispielweise sämtliche Verkehrsmittel, überhaupt alle maschinellen Betriebe, der Gebrauch von Schusswaffen, chirurgische Eingriffe und die Anwendung der Narkose u.a.m. Die Allgemeinheit hat ein weit größeres Interesse an der Vornahme als am Unterbleiben dieser Handlungen mit maßvollem Risiko (...). Der rechtspolitische Grund ist somit das Prinzip des überwiegenden Interesses. Der normale Betrieb einer solchen Gefahrenquelle ist demnach rechtmäßig, unter der Bedingung allerdings, dass die nötigen Vorsichtsmaßregeln zur Verhütung von Rechtsverletzungen getroffen werden».

¹⁵⁵³ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 52: «Die Lehre vom ER besagt, dass dem Täter, der anlässlich einer gefährlichen Handlung einen Dritten tötet oder verletzt, ein besonderer Strafausschlussgrund zur Verfügung steht, wenn die betreffende Handlung nach Subjekt, Ziel und Mitteln einem im Hinblick auf seinen sozialen Nutzen durch die Rechtsordnung gestatteten Tätigkeitskomplex angehört und bei ihrem Vollzug die rechtlich geforderten Vorsichtsmaßnahmen vorgekehrt wurden».

¹⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 44.

¹⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 209: «ein öffentliches Interesse».

¹⁵⁵⁶ C. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, op. cit., p. 273: «die lebensnotwendigen Interessen die sozial anerkannt».

aux «intérêts socialement communs»¹⁵⁵⁷, comme c'est le cas de la construction d'un barrage ou de la conduite automobile¹⁵⁵⁸.

325. Approche sociologique du risque autorisé chez PERROW

Enfin, la doctrine suisse se réfère parfois à PERROW pour donner une explication sociologique au risque autorisé. Cet auteur indique que «les gouvernements et les grandes compagnies privées déclarent prioritaires certains objectifs, tels que la production d'énergie, l'industrie chimique ou la puissance militaire à l'échelle du globe. Selon lui, les élites savent, en se basant sur leur expérience pratique, que la réalisation de tels ensembles d'objectifs ne peut se concevoir sans un risque intrinsèque de catastrophe mais, comme ils savent également que ce risque se réalise rarement, ils acceptent de le prendre»¹⁵⁵⁹.

Selon lui, c'est donc pour parvenir à des objectifs considérés comme prioritaires qu'un certain risque doit être autorisé, à condition que celui-ci ne soit pas trop élevé.

326. Synthèse de ces différentes approches

De ces définitions, il ressort trois éléments qui peuvent être considérés comme fondamentaux pour définir le risque autorisé.

Tout d'abord, le risque ne peut être autorisé que s'il se rapporte à une activité indispensable, nécessaire, voire simplement utile au bon fonctionnement ou l'amélioration du fonctionnement de la vie en société. A cet égard, il est possible de remarquer un élargissement de cette condition chez ces auteurs, les premiers visant seulement ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie courante ou encore ce qui constitue une nécessité sociale, alors que les derniers visent plus généralement les intérêts socialement communs ou les objectifs prioritaires. Néanmoins, même lorsque le risque est utile, il peut causer une atteinte de très grande ampleur quand il se réalise. Tel est par exemple le cas lorsque survient une catastrophe aérienne, un feu dans une usine chimique ou un accident sur un chantier¹⁵⁶⁰. Dans ces hypothèses, l'atteinte concerne alors non seulement les biens juridiques de «l'acteur principal [de l'activité], mais aussi [ceux de] son entourage immédiat, voire [de] l'ensemble des membres de la communauté»¹⁵⁶¹.

¹⁵⁵⁷ *Ibid.*, p. 273 : «die sozial üblichen [Interessen]».

¹⁵⁵⁸ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, Stämpfli, 2^e édition mise à jour par B. STRÄULI, 1995, p. 161 et 162.

¹⁵⁵⁹ C. PERROW, *Normale Katastrophen: Die unvermeidbaren Risiken der Großtechnik*, Campus Verlag, 1989, p. 2 : «Regierungen und große Privatunternehmen räumen Zielen wie denen der Energieerzeugung, der chemischen Produktion oder der militärischen Herrschaft im Weltraum einen besonderen Vorrang ein. Die Eliten <wissen> aufgrund praktischer Erfahrung, dass sie zur Verwirklichung dieser Ziele Systeme mit einem immanent Katastrophenpotential errichten, aber da es relativ selten auch wirklich zu Katastrophen kommt, gehen sie das Risiko ein».

¹⁵⁶⁰ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 161 et 162.

¹⁵⁶¹ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, *op. cit.*, p. 14.

C'est pour cette raison que le risque doit, ensuite, être encadré. Il ne peut être autorisé que si toutes les mesures de prudence et de sécurité ont bien été respectées. Cela permet une réduction du risque, de telle sorte que, s'il venait à se réaliser, ses conséquences soient les plus limitées possibles. Lorsque ces conditions sont remplies, seul un risque résiduel (*Restrisiko*) subsiste, c'est-à-dire un risque statistiquement inévitable, car il a été réduit à sa plus petite part de manière socialement adéquate¹⁵⁶². La survenance d'un tel risque ne peut alors être écartée qu'en interdisant les activités concernées, ce qui n'est pas souhaitable.

En conséquence, et c'est là le dernier élément, il faut que l'« intérêt social » de l'action effectuée « l'emporte sur [sa] nocivité potentielle »¹⁵⁶³. C'est une condition de proportionnalité. Lorsque cette condition est remplie, le risque doit alors être autorisé, de telle sorte que s'il se réalise, la responsabilité de son auteur ne peut en principe plus être engagée.

Là est toute l'idée du risque autorisé : quand ces éléments sont réunis, les activités dangereuses peuvent être entreprises sans que les atteintes qu'elles génèrent ne soient en elles-mêmes considérées comme « contraires au droit, [car] le comportement a été entrepris de la manière dont il devait l'être »¹⁵⁶⁴, c'est-à-dire conformément aux règles de l'ordre juridique¹⁵⁶⁵. C'est alors à la victime de supporter le dommage et ce sans compensation sur le plan pénal, en ce qu'elle subit « un risque <normal> de la vie quotidienne »¹⁵⁶⁶, au même titre qu'une catastrophe naturelle par exemple.

L'idée d'un risque autorisé s'appuie sur différents fondements qu'il convient à présent d'examiner.

II Les fondements du risque autorisé

327. Fondements

Le risque autorisé est lié au besoin naturel de trouver une explication à l'absence de répression lorsque le risque découlant de certaines activités, notamment industrielles, se réalise, alors que l'activité en cause était utile pour la société. Cette théorie se fonde

¹⁵⁶² M. JEAN-RICHART-DIT-BRESSEL, *Strafrecht in a nutshell*, Dike, Zurich, 2015, p. 63 et N. ZURKINDEN, « Strafrecht und selbstfahrende Autos », *op. cit.*, p. 147.

¹⁵⁶³ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 162.

¹⁵⁶⁴ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, p. 46 et 47 : « (...) ohne dass die Verletzung selbst rechtswidrig wäre, da die Handlung so vorgenommen worden ist, wie sie vorgenommen werden dürfte ».

¹⁵⁶⁵ *Ibid.*, p. 209.

¹⁵⁶⁶ S. GLESS, E. SILVERMAN et T. WEIGEND, « If robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability », *op. cit.*, p. 18 : « a <normal> risk of daily life ».

en particulier sur deux grands principes du droit pénal suisse: le principe d'adéquation sociale (A) et celui d'autolimitation du droit pénal (B).

A L'adéquation sociale

328. Principe de l'adéquation sociale

Le principe de l'adéquation sociale, dont l'origine est généralement attribuée à WELZEL¹⁵⁶⁷, reconnaît comme essentielle «la préoccupation de réaliser l'adéquation du droit pénal aux réalités [et] détermine, en amont de l'intervention du juge, la décision de criminaliser [un comportement] prise par le législateur»¹⁵⁶⁸. Il joue ensuite un rôle au stade de l'interprétation des incriminations, qui ne peut se concevoir «sans un renvoi au contexte social dans lequel l'infraction présumée a été commise»¹⁵⁶⁹.

Quel que soit le stade, l'adéquation sociale peut être considérée comme un filtre qui permet de prendre en compte le contexte social afin de limiter l'intervention du droit répressif lorsque les activités concernées «s'inscrivent dans le cadre de l'ordre social d'un peuple, tel qu'hérité de l'histoire»¹⁵⁷⁰. Au stade de l'interprétation, le juge peut se rendre compte que «la formulation des incriminations couvre également des comportements qui sont dans l'ensemble socialement admis ou tolérés. Tel est le cas lorsqu'une action incriminée s'inscrit parfaitement dans le cadre de l'évolution historique de l'ordre social et éthique et peut dès lors être considérée comme étant autorisée de fait»¹⁵⁷¹.

Le Professeur FRANZ RIKLIN illustre cela en visant «des façons de se comporter quotidiennes et généralement acceptées, même si elles rentrent formellement dans le cadre de l'incrimination»¹⁵⁷². Par exemple, l'expression de faits diffamatoires à propos d'un tiers dans le cercle familial restreint n'est pas de la diffamation¹⁵⁷³; les petits

¹⁵⁶⁷ H. WELZEL, «Studien zum System des Strafrechts», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1939, vol. 58.

¹⁵⁶⁸ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁵⁶⁹ *Ibid.*

¹⁵⁷⁰ N. ZURKINDEN, «Strafrecht und selbstfahrende Autos», *op. cit.*, p. 147: «Tätigkeiten, die sich in der geschichtlich gewordenen Ordnung des sozialen Lebens eines Volkes bewegen». Dans ce sens, voir également M. R. HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips im Strassenverkehr und für das Fahrlässigkeitsdelikt*, thèse, Zurich, 1996, p. 67.

¹⁵⁷¹ F. RIKLIN, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Verbrechenslehre*, Schulthess Juristische Medien, 3^e édition, 2007, p. 172: «der Wortlaut der Tatbestände erfasst auch Verhaltensweisen, die sozial allgemein akzeptiert oder toleriert sind. Dies ist dann der Fall, wenn sich eine tatbestandsmässige Handlung völlig innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewachsenen soziaethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens abspielt und deshalb als Gewohnheitsrecht erlaubt gilt».

¹⁵⁷² *Ibid.*: «[Zu denken ist an] alltägliche und allgemeingübliche Verhaltensweisen, auch wenn sie formell tatbestandsmässig sind».

¹⁵⁷³ Voir cependant ATF 145 IV 462.

cadeaux habituellement faits au postier pour le jour de l'an ne sont pas des pots de vin¹⁵⁷⁴; lorsque le tramway continue sa route contre la volonté d'un passager qui voudrait descendre entre deux arrêts, le conducteur ne commet aucune séquestration¹⁵⁷⁵; ou encore les bousculades qui surviennent dans une file d'attente à un téléski ne tombent pas sous le coup de l'article 126 relatif aux voies de fait¹⁵⁷⁶ car ces contacts corporels n'excèdent pas la mesure coutumière et socialement tolérée¹⁵⁷⁷.

A l'instar du risque autorisé, l'adéquation sociale est néanmoins souvent critiquée en raison de son caractère vague et du fait qu'elle «ne bénéficie pas d'une insertion normative»¹⁵⁷⁸. C'est d'ailleurs là une des critiques des pénalistes français – cette notion est étrangère au droit français – qui y voient «une de ces notions de philosophie du droit d'un maniement difficile»¹⁵⁷⁹.

Attention toutefois, prévient le Professeur ROBERT ROTH, l'adéquation sociale est bien une notion juridique et non purement sociologique: «elle n'est pas un sismographe des habitudes sociales les plus répandues; le juge n'est pas invité à se transformer en un statisticien chargé d'enregistrer les comportements sociaux et leurs transformations et d'appliquer la loi pénale conformément aux enseignements de cette recherche»¹⁵⁸⁰. Il s'agit pour le juge de «filtrer les transformations sociales de manière à les intégrer pour elles-mêmes – d'où l'autonomie de la notion – dans un raisonnement pénal respectueux des canons traditionnels. C'est ce filtre, et non l'origine des données, que le juge pénal est invité à prendre en compte, qui est juridique plutôt que sociologique»¹⁵⁸¹.

329. Relation entre adéquation sociale et risque autorisé

Dans la théorie du risque autorisé, l'angle sociétal est central. Certains «risques courants de la vie ne dépassant pas un niveau normal»¹⁵⁸² seraient socialement adéquats car ils se situent «dans le cadre de l'ordre social et éthique de la vie en société tel qu'hérité de l'Histoire»¹⁵⁸³. C'est bien l'adéquation sociale (*sozialadäquanz*) qui permet d'affirmer «qu'il n'est de toute façon pas possible d'interdire de créer un danger

¹⁵⁷⁴ Dans ce sens, voir l'art. 322^{decies} al. 1 ph. 2 du CPS.

¹⁵⁷⁵ F. RIKLIN, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Verbrechenlehre*, op. cit., p. 172.

¹⁵⁷⁶ Sur la distinction entre lésions corporelles simples et voies de fait, voir ATF 134 IV 189; ATF 119 IV 25 et ATF 117 IV 14.

¹⁵⁷⁷ G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I – die Straftat*, Stämpfli, 4^e édition, 2011, p. 70: l'auteur emploie l'expression de langue allemande «*das übliche eine gesellschaftlich geduldete Mass*».

¹⁵⁷⁸ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, op. cit., p. 11.

¹⁵⁷⁹ C'est en tout cas le regard du Prof. R. ROTH sur la doctrine française. *Ibid.*, p. 22.

¹⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 12.

¹⁵⁸¹ *Ibid.*

¹⁵⁸² G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, op. cit., p. 170: «*Allgemeine Lebensrisiken normaler Höhe*».

¹⁵⁸³ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 27: «*innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozial-ethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens*».

pour autrui, dès lors que celui-ci fait partie des risques habituels de la vie. La seule chose que l'on puisse exiger, c'est un minimum de diligence et d'attention»¹⁵⁸⁴.

L'adéquation sociale et le risque autorisé sont donc des notions voisines¹⁵⁸⁵. WELZEL¹⁵⁸⁶ met l'accent sur l'importance du lien entre elles en traitant « du risque autorisé dans le cadre de sa théorie sur l'adéquation sociale »¹⁵⁸⁷. Il explique que « le comportement socialement adéquat peut ou non être dangereux et que seuls les comportements socialement adéquats dangereux présenteraient un lien avec le risque autorisé »¹⁵⁸⁸. Le risque autorisé est ainsi appréhendé comme une « sous-catégorie »¹⁵⁸⁹ de l'adéquation sociale: dans le cadre du terme générique de l'adéquation sociale, certains ensembles d'activités sont régis par le risque autorisé – parmi lesquels se trouvent les exemples habituels tels que le chemin de fer et l'usine à gaz¹⁵⁹⁰.

Le Professeur ROBERT ROTH¹⁵⁹¹ propose un modèle un peu différent du lien existant entre ces deux notions et opère une « gradation » qui met en évidence « la progression qui conduit » de l'adéquation sociale au risque autorisé. Selon lui, « les notions d'adéquation sociale et de risque autorisé se distinguent par le degré d'illicéité de l'action ». Après avoir écarté les hypothèses des infractions intentionnelles, dans lesquelles l'adéquation sociale peut jouer un rôle autonome – diffamation, corruption, séquestration –, il avance une seconde acception de l'adéquation sociale, spécifique aux activités à risque, dans laquelle l'adéquation sociale n'est plus en elle-même « nécessaire et suffisante » mais se transforme en une « condition nécessaire mais insuffisante de la mise en œuvre du risque autorisé ». L'adéquation sociale devient alors le « premier palier du risque autorisé »¹⁵⁹². Le second palier exige quant à lui, en plus de

¹⁵⁸⁴ G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, op. cit., p. 171: « [Zum anderen ist mit dem Stichwort der Sozialadäquanz immer auch der Gedanke verbunden worden], dass sich ohnehin nicht jede über das allgemeine Lebensrisiko hinausgehende Gefährdung anderer verbieten lässt, sondern nur die Einhaltung eines bestimmten Mindestmaßes an Sorgfalt und Rücksichtnahme gefordert werden kann ».

¹⁵⁸⁵ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, op. cit., p. 13.

¹⁵⁸⁶ Voir H. WELZEL, « Studien zum System des Strafrechts », op. cit., p. 518; H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht: in seinen Grundzügen*, De Gruyter, 1947, p. 35 et s. et 82 et s.; H. WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte: Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte*, Karlsruhe, 1961.

¹⁵⁸⁷ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 26: « [Welzel behandelt] das ER im Rahmen seiner Lehre von der « Sozialen Adäquanz ».

¹⁵⁸⁸ C. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, op. cit., p. 291 et 292: « [Das kann man damit erklären,] dass sozialadäquates Verhalten sowohl gefährlich als auch ungefährlich sein kann, und nur das gefährliche sozialadäquate Verhalten eine Beziehung zum erlaubten Risiko aufweist ».

¹⁵⁸⁹ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 27: « Unterfall der sozialadäquaten Gefährdung ».

¹⁵⁹⁰ C. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, op. cit., p. 292.

¹⁵⁹¹ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, op. cit., p. 14 à 16.

¹⁵⁹² *Ibid.*, p. 105.

l'adéquation sociale du comportement, l'existence d'une « armature normative »¹⁵⁹³, qui se détermine notamment au regard des normes extra-pénales. Ces deux paliers caractériseraient ensemble le risque autorisé¹⁵⁹⁴.

Quelle que soit la nature de la relation retenue entre ces deux notions, il apparaît que la pensée du risque autorisé trouve un fondement solide dans le principe d'adéquation. Outre ce principe, le risque autorisé se fonde sur la nécessité d'une autolimitation du droit pénal.

B L'autolimitation du droit pénal

330. Autolimitation

Dans tous les domaines qu'il a à connaître, le droit pénal doit limiter son intervention. Il doit préserver la liberté d'action en n'intervenant qu'en *ultima ratio*. Le risque autorisé permet une telle autolimitation du droit pénal.

331. Liberté d'action

Le principe d'autolimitation du droit pénal s'explique notamment par la nécessité pour le droit pénal de ne pas porter atteinte au droit à la liberté d'action des individus, qui est un droit protégé par l'ordre constitutionnel¹⁵⁹⁵. En effet, la liberté d'action (*Betätigungsfreiheit*) découle du droit à la liberté personnelle et de mouvement, consacré à l'article 10 de la Constitution suisse¹⁵⁹⁶.

REHBERG définit la liberté d'action comme le principe selon lequel l'individu peut agir « le plus librement possible, c'est-à-dire qu'il a le droit de viser les objectifs de son choix en ayant recours aux moyens de son choix sans s'exposer à des sanctions pénales pour ce seul motif »¹⁵⁹⁷. Il peut donc utiliser « ses biens à sa propre discrétion et exploiter la capacité que la nature lui a donnée pour actionner sa volonté dans toutes les directions »¹⁵⁹⁸.

Selon GRAVEN, cette liberté se fonde sur le fait que « dans une société libérale, les citoyennes et les citoyens doivent pouvoir déterminer eux-mêmes [leurs] lignes de

¹⁵⁹³ *Ibid.*, p. 16.

¹⁵⁹⁴ *Ibid.*

¹⁵⁹⁵ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 213.

¹⁵⁹⁶ Art. 10. 2 de la Constitution suisse: « Tout être humain a droit à la liberté personnelle, notamment à l'intégrité physique et psychique et à la liberté de mouvement ».

¹⁵⁹⁷ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 192: « [Einerseits fordert der primäre Gesichtspunkt der Betätigungsfreiheit allgemein], daß der Einzelne möglichst frei handeln, d.h. beliebige Ziele mit beliebigen Mitteln anstreben sollen darf, ohne dabei strafrechtlichen Sanktionen ausgesetzt zu sein ».

¹⁵⁹⁸ *Ibid.*, p. 213: « Der Bürger ist befugt, mit seinem Eigentum nach freiem Ennessen zu schalten und die ihm von der Natur verliehene Fähigkeit zur Betätigung seines Willens nach allen Richtungen auszunutzen ».

conduite»¹⁵⁹⁹. Ne pas la reconnaître reviendrait à ériger en principe le fait que «le silence et l'inactivité absolues sont le premier devoir du citoyen»¹⁶⁰⁰.

En raison de la liberté d'action, il n'y a pas en droit suisse d'interdit général de tout comportement dangereux¹⁶⁰¹ mais il y a au contraire, en quelque sorte, une autorisation de principe à entreprendre toutes sortes d'activités, même celles présentant un risque.

Toutefois, il existe bien évidemment des «restrictions policières pour la sécurité publique, l'ordre public et la moralité publique»¹⁶⁰² qui limitent cette liberté. Ce sont notamment ces limites que la théorie du risque autorisé cherche à déterminer, en mettant en balance l'exercice de la liberté d'action avec la nécessaire protection de l'intégrité corporelle et de la vie. Ce faisant, la théorie du risque autorisé doit permettre à la liberté d'action d'être la moins restreinte possible, tout en assurant la meilleure protection pénale aux biens juridiques protégés par l'incrimination des infractions de négligence.

332. *Ultima ratio*

Par ailleurs, le prononcé d'une condamnation pénale conduit à l'infliction d'une peine. La peine est «à maints égards la plus radicale des sanctions de par son caractère stigmatisant»¹⁶⁰³. C'est la raison pour laquelle elle «doit être *l'ultima ratio* permettant d'imposer des règles essentielles dans notre société»¹⁶⁰⁴, c'est-à-dire le dernier recours.

L'*ultima ratio* est un «principe transcendant à la lumière duquel s'examine toute interprétation extensive, quand bien même elle ne dépasserait pas les bornes fixées par l'article 1»¹⁶⁰⁵ du Code pénal suisse relatif au principe de la légalité criminelle, y compris en matière de négligence.

Ce principe s'explique par le fait que la peine «ne fait pas cavalier seul dans l'ordre juridique»¹⁶⁰⁶. Elle constitue un «élément d'une stratégie globale de sauvegarde des intérêts individuels et collectifs»¹⁶⁰⁷. «Si d'autres voies et moyens permettent, à eux

¹⁵⁹⁹ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, op. cit., p. 9.

¹⁶⁰⁰ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 53: «[Der Staat muss diesem Umstand Rechnung tragen, wenn er nicht dem Grundsatz] Absolute Ruhe und Untätigkeit ist die erste Bürgerpflicht huldigen, [d.h. die Betätigungsfreiheit aufheben will]».

¹⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 213.

¹⁶⁰² *Ibid.*: «Die Betätigungsfreiheit wird allerdings wie jedes Freiheitsrecht nur unter dem Vorbehalt der polizeilichen Beschränkungen zum Schutze der öffentlichen Sicherheit, Ruhe und Sittlichkeit gewährleistet».

¹⁶⁰³ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, op. cit., p. 9.

¹⁶⁰⁴ S. GLESS, «Strafrechtliche Produkthaftung», op. cit., p. 232: «Strafe sollte als *ultima ratio* unerlässliche Regeln der Gemeinschaft durchsetzen».

¹⁶⁰⁵ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, op. cit., p. 52.

¹⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 9.

¹⁶⁰⁷ *Ibid.*

seuls, d'atteindre l'objectif visé à des conditions moins désavantageuses»¹⁶⁰⁸, ces voies devront être privilégiées à la voie pénale. Pour cela, il est nécessaire de prendre en considération les «boucliers extra-pénaux»¹⁶⁰⁹ dont sont déjà munis les biens juridiques dans les autres branches du droit: « les droits civil, administratif ou disciplinaire édictent en effet eux aussi des obligations et des interdictions dont la violation est source de désagréments, et ils assurent donc eux aussi, par des moyens et à des degrés divers, cette défense des intérêts légitimes de l'individu et de la collectivité dont le droit pénal est chargé de son côté»¹⁶¹⁰. Ainsi, cette «législation extra-pénale renferme des épées de Damoclès non moins tranchantes et que retiennent des fils souvent plus ténus: les dommages-intérêts payés à la personne lésée sont généralement bien plus élevés que l'amende versée à l'État, et nombre de sanctions administratives ou disciplinaires (retrait de concession, fermeture d'établissement, interdiction professionnelle, révocation, etc.) peuvent toucher l'intéressé (...) de façon plus pénible et plus durable qu'une peine privative de liberté»¹⁶¹¹. Le traitement en dehors du champ pénal des petites erreurs et maladroites commises dans l'exercice d'actions à risque permet ainsi de reconnaître à ces ordres juridiques extra-pénaux le pouvoir de traiter les petites négligences, dans leur domaine de réglementation¹⁶¹².

Ce n'est donc qu'à titre d'*ultima ratio* que le droit pénal doit intervenir, notamment en matière de négligence. Dans les domaines à risque, les lois pénales sont finalement «moins une espèce particulière de loi que la sanction de toutes les autres»¹⁶¹³. Elles jouent un «rôle auxiliaire de gendarme du droit»¹⁶¹⁴ en ce qu'elles interviennent subsidiairement, c'est-à-dire lorsque la seule force du système régulateur de l'ordre juridique concerné ne suffit plus à garantir la pérennité de l'ordre social.

Lorsqu'une peine est prononcée, elle doit pouvoir poursuivre les objectifs de rétribution, de prévention spéciale et de prévention générale. C'est également pour cette raison que la menace d'une peine ne doit intervenir qu'à titre d'*ultima ratio*. A défaut, plus rien ne semblerait criminel et la protection pénale n'aurait plus de portée particulièrement dissuasive¹⁶¹⁵. «Pour ce motif, la protection pénale ne peut pas être tentaculaire. (...) Le législateur doit limiter les barrières régissant le comportement du citoyen à un minimum indispensable pour que les gens puissent vivre dans un monde d'ordre et de paix»¹⁶¹⁶.

¹⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 10.

¹⁶⁰⁹ *Ibid.*

¹⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 4 et 5.

¹⁶¹¹ *Ibid.*, p. 6.

¹⁶¹² R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, *op. cit.*, p. 110.

¹⁶¹³ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou Principes du droit*, Marc-Michel Rey, 1762, p. 119.

¹⁶¹⁴ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 5.

¹⁶¹⁵ *Ibid.*, p. 9.

¹⁶¹⁶ *Ibid.*

C'est cet objectif que la théorie du risque autorisé cherche à remplir en matière de négligence, pour que la peine y conserve également une portée préventive. Si la peine est automatique en cas d'accident de la circulation, alors «l'automobiliste se dira par exemple qu'il n'est jamais à l'abri d'une punition pour négligence, et la peine perdra ainsi la valeur de prévention générale qui fait sa force»¹⁶¹⁷.

La théorie du risque autorisé participe à fixer l'*ultima ratio* de l'intervention du droit pénal dans ces hypothèses et permet à la doctrine de restreindre le champ de la responsabilité pénale aux seuls cas où il existe une culpabilité véritable, afin de préserver le sens de la peine.

333. Conclusion de la section 1

Le risque autorisé est une notion doctrinale dont il est difficile de déterminer le point de départ historique. Les pénalistes reconnaissent toutefois que l'ère industrielle a été un terrain particulièrement fertile à son développement car elle a mis en évidence la nécessité pour le droit pénal de prendre en considération le paradoxe selon lequel l'augmentation de l'ampleur d'un risque dans le cas concret pouvait conduire à une plus grande sécurité pour les individus en général. Désormais, le principe du risque autorisé est largement admis par la doctrine et bénéficie même d'une reconnaissance jurisprudentielle certes assez sommaire.

Cette théorie vise à encadrer et à limiter la responsabilité pénale de celui qui crée un risque au cours d'une action appartenant à une sphère d'activité utile. Parce que la réalisation d'un risque est statistiquement inéluctable dans certains domaines d'activité, ce risque doit être toléré par l'ordre pénal en ne dépassant pas le seuil de la répression, dès lors qu'il a été diligemment ramené à sa part résiduelle.

Le risque autorisé se présente finalement sous la forme d'un cadre malléable qui accompagne les développements de la société et le progrès technologique. Il permet au droit pénal d'adapter d'une manière socialement adéquate son intervention aux métamorphoses du risque dans la société. Il s'assure aussi que les condamnations pénales ne sont infligées qu'à titre d'*ultima ratio*, afin notamment que soit préservée la liberté d'action garantie par l'ordre constitutionnel, même en cas d'action risquée.

Pour mieux comprendre le fonctionnement du risque autorisé, il convient désormais de déterminer où il se positionne au sein de la structure de l'infraction telle qu'elle a été identifiée dans la première partie de cet ouvrage¹⁶¹⁸.

¹⁶¹⁷ G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, op. cit., p. 507: «[Geht sie darüber hinaus, muss] sich etwa noch der gewissenhafteste Automobilist sagen, dass er vor einer Fahrlässigkeitsbestrafung niemals sicher ist, so verliert die Strafe ihre generalpräventive Eindruckskraft».

¹⁶¹⁸ Voir 1^{re} partie, titre 1, chapitre 1, section 1, I: La place de la non-intention dans la structure de l'infraction, n° 68 et s.

Section 2 La place du risque autorisé dans la structure de l'infraction

334. Emplacement du risque autorisé

La doctrine admet que le risque autorisé conduit à exclure la responsabilité pénale en raison de l'absence de l'un des éléments de l'infraction punissable: typicité, illicéité ou culpabilité (*Schuld*)¹⁶¹⁹. Pour comprendre ce mécanisme, il est donc nécessaire de déterminer à quelle étape opère le risque autorisé. A la lecture de la doctrine, il apparaît que ce point suscite un grand malaise parmi les auteurs; il semble qu'il n'y ait pas un seul emplacement de l'infraction qui n'ait été envisagé¹⁶²⁰: « aucun élément de l'infraction n'a été épargné »¹⁶²¹ déclare le Professeur CORNELIUS PRITTWITZ, en raison des nombreuses tentatives des sciences criminelles pour situer le risque autorisé dans la structure de l'infraction¹⁶²². La diversité des hypothèses finit par irriter car il est rare que deux auteurs traitent la question de la même manière¹⁶²³.

Dans ce contexte, quelle est véritablement la place du risque autorisé dans la structure de l'infraction et quelles sont les implications de ce choix? En l'absence de solution tranchée, il convient d'examiner avec attention les différents arguments avancés par les auteurs, afin d'esquisser un positionnement cohérent pour le risque autorisé au sein de la structure dogmatique de l'infraction.

335. Diversité des positions

Pour certains, le risque autorisé, en tant que moyen de défense, doit être compris comme une cause d'exclusion de la punissabilité¹⁶²⁴ (I). Pour d'autres à l'inverse, il permet d'établir l'atypicité d'un comportement (II).

I Le risque autorisé comme cause d'exclusion de la punissabilité

336. Exclusion de la punissabilité

Considérer le risque autorisé comme une cause d'exclusion de la punissabilité revient à envisager deux hypothèses: soit le risque autorisé renverse le verdict d'illicéité et

¹⁶¹⁹ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 43.

¹⁶²⁰ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, op. cit., p. 44.

¹⁶²¹ C. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, op. cit., p. 275: « Kein Verbrechensmerkmal i.w.S. sei verschont worden ».

¹⁶²² *Ibid.*

¹⁶²³ *Ibid.*, p. 278.

¹⁶²⁴ Nous avons retenu l'expression « cause d'exclusion de la punissabilité » plutôt que de la « responsabilité » car, dans la terminologie suisse romande, les causes d'exclusion de la responsabilité sont parfois associées aux causes d'exclusion de la culpabilité (*Schuld*), c'est-à-dire aux seules causes de non-imputabilité.

emprunte ainsi le mécanisme du fait justificatif (A), soit il empêche la responsabilité pour l'infraction et s'apparente alors à une cause subjective de non-imputabilité (B).

A Le risque autorisé comme fait justificatif

337. Hypothèse du fait justificatif

L'ordre juridique reconnaît avec les faits justificatifs (*Rechtfertigungsgrund*) l'existence de normes de permission qui se présentent comme de véritables «contre-qualifications du type»¹⁶²⁵, c'est-à-dire comme des types (*Tatbestand*) définissant un comportement autorisé. En d'autres termes, il s'agit d'une «typicité de la justification»¹⁶²⁶, par opposition à la typicité d'incrimination. Ils caractérisent un mécanisme d'exception qui vient ponctuellement écarter l'illicéité d'un comportement contraire à une norme d'interdiction: l'auteur commet effectivement un comportement typique interdit mais, lorsqu'un fait justificatif est caractérisé, il permet de renverser l'illicéité présumée, de manière à rendre ce comportement conforme à l'ordre juridique¹⁶²⁷. Le fait justificatif constitue donc une exception à l'exception, puisque l'incrimination constitue déjà une exception à la liberté générale d'agir en ce qu'elle édicte une interdiction, à laquelle le fait justificatif autorise de déroger lorsqu'il est caractérisé¹⁶²⁸.

Certains auteurs, à l'instar de DOHNA¹⁶²⁹, MAYER¹⁶³⁰, NOLL¹⁶³¹ et le Professeur ROBERT ROTH¹⁶³² classent le risque autorisé parmi les faits justificatifs et l'étudient au stade de l'illicéité. «Un [tel] positionnement a certainement été favorisé par l'expression de «risque autorisé», qui n'est nullement neutre du point de vue de la systématique pénale»¹⁶³³ et invite à réaliser un parallèle avec le mécanisme d'autorisation des faits justificatifs. Il s'agirait par conséquent de considérer que le comportement dont le risque s'est réalisé est typique – puisque le risque était prévisible et pouvait être évité

¹⁶²⁵ J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, thèse, Nancy, 2003, p. 228.

¹⁶²⁶ *Ibid.*

¹⁶²⁷ *Ibid.*

¹⁶²⁸ *Ibid.*

¹⁶²⁹ A. DOHNA, «Zum neuesten Stand der Schuldlehre», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1911, p. 327, note en bas de page 10.

¹⁶³⁰ H. MAYER, *Strafrecht: allgemeiner Teil*, *op. cit.*, p. 187.

¹⁶³¹ P. NOLL, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besondern die Einwilligung des Verletzten*, vol. 10, Verlag für Recht und Gesellschaft, Bâle, 1955, p. 14 et 51.

¹⁶³² R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, *op. cit.*, p. 25. Voir également les premiers écrits de K. ENGISCH tels que *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Scientia, Aalen, 1964, p. 285 et s.

¹⁶³³ C. PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko*, *op. cit.*, p. 276: «[Rechtswidrigkeit behandelt wurde], eine Einordnung, die von der verbrechenssystematisch keineswegs neutralen Bezeichnung, «erlaubtes Risiko» sicher begünstigt wurde».

en s'abstenant de réaliser l'activité en question – mais pourrait néanmoins être justifié par la figure du risque autorisé au stade de l'examen de l'illicéité¹⁶³⁴.

338. Vérification de l'hypothèse

Pour vérifier la crédibilité de cette hypothèse, il convient d'abord de vérifier si le risque autorisé peut être assimilé à un fait justificatif légal (1), avant d'examiner la possibilité qu'il constitue un fait justificatif extra-légal (2).

1 Les faits justificatifs légaux

339. Faits justificatifs prévus par le Code pénal suisse

Le Code pénal suisse reconnaît trois faits justificatifs principaux : les actes autorisés par la loi (article 14), la légitime défense (article 15) et l'état de nécessité licite (article 17). Il est possible d'écarter rapidement la légitime défense dans la mesure où, dans le cadre du risque autorisé, celui qui crée un risque agit non pas pour parer une attaque, comme le suppose la notion de légitime défense, mais pour obtenir un avantage. Il faut en revanche s'intéresser plus précisément aux actes autorisés par la loi et à l'état de nécessité, afin de déterminer si le risque autorisé pourrait constituer une sous-catégorie de l'un de ces motifs de justification.

340. Actes autorisés par la loi

La notion d'actes autorisés par la loi est définie à l'article 14 du Code pénal suisse, selon lequel « *quiconque agit comme la loi l'ordonne ou l'autorise se comporte de manière licite, même si l'acte est punissable en vertu du présent code ou d'une autre loi* ».

Pour que le risque autorisé puisse être assimilé à un acte autorisé par la loi au sens de l'article 14, il doit pouvoir trouver son fondement dans une autorisation extra-pénale de réaliser l'activité. Il faut alors regarder dans toutes les branches du droit pour vérifier s'il est possible de rattacher le comportement risqué à une norme d'autorisation de nature civile ou administrative. L'existence d'une « autorisation extra-pénale [permettrait] ainsi de justifier l'exclusion de la responsabilité pour les conséquences indésirables des actions risquées mais socialement importantes »¹⁶³⁵. Ce postulat peut apparaître séduisant dans la mesure où il existe de nombreuses normes non pénales – relatives à des activités à risque, telles que la conduite, la médecine, le sport ou la construction – auxquelles il serait possible de se référer pour admettre la reconnaissance d'un risque autorisé.

¹⁶³⁴ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, op. cit., p. 25. Dans ce sens, voir également J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 42.

¹⁶³⁵ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 217 : « [muss] alsdann nach außerstrafrechtlichen Erlaubnissätzen [gesucht werden], um den für ungewollte Folgen sozial wertvoller Risikohandlungen erforderlichen Haftungsausschluss zu begründen ».

Toutefois, le mécanisme des actes autorisés par la loi ne semble pas fonctionner en matière non intentionnelle dans la mesure où, selon REHBERG, ces normes édictent généralement des règles de sécurité, qui, loin d'autoriser un comportement dommageable, encadrent au contraire la mise en œuvre de ce comportement dans le but justement d'éviter qu'un dommage ne se réalise¹⁶³⁶. Ces normes n'ont donc aucunement pour objectif de justifier un comportement dommageable.

De plus, comme le remarque le Professeur ROBERT ROTH¹⁶³⁷, si les normes extra-pénales de sécurité établissent de quelle manière le risque lié à l'activité doit être dûment diminué, elles ne prévoient jamais la survenance d'un risque résiduel et ne peuvent par conséquent pas l'autoriser.

Les normes extra-pénales qui servent à encadrer le risque ne sauraient par conséquent justifier le comportement risqué, dans la mesure où elles se contentent de décrire ce qui devrait être, sans jamais admettre un risque résiduel eu égard à la valeur sociale de l'action – contrairement à ce que fait le risque autorisé.

341. État de nécessité

L'état de nécessité est quant à lui prévu à l'article 17 du Code pénal suisse, qui dispose que «quiconque commet un acte punissable pour préserver d'un danger imminent et impossible à détourner autrement un bien juridique lui appartenant ou appartenant à un tiers agit de manière licite s'il sauvegarde ainsi des intérêts prépondérants».

Le risque autorisé pourrait être assimilé à l'état de nécessité, dans la mesure où tous deux mettent en balance les valeurs sociales pour déterminer quel est l'intérêt prépondérant. Dans un cas comme dans l'autre, l'action de l'auteur est admise lorsqu'il existe un plus grand intérêt à entreprendre l'action qu'à ne pas l'entreprendre. Il serait donc tentant d'appréhender le risque autorisé comme une hypothèse d'état de nécessité.

Toutefois, il se distingue de ce dernier par au moins deux aspects. Tout d'abord, dans le cadre de l'état de nécessité, le risque survient de manière antérieure à l'intervention de l'auteur, puisqu'il doit être imminent quand l'auteur agit. A l'inverse, dans le cadre du risque autorisé, c'est l'auteur qui crée le risque par son action. Ensuite, l'acte punissable que justifie l'état de nécessité doit avoir été commis de manière intentionnelle, comme c'est le cas par exemple lorsque l'agent brûle un feu rouge afin d'amener son enfant gravement blessé à l'hôpital¹⁶³⁸. Dans le cas du risque autorisé, l'auteur doit au contraire avoir fait tout ce qui pouvait être raisonnablement attendu de lui afin de respecter les réglementations et d'éviter tout dommage.

¹⁶³⁶ *Ibid.*

¹⁶³⁷ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, op. cit., p. 188.

¹⁶³⁸ J. HURTADO POZO, *Droit pénal, partie spéciale*, Schulthess, 2009, p. 448.

Dès lors, le risque autorisé ne peut pas davantage être considéré comme une hypothèse de l'état de nécessité.

Le risque autorisé ne peut donc pas être apparenté à un fait justificatif légal. En conséquence, les auteurs qui l'appréhendent comme un fait justificatif l'ont alors envisagé comme un fait justificatif extra-légal.

2 Les faits justificatifs extra-légaux

342. Reconnaissance des faits justificatifs extra-légaux

Le droit suisse a la particularité de reconnaître l'existence de faits justificatifs jurisprudentiels ou coutumiers «qu'il faut bien nommer extra-légaux, malgré la réticence des auteurs français vis-à-vis de cette terminologie qui semble narguer le principe de la légalité»¹⁶³⁹.

Si le droit suisse admet l'existence de faits justificatifs extra-légaux, c'est en raison de l'interprétation qui est faite du principe de la légalité criminelle tel que défini à l'article 1 du Code pénal suisse, qui prévoit qu' «une peine ou une mesure ne peuvent être prononcées qu'en raison d'un acte expressément réprimé par la loi». Il est ainsi communément admis en Suisse que ce qu'interdit le principe de la légalité criminelle, c'est «la reconnaissance coutumière et la création prétorienne d'infraction»¹⁶⁴⁰, le but étant de «protéger les citoyens contre l'arbitraire»¹⁶⁴¹. Si l'article 1 «proscrit (...) la création d'infractions et de sanctions»¹⁶⁴², il n'empêche aucunement de reconnaître des «faits justificatifs non formalisés dans un texte»¹⁶⁴³ puisque, par définition, une telle reconnaissance ne peut pas avoir d'effet aggravant pour l'auteur et s'avère au contraire favorable au prévenu en ce qu'elle exclut sa punissabilité¹⁶⁴⁴. Rien ne s'oppose dès lors à la création de faits justificatifs extra-légaux en droit suisse¹⁶⁴⁵.

343. Vérification de l'hypothèse

Les auteurs qui appréhendent le risque autorisé comme un fait justificatif extra-légal intègrent généralement deux éléments dans sa définition: le respect des réglementations et le mécanisme de proportionnalité. Comme toujours en ce qui concerne la définition du risque autorisé, les formulations varient cependant selon les auteurs. Pour

¹⁶³⁹ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁶⁴⁰ G. ETIER et B. STRÄULI, «Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale», *Journée de la responsabilité civile 2014*, Schulthess, Genève, 2015, p. 50.

¹⁶⁴¹ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 150.

¹⁶⁴² *Ibid.*

¹⁶⁴³ G. ETIER et B. STRÄULI, «Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale», *op. cit.*, p. 50.

¹⁶⁴⁴ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 150.

¹⁶⁴⁵ G. ETIER et B. STRÄULI, «Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale», *op. cit.*, p. 50.

DOHNA, le risque autorisé décrit «une autorisation légale tacite d'entreprendre des activités socialement utiles malgré leurs dangers indéniables»¹⁶⁴⁶. MAYER¹⁶⁴⁷ avance pour sa part l'idée selon laquelle le risque autorisé, qu'il nomme «risque modéré» (*massvolles Risiko*), constitue l'un des faits justificatifs les plus importants¹⁶⁴⁸. Il considère que ce fait justificatif est en mesure de justifier un comportement nécessaire pour permettre un résultat qui a une valeur prépondérante pour la société. Enfin, NOLL admet que le risque autorisé puisse avoir une vertu de justification «en présence d'intérêts publics significatifs et sous réserve que tout soit entrepris pour prévenir les dommages typiques»¹⁶⁴⁹.

Pour déterminer si le risque autorisé peut être compris comme un fait justificatif extralégal, il faut vérifier si, au vu de ses définitions, il correspond aux caractéristiques générales qui charpentent le mécanisme des faits justificatifs¹⁶⁵⁰; en d'autres termes, il s'agit de se demander si, bien qu'il ne soit pas reconnu textuellement, le risque autorisé peut s'apparenter au mécanisme des faits justificatifs. Dans cette perspective, il convient de considérer quatre caractéristiques communes à tous les faits justificatifs, et de vérifier si elles peuvent être retrouvées dans la théorie du risque autorisé.

344. Absence de nécessité de l'atteinte comme moyen pour parvenir à l'objectif recherché

En premier lieu, tous les faits justificatifs doivent répondre à un principe de nécessité, selon lequel les dommages causés doivent représenter le moyen «strictement nécessaire pour atteindre le but qui les justifie»¹⁶⁵¹. Cette stricte nécessité est caractérisée «lorsque l'auteur ne pouvait en l'espèce remplir son devoir ou exercer son droit sans commettre d'infraction et qu'il s'en est alors tenu à l'infraction représentant le minimum indispensable à la réalisation du but visé»¹⁶⁵². Ainsi dans la légitime défense, «celui qui est menacé par une attaque à la vie et au corps doit habituellement blesser l'agresseur pour le neutraliser et protéger ainsi sa propre intégrité physique»¹⁶⁵³. Dans l'état de nécessité, «celui, qui, parce qu'il risque de mourir de faim, pénètre dans une

¹⁶⁴⁶ A. DOHNA, «Zum neuesten Stand der Schuldlehre», *op. cit.*, p. 327, note en bas de page 10: «*einer stillschweigend vom Gesetz anerkannten Befugnis, sozial wertvolle Handlungen trotz ihrer unverkennbaren Gefahren vorzunehmen*».

¹⁶⁴⁷ H. MAYER, *Strafrecht: allgemeiner Teil*, *op. cit.*, p. 186 et s.

¹⁶⁴⁸ *Ibid.*

¹⁶⁴⁹ P. NOLL, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe*, *op. cit.*, p. 51: «*wenn bedeutende öffentliche Interessen wahrgenommen werden und alles zur Verhinderung des tatbestandsmäßigen Schadens vorgekehrt wird*».

¹⁶⁵⁰ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 150.

¹⁶⁵¹ *Ibid.*, p. 102.

¹⁶⁵² *Ibid.*

¹⁶⁵³ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, p. 61: «*So muss (...) der von einem Angriff auf Leib und Leben Bedrohte den Angreifer regelmäßig verletzen, um ihn kampfunfähig zu machen und so seine eigene körperliche Integrität zu schützen*».

cabane de montagne, est obligé de violer le droit à la propriété pour obtenir de la nourriture et ainsi se sauver»¹⁶⁵⁴. Enfin, en ce qui concerne les actes autorisés par la loi, le policier ne peut faire usage de son arme que lorsque cet usage est rendu nécessaire par les circonstances concrètes¹⁶⁵⁵.

Une telle nécessité ne se retrouve pas dans la configuration du risque autorisé. Certes, la théorie du risque autorisé exige que le risque soit ramené au minimum indispensable à la poursuite de l'avantage recherché. Toutefois, le critère selon lequel l'atteinte portée au bien juridique doit constituer le moyen nécessaire à la réalisation du but recherché ne saurait être rempli en matière de risque autorisé¹⁶⁵⁶: «le fait d'atteindre l'objectif ne dépend en aucune manière de [cette atteinte]»¹⁶⁵⁷ et, bien heureusement, l'avantage recherché est le plus souvent réalisé sans qu'aucune atteinte soit à déplorer. Ainsi, une entreprise dont l'activité est à risque parvient généralement à atteindre ses objectifs sans causer le moindre dommage¹⁶⁵⁸. Dans le risque autorisé, la nécessité doit être comprise dans une tout autre acception: il s'agit uniquement de la nécessité de l'atteinte – également présente dans tous les faits justificatifs – et non pas de la nécessité du moyen, qui, elle, est uniquement présente dans les faits justificatifs. La nécessité de l'atteinte dans le cadre du risque autorisé est une nécessité statistique, au sens où l'atteinte n'est qu'un effet collatéral statistiquement inévitable et non un moyen nécessaire au sens des faits justificatifs¹⁶⁵⁹.

345. Différence dans les termes du rapport de proportionnalité

En deuxième lieu, il existe dans tous les faits justificatifs un principe de proportionnalité, qui impose de mettre en balance le bien juridique atteint et le bien juridique protégé¹⁶⁶⁰, de telle sorte que «le bien juridique atteint doit en principe être au maximum de même valeur que celui défendu»¹⁶⁶¹.

Bien qu'un mécanisme de mise en balance existe également dans le cadre du risque autorisé, les deux termes de cette mise en balance divergent l'un et l'autre de ceux des faits justificatifs. D'une part, dans le risque autorisé, ce n'est pas seulement la valeur du bien juridique mis en danger qui est prise en compte mais également la proba-

¹⁶⁵⁴ *Ibid.*: «Der vom Hungertod bedrohte, in eine Alphütte einbrechende Notstandstätter ist zur Verletzung der Eigentumsrechte gezwungen, um sich Lebensmittel zu verschaffen und sich so zu retten».

¹⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 60.

¹⁶⁵⁶ *Ibid.*, p. 61 et 155.

¹⁶⁵⁷ *Ibid.*, p. 155: «Die Erreichung des Zieles hängt in keiner Weise von ihnen ab».

¹⁶⁵⁸ *Ibid.*, p. 61.

¹⁶⁵⁹ *Ibid.*, p. 155: «Sie lassen sich bei der Vornahme der positiv gewerteten Handlungen in einem gewissen statistisch erfassbaren Maße als Nebenfolgen nicht vermeiden».

¹⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 59.

¹⁶⁶¹ P. NOLL, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe*, op. cit., p. 49: «Das verletzte Rechtsgut darf grundsätzlich dem geschützten an Wert höchstens ebenbürtig sein».

bilité qu'il y soit porté atteinte. D'autre part, dans le risque autorisé, la valeur du bien juridique auquel il est susceptible d'être porté atteinte doit être comparée non seulement à celle du bien juridique dont la protection est assurée en retour (la santé ou la vie d'un ou plusieurs individus) mais aussi à la valeur de l'avantage général que l'activité présente pour la société dans son ensemble (l'amélioration de la mobilité, l'amélioration de la santé publique, la production d'énergie, la diminution de la mortalité, etc.). Les termes du rapport de proportionnalité dans l'hypothèse du risque autorisé ne sont donc pas les mêmes que dans celle des faits justificatifs.

346. Maintien de la valeur négative du résultat

En troisième lieu, les faits justificatifs viennent habituellement justifier le résultat en en supprimant la valeur négative (*Erfolgswert*)¹⁶⁶². C'est pour cette raison que, dans ce cadre, le résultat doit être au pire équivalent à celui qui se serait produit si l'agent n'avait pas agi.

A l'inverse, dans le cadre du risque autorisé, une telle annulation de la valeur négative du résultat n'est pas requise : lorsque le résultat se produit, celui-ci est le plus souvent pire que celui qui se serait réalisé si l'agent n'avait pas agi puisque, sans cette action, le résultat ne serait justement pas survenu du tout. Ainsi, lorsqu'un policier tire sur un criminel en fuite mais atteint malencontreusement un tiers, la valeur négative de l'atteinte ne saurait être supprimée¹⁶⁶³. En effet, le risque autorisé n'a pas vocation à annuler la valeur négative du résultat mais plutôt à caractériser la valeur positive du comportement (*Handlungswert*). Dès lors, il ne saurait s'agir d'un fait justificatif.

347. Absence de caractère exceptionnel du comportement

En quatrième et dernier lieu, les faits justificatifs correspondent toujours à un droit d'exception, qui autorise un agent à adopter un comportement *a priori* illicite en raison des circonstances particulières de la cause¹⁶⁶⁴.

Il est difficile d'admettre un tel caractère exceptionnel au comportement qui se tient dans les limites du risque autorisé puisque, précisément, il s'agit du comportement requis dans la situation à risque. En matière de circulation par exemple, pour rester dans le cadre du risque autorisé, l'automobiliste doit notamment respecter les règles de circulation. Un tel comportement n'a rien d'exceptionnel mais fait tout simplement partie de la normalité. Par conséquent, appréhender le risque autorisé comme un fait justificatif conduirait dans un premier temps à caractériser un comportement négligent – sur la base soit du résultat, soit du risque pris. Ce n'est que dans un deuxième temps que la conformité de ce comportement à l'ordre établi serait caractérisée. Une telle

¹⁶⁶² J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 154.

¹⁶⁶³ *Ibid.*, p. 61.

¹⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 157.

analyse en deux temps engendrerait une complexification inutile ainsi que la caractérisation artificielle d'une négligence.

Une telle conception tire probablement en grande partie son origine d'une dérive de l'ancienne doctrine causaliste qui, en préconisant de n'étudier au stade de la typicité que les modifications induites dans le monde extérieur, considérait que la valeur positive du comportement ne pouvait être prise en compte qu'au stade de l'illicéité par le biais du risque autorisé qui, analysé comme un fait justificatif, rendait le comportement licite.

348. Incompatibilité du risque autorisé avec un fait justificatif

En conclusion, l'étude de ces quatre caractéristiques – la nécessité, la proportionnalité, la suppression de la valeur négative du résultat et le caractère exceptionnel du comportement – fait apparaître de profondes divergences entre les mécanismes communs aux faits justificatifs et ceux du risque autorisé. Par conséquent, la figure du risque autorisé ne saurait davantage être analysée en un fait justificatif extra-légal qu'en un fait justificatif légal. Ces hypothèses doivent donc être écartées.

Le risque autorisé a pu être envisagé par ailleurs comme cause de non-imputabilité.

B Le risque autorisé comme cause de non-imputabilité

349. Hypothèse de la cause de non-imputabilité

Le risque autorisé a parfois été envisagé comme un mécanisme permettant d'exclure la punissabilité de l'auteur de l'infraction – c'est-à-dire comme une cause de non-imputabilité¹⁶⁶⁵ – par les causalistes. Pour la plupart de ces auteurs, le risque autorisé interviendrait au niveau de la culpabilité (*Schuld*) (1) alors que, pour d'autres, il se situe dans un nouvel élément de l'infraction, appelé « responsabilité pour l'acte » (*Tatverantwortung*) (2).

1 La culpabilité (*Schuld*)

350. Auteurs concernés

Certains auteurs, tels que DUBS¹⁶⁶⁶, LOGOZ¹⁶⁶⁷, THORMANN et VON OVERBECK¹⁶⁶⁸ ont proposé de traiter le risque autorisé comme une cause d'exclusion de la

¹⁶⁶⁵ *Ibid.*, p. 65.

¹⁶⁶⁶ H. DUBS, «Die fahrlässigen Delikte im modernen Strafrecht», *Revue pénale suisse*, tome 78, 1962, p. 37.

¹⁶⁶⁷ P. LOGOZ, «Art. 18 (ancien)», *Commentaire du Code pénal suisse, partie générale*, Delachaux et Niestlé, 1939, n° 6.

¹⁶⁶⁸ P. THORMANN et A. VON OVERBECK, «Art. 18 (ancien)», *Das schweizerisches Strafrechtsgesetzbuch: allgemeiner Teil*, Schulthess, Zurich, 1940, p. 100.

culpabilité (*Schuld*). Cette position, qui se fonde sur une conception causaliste de l'action, était d'ailleurs majoritaire dans la doctrine d'après-guerre¹⁶⁶⁹.

351. Présentation de l'approche causaliste de la culpabilité (*Schuld*)

Rappelons que selon la conception causaliste, au niveau de la typicité, le comportement de l'auteur doit être analysé objectivement en se fondant sur l'action qui cause un résultat de valeur négative (*Erfolgswert*). Par exemple, la typicité du meurtre et celle de l'homicide par négligence sont objectivement caractérisées par le fait de tuer¹⁶⁷⁰. Ceci exclut par conséquent que le risque autorisé soit pris en compte au stade de la typicité, dans la mesure où celui-ci repose sur la valeur positive du comportement. «Au niveau de la culpabilité (*Schuld*), le comportement humain est évalué en fonction de son caractère reprochable à l'égard de l'auteur concret»¹⁶⁷¹. La culpabilité (*Schuld*) repose sur une «certaine relation psychique de l'auteur avec le résultat typique survenu»¹⁶⁷², que ce soit au titre d'une intention ou d'une négligence. En matière de négligence, ces auteurs considèrent que, pour caractériser la culpabilité (*Schuld*), il faut examiner tant le devoir de l'auteur (*Sollen*) que ses capacités (*Können*)¹⁶⁷³. La culpabilité serait ainsi une notion graduelle, de telle sorte qu'il faudrait «d'abord examiner objectivement l'existence du devoir de diligence et son domaine, puis vérifier subjectivement la possibilité qu'avait l'auteur de s'y conformer, en tenant compte de ses capacités personnelles et de ses connaissances»¹⁶⁷⁴.

La culpabilité (*Schuld*) n'est plus caractérisée dès lors qu'il existe une cause qui permet d'écarter le reproche individuel à l'égard de l'auteur, telle que l'abolition du discernement (article 19) ou alors l'erreur inévitable sur l'illicéité (article 21). La suppression de la culpabilité (*Schuld*) empêche que l'infraction soit imputée à l'auteur, qui n'est alors plus punissable à ce titre¹⁶⁷⁵.

352. Proposition de ces auteurs

Les auteurs qui envisagent le risque autorisé comme une cause d'exclusion de la culpabilité (*Schuld*) considèrent que, dans l'hypothèse d'un risque autorisé, la valeur

¹⁶⁶⁹ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 166.

¹⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 65.

¹⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 58: «*Unter dem Gesichtspunkt der Schuld wird das menschliche Verhalten im Hinblick auf seine Vorwerfbarkeit gegenüber dem konkreten Täter bewertet*».

¹⁶⁷² *Ibid.*, p. 167: «*eine bestimmte psychische Beziehung des Täters zum eingetretenen tatbestandsmäßigen Erfolg*».

¹⁶⁷³ *Ibid.*

¹⁶⁷⁴ *Ibid.*: «*(...) zunächst objektiv das Bestehen der Sorgfaltspflicht und ihr Umfang, sodann subjektiv die Möglichkeit ihrer Befolgung auf Grund der persönlichen Fähigkeiten und Einsichten des Täters zu prüfen*».

¹⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 58.

positive du comportement de l'agent empêche qu'un reproche pénal soit formulé à son égard.

Selon ces auteurs, un tel positionnement présente l'avantage d'éviter que le risque autorisé conduise à déclarer licite un comportement qui cause un résultat pénal. Le risque autorisé correspondrait ainsi à un comportement certes contraire au droit, du point de vue tant de la typicité que de l'illicéité, mais qui ne pourrait pas être imputé à son auteur en raison de l'avantage qu'il représente¹⁶⁷⁶. En plaçant le risque autorisé au niveau de la culpabilité (*Schuld*), ces auteurs permettent au risque autorisé de remplir son office, en empêchant qu'une peine soit prononcée à l'encontre de l'agent à l'origine du risque, à défaut de pouvoir établir sa culpabilité (*Schuld*).

Dans cette construction toutefois, étant donné que le risque autorisé n'empêche pas la caractérisation de l'infraction, le juge pénal reste autorisé à prononcer des mesures de sûreté à l'encontre de l'agent¹⁶⁷⁷. De telles mesures peuvent en effet être prononcées même en l'absence de culpabilité (*Schuld*)¹⁶⁷⁸ car leur visée n'est pas punitive mais seulement préventive. Elles permettent au juge de prévenir de nouveaux dommages et ainsi d'assurer sa mission de protection des biens juridiques. Si un accident se produit malgré le respect du cadre du risque autorisé, le juge pourra prononcer une mesure de confiscation ou de destruction de la source de danger (article 69a du Code pénal suisse). Ce sera par exemple le cas lorsqu'une invention conforme à l'état de la science et de la technique crée un risque qui se réalise. Cette solution originale permet d'adapter la réaction pénale de manière à assurer, pour l'avenir, la protection des biens juridiques, sans toutefois que l'auteur ne se voie infliger une peine.

353. Limites de la proposition

Cette conception a toutefois perdu de plus en plus d'importance, au point de ne plus occuper qu'une place marginale dans la doctrine contemporaine¹⁶⁷⁹. Cela s'explique notamment par le manque de cohérence de ce positionnement avec la nature même de la culpabilité (*Schuld*)¹⁶⁸⁰. En effet, que ce soit dans la conception finaliste ou causaliste, la culpabilité (*Schuld*) comporte une forte teneur psychologique. Elle comprend «un jugement fortement individualisé et hautement personnel de l'auteur»¹⁶⁸¹, qui ne peut empêcher sa punissabilité que lorsque celui-ci n'était pas en mesure de choisir la voie du droit¹⁶⁸².

¹⁶⁷⁶ *Ibid.*, p. 61.

¹⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 168.

¹⁶⁷⁸ *Ibid.*

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*, p. 166.

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*

¹⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 168: «*ein höchstpersönliches, streng individualisierendes Urteil über den Täter*».

¹⁶⁸² *Ibid.*

C'est en cela que la notion de culpabilité (*Schuld*) diverge de celle de risque autorisé car ce dernier conduit à exclure la responsabilité en se fondant non pas sur une évaluation psychologique de l'auteur mais au contraire sur une évaluation objective de son comportement extérieur. Cette évaluation prend notamment en compte les circonstances dans lesquelles l'action a eu lieu, les «exigences moyennes [pouvant être attendues de la part] d'un cercle de personnes utilisé pour la comparaison»¹⁶⁸³ ou encore l'avantage escompté.

Ces caractéristiques du risque autorisé empêchent qu'il soit rattaché à la notion de culpabilité (*Schuld*) sans dénaturer complètement l'essence de cette dernière.

2 La « responsabilité pour l'acte »

354. Proposition alternative

Prenant en compte cette objection, MAURACH a effectué en 1948 une proposition alternative en Allemagne permettant de conserver la place du risque autorisé parmi les causes de non-imputabilité sans dénaturer la notion de culpabilité (*Schuld*)¹⁶⁸⁴. En Suisse, cette proposition a eu un écho particulier grâce à REHBERG, qui l'a utilisée dans sa thèse pour situer le risque autorisé dans la structure de l'infraction¹⁶⁸⁵.

355. Complétion de la structure de l'infraction

Cette proposition requiert de compléter la structure de l'infraction telle qu'envisagée par les causalistes car elle est jugée insatisfaisante. Il va s'agir ici de substituer à la condition classique de culpabilité (*Schuld*) un concept plus englobant d'«imputabilité subjective» (*subjektive Zurechenbarkeit*), défini comme la «relation, désapprouvée par le droit, de l'auteur avec un acte typique et illicite»¹⁶⁸⁶.

Ce concept d'imputabilité subjective conduit à décomposer la punissabilité en deux étapes successives, «à savoir, d'abord ce qui est appelé la <responsabilité pour l'acte> (*Tatverantwortung*), qui constitue un fondement général de la responsabilité, puis la culpabilité (*Schuld*, qu'il faut prendre ici *stricto sensu*), qui se présente comme une condition spéciale de la punissabilité de l'auteur»¹⁶⁸⁷. «Entre ces deux étapes, il existe un lien similaire à celui qui existe entre la réprobation (*Missbilligung*) et le reproche (*Vorwurf*)»¹⁶⁸⁸: «la <responsabilité pour l'acte> établit que [l'auteur] n'a pas respecté

¹⁶⁸³ *Ibid.*: «*der Durchschnittsanforderungen an den vergleichsweise herangezogenen Personenkreis*».

¹⁶⁸⁴ R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Müller Verlag, 1958, p. 288 et s.

¹⁶⁸⁵ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, p. 177.

¹⁶⁸⁶ *Ibid.*, p. 172: die «*rechtlich mißbilligte Verhältnis des Täters zu seiner tatbestandsmäßige-rechtswidrigen Tat*».

¹⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 173: «*(...) nämlich die sogenannte Tatverantwortung als allgemeine Haftungsgrundlage und die Schuld als besondere Voraussetzung für die Bestrafung des Täters*».

¹⁶⁸⁸ *Ibid.*: «*Die beiden Stufen verhalten sich zueinander wie Mißbilligung und Vorwurf*».

les exigences de comportement dont l'observation peut typiquement être exigée d'une personne, tandis que le verdict de culpabilité (*Schuld*) caractérise le fait que l'auteur est resté en-dessous de ses capacités personnelles»¹⁶⁸⁹.

En matière de négligence, ces étapes conduisent à étudier dans des éléments distincts le *Sollen* et le *Können*.

Dans un premier temps, au stade de l'examen de la «responsabilité pour l'acte», il convient d'étudier l'exigibilité du comportement licite, c'est-à-dire du comportement qui aurait évité qu'une atteinte ne soit causée à un bien juridique, sans tenir compte de la culpabilité (*Schuld stricto sensu*). «Cette exigibilité se mesure grâce au devoir général de diligence, qui fournit les conditions sans lesquelles une atteinte à un bien juridique apparaît en principe évitable»¹⁶⁹⁰. Ceci nécessite par conséquent déjà une première individualisation en ayant recours à un modèle de référence¹⁶⁹¹. «Si cette prudence a été respectée, l'auteur a alors fait ce qui était exigible pour éviter l'atteinte au bien juridique et [son comportement] ne peut pas lui être imputé subjectivement»¹⁶⁹², à défaut de pouvoir caractériser une «responsabilité pour l'acte». Si cette prudence n'a pas été respectée, il faudra encore, pour établir la «responsabilité pour l'acte», démontrer l'existence d'un «lien spécial entre la violation du devoir de diligence et l'atteinte»¹⁶⁹³, qui se détermine par une évaluation objective, c'est-à-dire indépendante de la personne de l'auteur¹⁶⁹⁴.

Dans un second temps, au stade de l'examen de la culpabilité (*Schuld stricto sensu*), il convient d'évaluer si la personne est susceptible de se voir imputer son comportement eu égard à ses capacités individuelles. «Tel est le cas lorsque l'auteur «responsable pour l'acte» était sain d'esprit – c'est-à-dire qu'il n'était pas, au moment de l'acte, incapable de percevoir le caractère illicite de son acte ou d'agir conformément à sa perception de l'illicéité de l'acte en raison d'une maladie mentale (...) ou d'un trouble grave de la conscience – et que, en outre, il possédait la conscience potentielle de l'il-

¹⁶⁸⁹ *Ibid.*: «Die Tatverantwortung besagt, daß er von solchen Verhaltensanforderungen abgefallen ist, deren Innehaltung typisierend vom Durchschnitt verlangt werden kann, während das Schuldurteil zum Ausdruck bringt, daß der Täter hinter seinem persönlichen Können zurückgeblieben ist».

¹⁶⁹⁰ *Ibid.*, p. 186: «Diese Zumutbarkeit bemißt sich nach der generellen Sorgfaltspflicht, die darüber Aufschluß gibt, unter welchen Voraussetzungen eine Rechtsgüterverletzung allgemein vermeidbar erscheint».

¹⁶⁹¹ *Ibid.*: «Diese Zumutbarkeit bemißt sich nach der generellen Sorgfaltspflicht, die darüber Aufschluß gibt, unter welchen Voraussetzungen eine Rechtsgüterverletzung allgemein vermeidbar erscheint».

¹⁶⁹² *Ibid.*: «Wurde diese Vorsicht eingehalten, so hat der Täter das Zumutbare getan, um die Rechtsgüterverletzung zu vermeiden, und diese kann ihm subjektiv nicht zugerechnet werden».

¹⁶⁹³ *Ibid.*: «eines speziellen Haftungsnexus zwischen Sorgfaltsverletzung und eingetretenem Verletzungserfolg».

¹⁶⁹⁴ *Ibid.*

licéité, autrement dit que sa perception n'était pas biaisée par une erreur de droit inévitable pour lui»¹⁶⁹⁵. Si le «responsable pour l'acte» n'est pas susceptible de se voir imputer la violation du devoir de diligence, il ne peut par conséquent pas être déclaré coupable (*Schuld stricto sensu*) et aucune peine ne pourra donc lui être infligée. Une mesure de sûreté pourra toutefois être prononcée à son encontre dès lors que la «responsabilité pour l'acte» a bien été établie, c'est-à-dire seulement lorsque l'agent avait «au moins l'aptitude à s'exposer au verdict de culpabilité»¹⁶⁹⁶.

La notion de «responsabilité pour l'acte» permet ainsi de nuancer la réaction pénale en fonction du degré d'imputabilité subjective.

356. Proposition

Dans cette conception, qui vise à écarter les critiques déjà mentionnées¹⁶⁹⁷, le risque autorisé ne doit donc pas être positionné au niveau de la culpabilité (*Schuld stricto sensu*) puisqu'il ne se détermine pas en fonction des capacités individuelles de l'auteur mais en fonction des circonstances générales liées à la situation¹⁶⁹⁸. C'est donc au niveau de la «responsabilité pour l'acte» que ces auteurs proposent de situer le risque autorisé¹⁶⁹⁹, en l'intercalant ainsi entre l'illicéité et la culpabilité (*Schuld stricto sensu*).

Ce faisant, ils situent le risque autorisé à la même place dans la structure de l'infraction que le devoir de diligence selon la conception causaliste. Ils considèrent en effet que l'un et l'autre permettent d'établir la valeur positive du comportement (*Handlungswert*) en fonction des circonstances. Ils procèdent ainsi déjà à une individualisation à raison du cercle d'auteurs de référence¹⁷⁰⁰. Le dépassement du risque autorisé et la violation du devoir général de diligence seraient ainsi tous deux désapprouvés en ce qu'ils constituent des comportements qui se situent en-dessous de ce que la norme pénale exige, autrement dit en-dessous du «*Sollen*» requis¹⁷⁰¹. En revanche, la présence de l'un ou de l'autre ne laisserait rien présumer quant au reproche de culpabilité (*Schuld stricto sensu*). A l'inverse, le bon respect du cadre du risque autorisé, de même que l'observation du devoir de diligence, empêcheraient de désapprouver l'action de l'auteur, fût-elle illicite, de telle sorte que ce dernier ne pourrait se voir infliger ni peine ni mesure de sûreté.

¹⁶⁹⁵ *Ibid.*, p. 187: «Dies ist der Fall, wenn der tatverantwortlich Handelnde zurechnungsfähig war (d.h. nicht wegen Geisteskrankheit, Blödsinns oder schwerer Störung des Bewußtseins zur Zeit der Tat unfähig war, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäß seiner Einsicht in das Unrecht der Tat zu handeln) und überdies das potentielle Unrechtsbewußtsein besaß, (d.h. nicht in einem persönlich unvermeidbaren Rechtsirrtum befangen war)».

¹⁶⁹⁶ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, op. cit., p. 125.

¹⁶⁹⁷ Voir 2^e partie, titre 1, chapitre 1, section 2, I, B, 1 : La culpabilité (*Schuld*), n° 350 et s.

¹⁶⁹⁸ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 170.

¹⁶⁹⁹ *Ibid.*, p. 175 et 179.

¹⁷⁰⁰ *Ibid.*, p. 170.

¹⁷⁰¹ *Ibid.*

357. Limites de la proposition

Cette solution parvient à sauvegarder avec succès la place du risque autorisé comme cause de non-imputabilité subjective et peut ainsi apparaître satisfaisante du point de vue de sa cohérence avec la structure dogmatique de l'infraction.

Toutefois, sa réception en droit positif se heurte à une difficulté majeure en ce que « la responsabilité pour l'acte » ne trouve aucun fondement textuel à son appui¹⁷⁰². En outre, la jurisprudence n'a jamais consacré l'existence d'un tel élément dans la structure de l'infraction. Il est d'ailleurs probable qu'elle ne le fera jamais, dans la mesure où il est généralement admis par la doctrine suisse que la reconnaissance d'une création jurisprudentielle (*Rechtsfindung*) n'est permise que lorsqu'elle est favorable au défendeur.

Ici, la reconnaissance de la « responsabilité pour l'acte » constitue en réalité un simple démembrement du critère de la culpabilité (*Schuld*), qui ne présente pas de véritable avantage pour l'auteur en termes de punissabilité.

Par ailleurs, lors de la révision du Code pénal suisse en 2002, le législateur a fait évoluer la structure de l'infraction. Loin de retenir la proposition d'intégrer la « responsabilité pour l'acte » au sein de cette structure, il s'en est au contraire nettement éloigné, pour se prononcer en faveur d'une conception finaliste de l'infraction dans laquelle la négligence est conçue comme un élément de la typicité. Un tel choix exclut par conséquent *de facto* la reconnaissance de la « responsabilité pour l'acte » puisque, ce concept exige d'appréhender la négligence sous l'angle de l'imputabilité.

358. Manifestation de la proximité entre risque autorisé et diligence

La proposition de MAURACH n'est toutefois pas dénuée d'intérêt pour l'analyse de la place du risque autorisé aujourd'hui, dans la mesure où elle montre la proximité du risque autorisé et du devoir de diligence. Sachant que la conception finaliste, actuellement majoritaire, place le devoir de diligence au niveau de la typicité, il est par conséquent permis d'envisager que, dans une telle structure dogmatique, le risque autorisé puisse être considéré comme une cause d'exclusion de la typicité.

II Le risque autorisé comme cause d'exclusion de la typicité

359. Hypothèse de l'atypicité

Étant donné que, dans la conception finaliste de l'infraction, il n'est possible de situer le risque autorisé ni au niveau de l'illicéité ni au niveau de l'imputabilité subjective, il

¹⁷⁰² *Ibid.*, p. 179 et R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, *op. cit.*, p. 126.

reste à envisager l'hypothèse dans laquelle le risque autorisé constituerait une cause d'exclusion de la typicité. L'acte risqué ne tomberait pas sous le coup de la loi pénale à défaut de correspondre à l'énoncé de fait légal. Dès lors, il n'y aurait même plus lieu d'envisager sa justification ou son imputabilité.

Ce positionnement a été proposé par les finalistes¹⁷⁰³, qui considèrent que la typicité des infractions de négligence se compose de la valeur négative tant du résultat (*Erfolgswert*) que du comportement (*Handlungswert*). Selon ces auteurs, le risque autorisé permettrait d'écarter la typicité d'un comportement en se fondant uniquement sur la valeur du comportement et non sur celle du résultat. Cette hypothèse est confirmée par l'expression même de *risque* autorisé qui, en visant un «risque», met l'accent sur l'autorisation d'un comportement et non d'un résultat.¹⁷⁰⁴ Il apparaît en effet que le risque autorisé ne saurait écarter la valeur négative du résultat puisqu'il admet la survenance de dommages collatéraux. Or, du point de vue de la typicité, la survenance d'un dommage présente nécessairement une valeur négative¹⁷⁰⁵. Rien n'empêche en revanche de considérer que le risque autorisé permet, sous certaines conditions, de supprimer la valeur négative du comportement, fût-il à l'origine d'un dommage, en prenant en considération son utilité et le fait qu'il a été régulièrement mis en œuvre¹⁷⁰⁶. Par exemple, dans l'hypothèse où un automobiliste renverse un passant, il est possible d'exclure la typicité du comportement de l'automobiliste qui est resté dans le cadre du risque autorisé, notamment en observant les règles de la circulation – et ce, en dépit de la valeur négative du résultat survenu¹⁷⁰⁷.

360. Vérification de l'hypothèse

En matière de négligence, la valeur du comportement est en principe déterminée par le devoir de diligence. Il convient donc d'abord de vérifier si le risque autorisé peut être assimilé au devoir de diligence (A), avant de l'envisager comme une notion formelle (B).

A L'assimilation du risque autorisé au devoir de diligence

361. Devoir de diligence

Traditionnellement, la doctrine finaliste distingue la partie subjective du devoir de diligence – ou prévoyance interne –, qui détermine la prévisibilité du résultat, de sa

¹⁷⁰³ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 235.

¹⁷⁰⁴ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, op. cit., p. 15.

¹⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 122.

¹⁷⁰⁶ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 232.

¹⁷⁰⁷ *Ibid.*, p. 63.

partie objective – ou prévoyance externe –, qui détermine l'évitabilité du résultat¹⁷⁰⁸. Une partie de la doctrine a proposé que le risque autorisé soit assimilé au devoir de diligence, en tout ou partie.

362. Assimilation partielle

Certains auteurs, à l'instar d'ENGISCH¹⁷⁰⁹, ont considéré que le risque autorisé devait être compris comme une « sous-catégorie du devoir général de diligence »¹⁷¹⁰, en estimant qu'il constitue seulement la partie objective du devoir de diligence, qui permet d'établir le caractère évitable ou non du résultat. Dans cette conception, le risque autorisé correspondrait à un risque objectivement inévitable, qui exigerait, vu de l'extérieur, que l'action ait été menée conformément aux règles de sécurité et de prudence, de telle sorte que ce risque ait été ramené à sa part résiduelle¹⁷¹¹.

Cette position a trouvé un certain écho dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui a défini le devoir de diligence au moyen d'une formule-type qui inclut la notion de risque autorisé. Selon ses termes, « *un comportement est contraire au devoir de diligence lorsque l'auteur aurait pu ou dû reconnaître, au moment des faits et eu égard aux circonstances et à ses connaissances et capacités, le danger engendré pour le bien juridique de la victime et qu'il a dans le même temps dépassé les limites du risque autorisé* »¹⁷¹². Cette définition est intéressante en ce que, d'une part, elle renvoie au critère de prévisibilité et que, d'autre part, elle substitue le dépassement du risque autorisé au critère de l'évitabilité.

Pendant, l'assimilation du risque autorisé à la partie objective du devoir de diligence ne signifie pas que le risque autorisé peut être traité indépendamment de la notion de prévisibilité. En effet, la prévisibilité est nécessaire pour déterminer quelles mesures de sécurité l'agent devait prendre pour rester dans le cadre du risque autorisé : plus le résultat est prévisible, plus l'appréciation des mesures requises sera sévère, et plus petit sera le risque autorisé. Il y a donc une relation d'interdépendance entre la prévisibilité et le risque autorisé.

¹⁷⁰⁸ Voir 1^{re} partie, titre 2, chapitre 1, section 1, I : La notion d'imprévoyance en droit suisse, n° 179 et s.

¹⁷⁰⁹ K. ENGISCH, « Der Unrechtstatbestand im Strafrecht », *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages*, vol. 1, C. F. Müller, Karlsruhe, 1960, p. 417 et s.

¹⁷¹⁰ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 127 : « *Unterfall der generellen Sorgfaltspflicht* ».

¹⁷¹¹ K. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Scientia, Aalen, 1964, p. 186.

¹⁷¹² Voir notamment ATF 135 IV 64 ; ATF 135 IV 56 ; ATF 134 IV 262 ; ATF 130 IV 10 et ATF 127 IV 65. En langue allemande : « *Sorgfaltswidrig ist ein Verhalten, wenn der Täter zum Zeitpunkt der Tat aufgrund der Umstände sowie seiner Kenntnisse und Fähigkeiten die damit bewirkte Gefährdung der Rechtsgüter des Opfers hätte erkennen können und müssen und wenn er zugleich die Grenzen des erlaubten Risikos überschritten hat* ».

Partant de ce constat, il est possible de se demander quel est l'intérêt de séparer la notion de prévisibilité de celle de risque autorisé. Les auteurs¹⁷¹³ qui recourent à la théorie du risque autorisé abordent d'ailleurs ostensiblement la question de la prévisibilité du résultat au sein de leurs développements relatifs au risque autorisé. Dès lors, une telle catégorisation apparaît quelque peu artificielle.

363. Assimilation totale

C'est la raison pour laquelle d'autres auteurs, tels que WELZEL¹⁷¹⁴ dans ses derniers écrits, ont proposé d'assimiler complètement le risque autorisé au devoir de diligence.

Selon ces auteurs, la prévoyance, la diligence et le risque autorisé devraient être appréhendés comme une seule et même réalité, qui correspondrait ici à une description positive du comportement qui n'est pas incriminé en matière de négligence. Le risque autorisé permettrait ainsi, au même titre que le devoir de diligence, de tracer les frontières de la typicité. Une telle assimilation expliquerait d'ailleurs pourquoi certains auteurs contemporains ne mentionnent même plus la théorie du risque autorisé et préfèrent se livrer à une étude détaillée du devoir de diligence pour traiter ces hypothèses.

Cette proposition repose sur le fait que les méthodes d'appréciation du risque autorisé et du devoir de diligence se rejoignent. Dans le devoir de diligence, la prévisibilité et l'évitabilité doivent être appréciées d'après le modèle de référence objectif-individualisé¹⁷¹⁵. Un tel modèle permet finalement d'établir ce qui, dans le cadre du risque autorisé, correspond à un comportement socialement adéquat. Ce dernier peut notamment se déterminer en recourant à des normes extra-pénales, lesquelles peuvent à leur tour être utilisées pour déterminer les diligences requises dans le cadre du modèle de référence objectif-individualisé.

Toutefois, malgré cette convergence, il est possible de relever une différence entre le risque autorisé et le devoir de diligence, en ce que le risque autorisé prend en compte l'intérêt social prépondérant pour déterminer quels comportements peuvent être admis, critère étranger à l'appréciation du devoir de diligence dans son acception traditionnelle. En effet, dans le cadre du risque autorisé, le critère de l'intérêt social prépondérant participe également à la détermination de ce qui est autorisé, le principe étant

¹⁷¹³ Voir par exemple: S. GLESS, E. SILVERMAN et T. WEIGEND, «If robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability», *op. cit.*, p. 15 et N. ZURKINDEN, «Strafrecht und selbstfahrende Autos», *op. cit.*, p. 154.

¹⁷¹⁴ H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, De Gruyter, Berlin, 7^e édition, 1960, p. 115 et s. Voir également H. FÜNFSINN, *Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts durch Unterlassen im Strafrecht*, Peter Lang, Francfort/Berne/New York, 1985, p. 177 et s. et M. KILLIAS et al., *Grundriss der Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuchs*, Stämpfli, 2^e édition, 2017, p. 133.

¹⁷¹⁵ Voir 1^{re} partie, titre 2, chapitre 1, section 2, I: L'appréciation de l'imprévoyance en droit suisse, n° 211 et s.

que plus une activité est utile, plus la création d'un risque est admissible, et réciproquement¹⁷¹⁶. En définitive, l'application de ce dernier critère peut conduire à admettre que des dommages n'aient pas pu être évités alors même qu'ils étaient statistiquement prévisibles dès lors que l'intérêt que présentait l'activité était prépondérant. Il s'agit *a priori* d'un fonctionnement inverse à celui du devoir de diligence, qui se fonde traditionnellement sur le principe selon lequel dès lors qu'un danger pour l'être humain est identifié, il doit être écarté.

Contrairement aux autres propositions sur la place du risque autorisé, qui doivent être écartées dans l'état actuel de la réflexion doctrinale, l'assimilation du risque autorisé au devoir de diligence n'est pas à exclure. Il existe en effet la possibilité d'intégrer le paramètre de l'intérêt social prépondérant à la notion de devoir de diligence, celle-ci étant par nature malléable. Cette lecture audacieuse du devoir de diligence n'est pas aberrante, dans la mesure où le paramètre de l'intérêt social se fonde sur une exigence d'adéquation sociale, laquelle se trouve être un «fil conducteur»¹⁷¹⁷ pour la lecture de l'ensemble du droit pénal suisse, y compris le devoir de diligence.

364. Alternative

Dans un même ordre d'idée, une solution alternative a été envisagée pour positionner le risque autorisé au sein de la typicité. Certains auteurs ont appréhendé le risque autorisé non pas comme une notion substantielle, avec un contenu propre, mais comme une notion formelle plus large que le devoir de diligence.

B Le risque autorisé comme une notion plus large que le devoir de diligence

365. Principe de la notion formelle

Le risque autorisé a pu être envisagé comme une notion formelle (*Formalbegriff*) par plusieurs auteurs, tels que MAIWALD¹⁷¹⁸ et WILHELM PREUß¹⁷¹⁹, le Professeur CORNELIUS PRITTWITZ¹⁷²⁰. Selon eux, le risque autorisé devrait être compris comme une «notion-cadre» (*Oberbegriff*)¹⁷²¹, qui hébergerait un agrégat de composantes de droit positif ayant vocation à être prises en compte au niveau de la typicité.

¹⁷¹⁶ B. CORBOZ, «Art. 12», *Commentaire romand, code pénal I*, dirigé par R. ROTH et L. MOREILLON, Helbing Lichtenhahn, 2009, p. 156.

¹⁷¹⁷ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, op. cit., p. 17.

¹⁷¹⁸ M. MAIWALD, «Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs «erlaubtes Risiko» für die Strafrechtssystematik», *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, vol. 1, Duncker & Humblot, 1985, p. 420 et s.

¹⁷¹⁹ W. PREUß, *Untersuchung zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, Duncker & Humblot, thèse, Berlin, 1974, p. 225 et s.

¹⁷²⁰ C. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, op. cit., p. 280.

¹⁷²¹ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, op. cit., p. 19.

Parmi ces composantes se retrouveraient non seulement les éléments du devoir de diligence – prévisibilité et évitabilité – mais aussi des principes généraux du droit, tels que l'autolimitation du droit pénal, l'adéquation sociale, l'unité de l'ordre juridique ou encore l'analyse bénéfice-risque. En structurant ces différentes composantes en un ensemble cohérent, le risque autorisé permettrait ainsi de définir dans quel cadre un comportement utile peut être considéré comme atypique en cas de dommage.

Le risque autorisé correspondrait à une sorte de méthode ou de protocole particulier d'analyse juridique des situations dans lesquelles un risque s'est réalisé. Cette méthode favoriserait ainsi une approche transversale des questions relatives à la négligence et permettrait de prendre un certain recul sur les éléments qui la composent, en particulier dans les situations complexes.

366. Intérêt de cette approche du risque autorisé

Cette démarche serait tout à fait pertinente dans la mesure où «la négligence est une structure globale dont la dissection a, [comme nous l'avons vu¹⁷²²], quelque chose de destructeur en soi (...); derrière chaque ensemble global se cachent des éléments de différents types, entrelacés de manière indisciplinée, qui suscitent l'analyse, voire l'obligent»¹⁷²³.

En prenant le contre-pied d'une étude compartimentée, le risque autorisé constituerait ainsi un outil adapté pour appréhender ces comportements de manière globale, en regroupant les différentes composantes juridiques nécessaires à l'élaboration d'une solution dans un cas d'espèce. L'une des forces du risque autorisé ainsi conçu serait de permettre d'ordonner de façon claire et cohérente ces composantes et de vérifier leur bonne articulation dogmatique. Une telle démarche permettrait de créer les conditions d'une synergie fructueuse entre ces différentes composantes, encourageant ainsi le renouvellement de la réflexion doctrinale en matière de négligence, en particulier du point de vue des situations à risque liées au progrès de la technique et de la science.

Le risque autorisé permettrait d'«apporter une solution sur le plan dogmatique et pragmatique à des situations difficiles à apprécier avec les seules armes de la définition la plus classique de l'infraction»¹⁷²⁴ ou du devoir de diligence. La définition classique du devoir de diligence peut en effet parfois s'avérer impropre ou limitée pour traiter de certaines espèces. Elle ne permet notamment pas de prendre suffisamment

¹⁷²² Voir 1^{re} partie *in fine*, notamment n° 301.

¹⁷²³ K. ENGISCH, «Der Unrechtstatbestand im Strafrecht», *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages*, vol. 1, Karlsruhe, 1960, p. 429: «[Sie ergeben daraus,] dass einerseits die Fahrlässigkeit ein ganzheitliches Gebilde ist, dessen Zergliederung etwas Zerstörerliches an sich hat, dass andererseits hinter jener Ganzheitlichkeit eine widerspenstige Verflochtenheit verschiedenartiger Elemente verborgen ist, die zur Analyse reizt, ja geradezu zwingt».

¹⁷²⁴ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, *op. cit.*, p. 24.

en compte des risques pourtant inhérents à l'exercice de certaines activités ou professions, ce qui conduit à faire peser un risque pénal trop élevé sur ceux qui les pratiquent. Le risque autorisé constituerait donc un cadre méthodique permettant d'alimenter la réflexion doctrinale quant à la définition d'un comportement atypique, tout en limitant la portée des critères infinis de prévisibilité et d'évitabilité¹⁷²⁵. Il serait ainsi possible de déterminer dans quelles conditions la typicité doit être exclue en matière de négligence car le comportement n'atteint pas le seuil de la répression.

Cette proposition est convaincante dans la mesure où, si le risque autorisé est une notion formelle, cela explique pourquoi la doctrine rencontre tant de difficultés pour le positionner sur le plan dogmatique, celui-ci s'appuyant sur de nombreuses composantes agencées d'une manière nouvelle. Cette proposition donne une latitude suffisante au risque autorisé pour innover, tout en permettant une approche globale, nécessaire à la résolution des problématiques juridiques émergentes. Une telle conception du risque autorisé aurait nécessairement des incidences sur la façon d'appréhender la notion de devoir de diligence, rendant ainsi compte des liens étroits qui existent entre les deux notions.

367. Conclusion de la section 2

Bien que le risque autorisé ait su s'imposer comme un nouveau mécanisme de non-responsabilité en droit suisse, il n'a pas pour autant réussi à trouver un point d'ancrage clairement défini dans la structure de l'infraction. Toutefois, en plaçant entièrement l'étude de la négligence au niveau de la typicité, les développements récents de la doctrine finaliste ont permis à un quasi-consensus de se dégager progressivement en doctrine, le risque autorisé étant désormais communément considéré comme une cause d'exclusion de la typicité. Le comportement qui demeure dans les limites du risque autorisé n'atteint pas le seuil de la répression pénale.

En revanche, au sein même de la typicité, des hésitations subsistent sur le point de savoir si le risque autorisé doit être assimilé au devoir de diligence, qu'il viendrait alors parachever en y intégrant de nouveaux paramètres, ou si le risque autorisé doit être considéré comme une notion formelle incluant entre autres le devoir de diligence¹⁷²⁶. Cette question semble devoir rester ouverte et elle ne constitue de toute façon que la preuve du lien très étroit qui existe entre le risque autorisé et le devoir de diligence.

Ce qui est certain en tout cas, c'est que la théorie du risque autorisé permet de bousculer et renouveler l'approche classique du devoir de diligence. Elle cherche à proposer une méthode pour mener un raisonnement juridique approprié dans les situations com-

¹⁷²⁵ C. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, op. cit., p. 319.

¹⁷²⁶ Dans ce sens, voir également N. ZURKINDEN et S. VERNAZ, «L'erreur chirurgicale: regards croisés sur l'imprudance pénale en France et en Suisse», *Revue pénale suisse*, tome 136, 2018, p. 112.

plexes, en jetant un pont avec des notions ou principes connexes au devoir de diligence – adéquation sociale en tête – qui s'avèrent essentiels au traitement de ces espèces. Selon les termes de REHBERG, «c'est sans doute précisément grâce [au risque autorisé] qu'un nouveau dogme de la négligence s'est développé»¹⁷²⁷.

368. Conclusion du chapitre 1

Le risque autorisé se présente comme une théorie originale du droit suisse qui permet de porter un regard nouveau sur le fait non intentionnel et de redéfinir le seuil de sa répression. Elle part du constat que le risque est inhérent à toute activité humaine et qu'il n'est, par conséquent, ni possible ni souhaitable d'interdire tout risque. Elle s'attache ainsi à identifier positivement quels sont les risques socialement utiles ou adéquats qui doivent être admis par le droit pénal, et ce, même s'il est statistiquement inévitable qu'ils génèrent un dommage.

Le positionnement du risque autorisé dans la structure de l'infraction nous éclaire en outre sur sa nature. Il ne s'agit pas d'une théorie déconnectée des éléments de l'infraction mais d'une théorie qui entretient une étroite proximité avec la notion classique de diligence, qu'elle vient à la fois renouveler et compléter en recourant à de nouveaux paramètres. Elle permet ainsi d'affiner le raisonnement sur l'adéquation des comportements risqués en intégrant à l'analyse ordinaire de la prudence la question de l'intérêt social, ce qui permet de mieux ancrer le choix de réprimer ou non dans les enjeux contemporains.

L'intérêt de cette théorie se révèle considérable pour le chercheur en quête de critères innovants pour déterminer plus précisément les contours du comportement admissible au sens du droit pénal. D'une part, elle présente un intérêt de *lege lata*, pour expliquer dans quelle mesure les risques actuels sont autorisés d'après le droit positif et ainsi guider le juge dans la résolution des cas d'espèce. D'autre part, elle présente un intérêt de *lege ferenda*, en ce qu'elle ouvre des pistes de réflexion quant à l'admission des nouveaux risques, notamment en lien avec l'émergence des technologies intelligentes. A ce titre, certains auteurs, tels que la Professeure SABINE GLESS¹⁷²⁸ ou NADINE ZURKINDEN¹⁷²⁹, sont d'avis que les risques générés par les voitures autonomes doivent être encadrés par la théorie du risque autorisé. Cette théorie a d'ailleurs été récemment envisagée par le Comité européen pour les problèmes criminels

¹⁷²⁷ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, p. 139: «zweifellos sind gerade ihr die Ansatzpunkte zu verdanken, aus denen heraus sich eine neue Fahrlässigkeitsdogmatik entwickelt hat».

¹⁷²⁸ S. Gless, «Mein Auto fuhr zu schnell, nicht ich! – Strafrechtliche Verantwortung für hochautomatisiertes Fahren», *Intelligente Agenten und das Recht*, dirigé par S. GLESS et K. SEELMANN, Robotik und Recht, vol. 9, Nomos, 2016, p. 225 et s.

¹⁷²⁹ N. ZURKINDEN, «Strafrecht und selbstfahrende Autos», *op. cit.* et N. ZURKINDEN, «Crash beim Testbetrieb selbstfahrender Fahrzeuge», *op. cit.*

(CDPC)¹⁷³⁰ comme une solution possible pour traiter des problèmes de responsabilité liés aux voitures autonomes. En ces domaines où il n'existe pas de cadre pénal, la théorie du risque autorisé permettra probablement d'apporter de nouveaux éléments de solution, tout en restant fondé sur les principes généraux du droit en vigueur.

Cette théorie ne manquera pas d'interpeller le comparatiste français qui ne connaît pas de pareille institution dans son droit national. Au contraire, le risque y est généralement présenté comme un élément de la faute, en particulier de la faute caractérisée qui le vise expressément¹⁷³¹. Toutefois, les problématiques que soulève la théorie du risque autorisé ne sont pas complètement étrangères à la doctrine française et il est sans doute possible de les retrouver pour partie dans une ancienne théorie doctrinale appelée théorie de l'erreur, à laquelle il convient désormais de s'intéresser.

¹⁷³⁰ Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC), Conseil de l'Europe, 3^e réunion du groupe de travail d'experts sur l'intelligence artificielle et le droit pénal, au cours de laquelle les experts se sont intéressés aux «risques socialement acceptés»: rm.coe.int/cdpc-2020-8-rapport-de-la-3e-reunion-ia-et-le-droit-penal/16809f7a8b.

¹⁷³¹ Pour rappel, l'art. 121-3 al. 4 CPF vise celui qui commet une «*faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer*».

Chapitre 2 L'acceptation implicite d'un risque dans la théorie de l'erreur irréductible en droit français

369. Redécouverte d'une théorie

La question de l'erreur en matière non intentionnelle renvoie à une ancienne théorie doctrinale, antérieure aux deux réformes relatives aux infractions d'imprudence qui, il faut bien le reconnaître, n'est pas toujours bien connue aujourd'hui des pénalistes français. A l'image du risque autorisé, elle cherche à établir le seuil à partir duquel les comportements dommageables doivent être admis par le droit pénal. Elle mérite dès lors d'être étudiée plus précisément.

Ainsi, il convient de présenter cette théorie (Section 1) puis de préciser quelle peut être sa place dans la structure actuelle de l'infraction (Section 2).

Section 1 La présentation de l'erreur irréductible

370. Présentation

La présentation de cette théorie requiert d'abord d'envisager la notion d'erreur irréductible (I), puis de déterminer les fondements sur lesquels elle repose (II).

I La notion d'erreur irréductible

371. Terme d'erreur

En latin, l'*error* désigne l'action qui consiste à *errare*. Dans un premier sens, plus objectif, *errare* signifie «divaguer, aller à l'aventure»¹⁷³². Dans un second sens, plus subjectif, «l'action est plus nuisible, elle est de se fourvoyer, de faire fausse route, de s'égarer»¹⁷³³. La théorie de l'erreur en matière non intentionnelle s'intéresse donc aux hypothèses où l'homme *erravit*, tant au premier qu'au second sens du terme.

Cette théorie part du principe que l'homme commet nécessairement certaines erreurs, irréductibles, qui ne doivent pas tomber sous le coup de la loi pénale (A). Cette notion d'erreur irréductible doit alors être définie (B).

¹⁷³² J. FOYER, C. PUIGELIER et F. TERRÉ, *L'erreur*, Presses universitaires de France, 2007, p. 1.

¹⁷³³ *Ibid.* Voir également la définition dans le cadre du droit civil de J. GHESTIN, qui considère que l'erreur «consiste à croire vrai ce qui est faux ou faux ce qui est vrai» (*La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, L.G.D.J., 971, p. 1).

A La nécessaire prise en compte de l'erreur en droit pénal

372. Contexte de l'industrialisation

Tout comme la théorie du risque autorisé, celle de l'erreur irréductible s'est développée dans le contexte de l'ère industrielle. Au cours de cette période, l'essor des sciences et de la technique a permis de réaliser de nombreuses découvertes, comme celle du moteur à combustion, la maîtrise de l'électricité ou encore l'utilisation des rayonnements ionisants en imagerie médicale ou à des fins thérapeutiques. Ces découvertes ont conduit à réaliser d'énormes progrès dans de nombreux domaines tels que la production, la construction, les transports ou encore la médecine¹⁷³⁴. Outre l'amélioration des conditions de vies, ces progrès ont globalement engendré une diminution du taux de mortalité dans bien des domaines et une augmentation de l'espérance de vie à l'échelle de la société.

Cependant, comme nous l'avons vu avec l'exemple du cocher et du conducteur de train¹⁷³⁵, l'essor du machinisme, le recours à l'énergie ainsi que le développement considérable et toujours plus accéléré des techniques a eu pour effet de décupler les forces et les possibilités de l'homme¹⁷³⁶, de sorte que son action peut désormais engendrer des conséquences dommageables bien plus importantes qu'auparavant. Le progrès de la science et de la technologie a entraîné la transformation de certains domaines d'activité en champs d'actions où chaque acte recèle un danger potentiel sur lequel il convient de veiller autant que possible¹⁷³⁷. Le moindre écart ou le plus petit faux pas peut alors être la source d'atteintes considérables pour les personnes¹⁷³⁸.

En ces domaines, il incombe par conséquent à l'individu d'appliquer toute son attention aux actes qu'il accomplit. Il s'agit pour lui d'un « véritable sacerdoce »¹⁷³⁹ qui requiert de sa part une vigilance de chaque instant afin d'éviter l'accident ou la catastrophe.

373. Faillibilité humaine

Pourtant, malgré les meilleurs efforts, l'individu n'est pas à l'abri d'une défaillance¹⁷⁴⁰. « L'idéal serait que l'esprit soit sans faille, que l'intelligence et la volonté puissent dicter la loi et complètement dominer la matière, mais ces facultés elles-

¹⁷³⁴ C. GRAPIN, *La responsabilité chirurgicale*, Sauramps Médical, 2000, p. 10.

¹⁷³⁵ Voir 2^e partie, titre 1, chapitre 1, section 1, I, A : La nécessaire prise en compte du risque en droit pénal, n° 312.

¹⁷³⁶ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, thèse, Paris, 1973, p. 95.

¹⁷³⁷ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, Vaillant-Carmanne, 1959, p. 64.

¹⁷³⁸ C. GRAPIN, *La responsabilité chirurgicale*, *op. cit.*, p. 602.

¹⁷³⁹ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, *op. cit.*, p. 64.

¹⁷⁴⁰ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, Cujas, 2013, p. 57.

mêmes si frères se heurtent [souvent] aux insuffisances et aux imperfections des sens» et des connaissances¹⁷⁴¹.

Quoi qu'il fasse, l'individu se retrouve inéluctablement face à ses limites naturelles dès lors qu'il prétend régir des situations complexes¹⁷⁴². Il ne peut en effet ni tout prévoir ni tout maîtriser et commet dès lors nécessairement certaines erreurs dont il ne se rendra compte la plupart du temps que lorsqu'un dommage se sera réalisé¹⁷⁴³. Tel est notamment le cas lorsque, malgré les précautions prises, un dommage se produit sous l'angle le plus inattendu: la faille par laquelle arrive l'accident est précisément celle que l'individu, à défaut de pouvoir les éliminer toutes, n'a pas écartée, jugeant à tort qu'elle n'entraînerait pas de dommage¹⁷⁴⁴. C'est ainsi le risque qui lui semblait le moins prononcé qui s'est finalement réalisé et qui a provoqué la catastrophe¹⁷⁴⁵. L'erreur irréductible ne constitue alors rien d'autre que ce «péril dans lequel l'être humain est souvent en danger de tomber»¹⁷⁴⁶ en raison de sa propre finitude, au sens de l'adage latin «*errare humanum est*»¹⁷⁴⁷.

Dans ces cas de figure, l'individu n'apparaît pas moins soucieux des intérêts d'autrui qu'auparavant, mais les conditions de son activité sont devenues telles qu'il peut aisément commettre une erreur dans son analyse ou dans l'exécution de son action. Dans certains cas, cette erreur est commise en raison d'une connaissance qui ne lui était pas encore accessible ou seulement de manière partielle. Il en va ainsi dans les domaines de la science et de la technique où, en dépit des savantes découvertes, la connaissance reste conjecturale et incertaine¹⁷⁴⁸. Dans d'autres cas, cette erreur découle d'une action dont la maîtrise échappe à son auteur en raison de la complexité de la tâche qu'il lui revient d'accomplir et à la hauteur de laquelle il ne parvient parfois pas à se hisser en raison de ses propres limites¹⁷⁴⁹.

Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit alors d'erreurs irréductibles au temps de l'action. L'individu revêt ainsi plus «la psychologie d'un vaincu (...) que celle d'un coupable»¹⁷⁵⁰, il paraît plus «malchanceux que criminel»¹⁷⁵¹. Ces erreurs irréductibles sont en réalité seulement la manifestation des limites de l'adaptation de l'homme aux

¹⁷⁴¹ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., p. 50.

¹⁷⁴² *Ibid.*, p. 73.

¹⁷⁴³ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 382.

¹⁷⁴⁴ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., p. 74.

¹⁷⁴⁵ *Ibid.*

¹⁷⁴⁶ J. FOYER, C. PUIGELIER et F. TERRÉ, *L'erreur*, op. cit., avant-propos, p. 1.

¹⁷⁴⁷ D. BIER, M. CHASSERIEAU, M. DELECROIX et C. SERRUS, «Devenir féconds de l'erreur», *Les chantiers de la création*, 2009, N° 2, p. 2.

¹⁷⁴⁸ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., p. 153.

¹⁷⁴⁹ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 144.

¹⁷⁵⁰ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., p. 20.

¹⁷⁵¹ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 113.

techniques qu'il a lui-même conçues dans l'intérêt de la société¹⁷⁵². Ce n'est alors plus «le fait d'un homme. C'est le fait de l'homme»¹⁷⁵³. Ainsi, même si l'erreur n'apparaît qu'au travers d'une action particulière, elle appartient en réalité «à l'ensemble des individus susceptibles de la commettre, dans l'exercice de chaque activité considérée»¹⁷⁵⁴.

374. Admission de l'erreur irréductible

Ces erreurs irréductibles sont inhérentes à l'activité de l'être humain. Pour les éviter, «la recette infaillible serait de ne pas agir»¹⁷⁵⁵ et d'arrêter l'activité elle-même. Toutefois, même si la commission d'erreurs dommageables paraît inéluctable, l'activité qui les porte n'en reste pas moins bénéfique pour la société dans bien des cas, de telle sorte que son abandon serait socialement défavorable. Une telle solution causerait un trouble social plus grave que celui résultant de la subsistance de ces erreurs¹⁷⁵⁶.

Une autre solution serait d'attendre pour agir d'avoir acquis une meilleure connaissance théorique et une plus grande maîtrise technologique¹⁷⁵⁷. Si une telle solution peut se justifier dans certaines phases de développement, elle ne peut en aucun cas constituer une approche générale. Cette attente serait en effet sans fin, dès lors qu'il est toujours possible d'espérer que, demain, la connaissance aura augmenté et que les techniques seront plus performantes. Une telle solution serait en outre la négation de toute dynamique de progrès, car celui-ci est étroitement «lié à l'essai, à l'hypothèse [et] à la tentative»¹⁷⁵⁸.

Dans ce sens, il convient de souligner que «la méthode essai-erreur est caractéristique de tout processus d'apprentissage»¹⁷⁵⁹ : combien d'erreurs de diagnostic ont-elles été nécessaires pour que la médecine connaisse les progrès dont nous bénéficions chaque jour ?¹⁷⁶⁰ C'est la raison pour laquelle certains auteurs ont même affirmé de manière un peu provocante que «l'action n'existe que par l'erreur»¹⁷⁶¹.

Par conséquent, pour ne pas empêcher le développement de toute activité, il faut accepter que certaines erreurs soient commises. Ces erreurs doivent ne doivent pas atteindre le seuil de la répression, à défaut de quoi les personnes qui s'engagent dans des activités complexes et délicates seraient sanctionnées pour tout dommage sans

¹⁷⁵² *Ibid.*, p. 95.

¹⁷⁵³ *Ibid.*, p. 4.

¹⁷⁵⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵⁵ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, *op. cit.*, p. 74.

¹⁷⁵⁶ *Ibid.*, p. 76.

¹⁷⁵⁷ *Ibid.*, p. 74.

¹⁷⁵⁸ *Ibid.*, p. 73.

¹⁷⁵⁹ P.-Y. VERKINDT, *L'imprudence et la négligence collectives : essai sur les quasi-délits et sur le délit pénal d'imprudence dans les situations complexes*, thèse, Lille, 1988, p. 186.

¹⁷⁶⁰ *Ibid.*

¹⁷⁶¹ *Ibid.*

qu'il soit tenu compte des limites inhérentes à l'être humain. Cela conduirait non seulement à limiter l'initiative mais également à faire peser une lourde charge sur tous ceux qui entreprennent des activités à risque, ce qui n'est pas souhaitable.

375. Diminution du risque d'erreur dans le temps

Il convient en outre de souligner que l'erreur résiduelle, une fois acceptée, n'est pas figée une fois pour toutes. Au contraire, lorsqu'un dommage se produit, les acteurs concernés cherchent à identifier à quel endroit et pour quelle raison une erreur a été commise. Cette analyse des défaillances humaines est primordiale car c'est elle qui permet de réduire le risque d'erreur pour l'avenir.

De nombreux outils s'inscrivent dans cette dynamique pour permettre l'analyse approfondie de toutes les causes d'accidents ou de presque accidents¹⁷⁶². Il en va ainsi des revues de morbi-mortalité (RMM) dans le domaine médical ou encore du travail du Bureau d'enquêtes et d'analyses pour la sécurité de l'aviation (BEA) qui a permis de réduire drastiquement les risques d'erreurs dans l'aviation civile. Ces méthodes «sont désormais classiquement utilisées avec des objectifs pédagogiques de compréhension des défaillances identifiées et de prévention de futurs événements»¹⁷⁶³ dans quasiment tous les domaines d'activité.

Ces démarches favorisent largement «le climat de transparence sur les événements indésirables»¹⁷⁶⁴. Elles permettent une réflexion sereine sur ce qui pourra encore être fait pour améliorer la sécurité. Il sera parfois possible soit de diminuer l'occurrence de ces erreurs, en recourant par exemple à de nouvelles consignes de sécurité, soit d'en limiter les effets, en mettant en place de nouveaux dispositifs de protection tels que les airbags – on parle alors de mitigation du risque.

Il en va évidemment ainsi de la science médicale qui évolue constamment pour améliorer la sécurité des actes thérapeutiques: «tous les jours des doctrines nouvelles s'édifient, les procédés se perfectionnent, des traitements inconnus hier, s'imposent aujourd'hui et deviendront demain pratique courante»¹⁷⁶⁵. Ce constat peut être étendu à tous les domaines.

La bonne nouvelle, c'est donc qu'accepter l'existence d'erreurs irréductibles à un temps donné permet une réduction du risque pour l'avenir. C'est à ce prix que la sécurité progresse. Il convient dès lors de bien définir ce qu'il faut entendre par erreur irréductible.

¹⁷⁶² I. JAMIN, «La responsabilité pénale en milieu de soins: une préoccupation réelle, une menace relative», *AJ Pénal*, 2009, p. 340 et s.

¹⁷⁶³ *Ibid.*

¹⁷⁶⁴ *Ibid.*

¹⁷⁶⁵ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, *op. cit.*, p. 153.

B La définition de l'erreur irréductible

376. Définition

L'idée qu'il existerait une erreur irréductible, inhérente à toute activité humaine, a été principalement formalisée par la doctrine pénale au cours de la seconde moitié du XX^e siècle, c'est-à-dire antérieurement aux réformes relatives aux infractions non intentionnelles. La définition d'une telle erreur a progressivement émergé sous la plume de différents auteurs, qui se sont complétés au fil du temps. Il convient dès lors de présenter leurs travaux (a) avant d'en proposer une synthèse (b).

1 Les définitions doctrinales

377. Doctrine

En matière d'infraction non intentionnelle, l'erreur a été principalement définie par trois auteurs : une première définition a été donnée par HANNEQUART (a), celle-ci a ensuite été approfondie par le Professeur JEAN PENNEAU (b), avant de faire l'objet d'un réexamen par la Professeure CHRISTINE GRAPIN (c).

a *L'apparition de la notion chez Hannequart*

378. Approche de l'auteur

Le premier à avoir entrepris des recherches sur la notion d'erreur est le pénaliste HANNEQUART qui, en 1959, s'est consacré à l'étude de *La responsabilité pénale de l'ingénieur*¹⁷⁶⁶. Bien qu'il s'agisse d'un juriste belge, son travail a largement été nourri par des éléments glanés dans la jurisprudence française ainsi que par les réflexions issues de la doctrine française car, à ce moment-là, le droit français était encore assez proche du droit belge en matière d'imprudance pénale¹⁷⁶⁷. Tout particulièrement, les deux droits retenaient le principe d'unité des fautes civile et pénale, ce que cet auteur rejetait absolument¹⁷⁶⁸.

Dans son ouvrage, il s'est intéressé à ces erreurs que peuvent commettre les ingénieurs et qui, selon lui, doivent être exclues du champ pénal. Il a ensuite étendu son étude à la situation de tous les professionnels qui entreprennent des activités présentant des risques particuliers, tels que les architectes, les médecins ou encore les mineurs, ce qui donne à son travail un aspect transversal particulièrement intéressant. Dès le début de son ouvrage, son objectif apparaît ouvertement : il cherche par le développement de la notion d'erreur à « éviter l'aphonie de l'analyse juridique par rapport à la réalité sociale »¹⁷⁶⁹.

¹⁷⁶⁶ *Ibid.*

¹⁷⁶⁷ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., p. 173.

¹⁷⁶⁸ R. LEGROS, *L'élément moral dans les infractions*, Édition Desoer, Liège, 1952, p. 174 et s.

¹⁷⁶⁹ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., p. 9.

379. Postulat de départ

Pour fonder sa théorie, il part d'un postulat qui rappelle largement celui du risque autorisé, en considérant qu'on ne peut «admettre que la société engage certains de ses fils à œuvrer de toute leurs forces dans des secteurs dangereux où les risques sont inévitables et où les meilleurs peuvent se tromper, pour leur infliger la sanction pénale dès qu'ils versent dans l'erreur»¹⁷⁷⁰. Ainsi ajoute-t-il, «lorsque nous pénétrons dans les activités complexes et tout particulièrement dans le domaine industriel, l'homme normal n'échappe pas à certaines erreurs. On peut certes le déplorer, mais on doit s'incliner devant le fait»¹⁷⁷¹.

380. Identification de l'erreur

Dès lors, il considère que l'erreur doit être clairement distinguée de la faute d'imprudence¹⁷⁷². Il explique que «si la faute apparaît avec l'écart entre l'acte posé et la conduite de l'homme normal, [il n'est plus possible ici de trouver] l'identification entre elle et l'erreur. Celle-ci existe parce que l'homme qui a cru à la validité de ses actes est forcé de constater qu'il s'est trompé, mais la faute est absente, parce que dans le cours ordinaire des choses, tout homme normal eut été exposé à la méprise et y serait tombé, sauf facteur exceptionnel de chance ou de science»¹⁷⁷³.

La distinction qu'il fait entre l'erreur et la faute se fonde ainsi essentiellement sur le critère de l'«anomalie du comportement» vis-à-vis de celui que des pairs auraient normalement adopté¹⁷⁷⁴. Si la faute «requiert la conviction que le «bon professionnel» n'aurait pas agi de la sorte»¹⁷⁷⁵, l'erreur, quant à elle, «s'inscrit inévitablement dans la trame des activités du «bon citoyen»¹⁷⁷⁶. «En l'absence de violation d'une norme réglementaire, les conduites conformes aux usages» qui engendrent un dommage ne peuvent qu'être qualifiées d'erreurs étant donné que la «faute pénale ne peut exister là où il n'est pas douteux que la plupart des «bons professionnels» auraient suivi l'usage critiqué»¹⁷⁷⁷.

381. Diversité des erreurs

Il illustre son propos en rappelant que des erreurs «contre lesquelles la prudence ne peut prémunir»¹⁷⁷⁸ peuvent apparaître de bien des manières, que ce soit dans l'exécution de l'action ou dans sa conception: «Le geste devait être très précis: son auteur est victime de maladresse. Le danger exigeait un réflexe salvateur: la seconde d'hésita-

¹⁷⁷⁰ *Ibid.*, p. 77.

¹⁷⁷¹ *Ibid.*

¹⁷⁷² *Ibid.*, p. 67.

¹⁷⁷³ *Ibid.*, p. 77.

¹⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. 64.

¹⁷⁷⁵ *Ibid.*, p. 113.

¹⁷⁷⁶ *Ibid.*, p. 311.

¹⁷⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁷⁸ *Ibid.*, p. 25.

tion est fatale. (...) Quant à l'intelligence, elle se heurte chaque jour dans l'exercice des sciences et dans leur mise en œuvre pour la transformation de notre monde, à l'inconnu inexplicable, à l'extraordinaire et à l'exceptionnel»¹⁷⁷⁹. Au-delà de ces cas, ajoute-t-il, des erreurs peuvent également se rencontrer dans l'appréciation des risques: «Si après coup le jugement de valeur se révèle erroné, encore convient-il de n'y associer la faute juridique que si l'homme normal ne l'eut point émis»¹⁷⁸⁰.

382. Absence de sanction en cas d'erreur

L'auteur déduit de ses constatations que «la peine [serait alors] déplacée là où l'échec des actes posés par rapport au résultat poursuivi n'apparaît plus comme la conséquence d'une déficience répréhensible de l'agent, mais bien des limites humaines en général»¹⁷⁸¹. La sanction pénale requiert en effet un comportement répréhensible, ce qui n'est pas le cas dans cette hypothèse¹⁷⁸². Il conclut son travail en rappelant que «la perfection du droit n'est pas dans la rigueur de ses exigences, mais dans son appropriation au service de l'homme, cet être imparfait, inlassable pèlerin sur le chemin de l'idéal»¹⁷⁸³. La norme pénale ne doit donc pas exiger l'impossible mais doit au contraire aider le citoyen à définir le comportement qu'il est adéquat d'adopter dans une situation donnée.

La théorie de l'erreur a ensuite été reprise dans la doctrine française. Elle a notamment été citée par PIROVANO¹⁷⁸⁴, LEVEL¹⁷⁸⁵ ou encore TUNC et LÉAUTÉ¹⁷⁸⁶ mais c'est le Professeur JEAN PENNEAU qui l'a véritablement approfondie.

¹⁷⁷⁹ *Ibid.*, p. 73. Pour une présentation similaire du phénomène de l'erreur dans une revue médicale britannique, voir également F. OYEBODE, «Clinical errors and medical negligence», *Medical principles and practice*, 2013, p. 324.

¹⁷⁸⁰ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, *op. cit.*, p. 77.

¹⁷⁸¹ *Ibid.*, p. 53.

¹⁷⁸² *Ibid.*, p. 311.

¹⁷⁸³ *Ibid.*, p. 315.

¹⁷⁸⁴ A. PIROVANO, *Faute civile et faute pénale, essai de contribution à l'étude des rapports entre la faute des articles 1382-1383 du Code civil et la faute des articles 319-320 du Code pénal*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1966, p. 181, n° 109. Cet auteur énonce notamment que «la responsabilité objective n'est donc pas un progrès en droit pénal. Il faut tout au contraire restaurer le dommage de la culpabilité personnelle, avec tout ce qu'elle comporte de nuances depuis l'erreur excusable jusqu'aux formes les plus caractérisées d'égoïsme et d'agressivité».

¹⁷⁸⁵ P. LEVEL, «La faute involontaire de l'employeur et sa responsabilité pénale à la suite d'agissement commis par son personnel», *JurisClasseur*, 1969. 1. p. 1559 et s. Cet auteur propose de distinguer entre «l'employeur malheureux mais honnête et le chef d'entreprise inapte ou peu soucieux des vies humaines». Il considère ainsi que «si toutes les erreurs doivent être réparées, elles ne sont pas toutes du domaine de la répression».

¹⁷⁸⁶ A. TUNC et J. LÉAUTÉ, «Les frontières de la répression en matière d'imprudence», *Les frontières de la répression 1: imprudence, droit économique et social, pays de l'Est*, Congrès de Criminologie, Bruxelles, Édition de l'Université de Bruxelles, 1972, p. 44, n° 6. Ces auteurs énoncent que «Dans cette situation, il semble nécessaire avant tout de bien distinguer les deux notions de faute et d'erreur – quitte à reconnaître que les problèmes de frontière entre elles

b *L'approfondissement de la notion chez Penneau*

383. Approche de l'auteur

En France, la notion d'erreur a été introduite dans la recherche sur les infractions non intentionnelles par le Professeur JEAN PENNEAU qui, alors qu'il était déjà titulaire d'un doctorat en médecine, a soutenu en 1973 une thèse de droit consacrée à la distinction entre *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*. L'ouvrage s'intéresse plus spécifiquement à la question médicale mais n'en donne pas moins l'occasion à quelques développements intéressants dans d'autres domaines d'activité. Quoiqu'il en soit, la question centrale qui est abordée dans cette étude est celle de l'erreur et de sa distinction avec la faute d'imprudence, que l'auteur envisage sous le double volet des responsabilités civile et pénale. Pour ce faire, cet auteur reprend les définitions de l'erreur énoncées par YVON HANNEQUART, qu'il complète à plusieurs égards.

384. Rapport entre erreur et faute

Cet auteur propose de reprendre le problème différemment en considérant qu'« au lieu de partir toujours de la faute, à laquelle on veut, contre toute logique, assimiler tout fait dommageable », il faut partir de l'erreur, qu'il prend dans son acception la plus large, pour ne pas préjuger d'un comportement coupable. Ainsi, explique-t-il, « c'est l'erreur qui est le genre et la faute l'espèce [particulière], et non l'inverse, comme on a trop souvent tendance à le penser et à l'écrire en confondant les termes »¹⁷⁸⁷.

Partant de l'erreur, il propose alors de s'interroger sur « les anomalies de conduites liées spécialement à l'inadaptation de l'homme à toujours parfaitement contrôler les techniques qu'il emploie [et] d'une manière générale, à la faillibilité humaine »¹⁷⁸⁸ afin d'identifier les erreurs non fautives.

Pour illustrer son propos, il prend l'exemple d'un cas d'appendicite méconnue, en rappelant que son diagnostic, même s'il peut sembler aisé, est en réalité difficile si l'on ne veut pas le poser abusivement¹⁷⁸⁹: « Si un premier médecin s'est contenté d'un rapide

peuvent être parfois délicats. (...) Elle est parfaitement claire, en principe du moins. La faute, selon la définition acceptée de tous pour l'essentiel, est un comportement qui s'écarte de celui qu'aurait eu le bon père de famille: l'homme prudent – précisément – diligent, conscient de ses devoirs. L'erreur est le geste fâcheux que peut avoir même le bon père de famille. L'erreur est inhérente à l'homme, elle est de sa nature: *errare hunanum est* ».

¹⁷⁸⁷ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, *op. cit.*, p. 137. Dans le même sens, voir S. CHARPENTIER, *Contribution à l'étude de la faute pénale d'imprudence*, thèse, Montpellier, 1993, p. 27.

¹⁷⁸⁸ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, *op. cit.*, p. 136. Plus récemment, voir également B. STIEGLER, *Il faut s'adapter, sur un nouvel impératif politique*, Gallimard, 2019.

¹⁷⁸⁹ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, *op. cit.*, p. 152.

interrogatoire et d'un examen superficiel, et si un second a procédé à un examen minutieux et approfondi du malade, tous deux ont commis la même erreur, mais le premier est en faute pour avoir violé son devoir de diligence alors que le second l'a respecté; ce dernier a commis une erreur non fautive»¹⁷⁹⁰.

385. Identification de l'erreur non fautive

L'auteur cherche alors à appréhender ce qu'est une erreur non fautive, l'erreur irréductible que nous étudions, qu'il ne désigne d'ailleurs le plus souvent que sous le vocable d' «erreur», comme le faisait HANNEQUART précédemment.

Il rappelle d'abord que le fait de causer un dommage est considéré comme fautif en cas d' «anomalie de conduite que n'aurait pas commise un individu normalement avisé et soucieux de ses devoirs sociaux»¹⁷⁹¹. Toutefois, poursuit-il, il peut arriver qu'une «action, conduite avec les diligences normales, avec toutes les précautions requises et sans qu'intervienne une cause étrangère, entraîne un dommage»¹⁷⁹². «En présence d'un tel dommage causé par une anomalie accidentelle de comportement, inhérente à la faillibilité humaine, on pourra parler d'erreur et la distinguer de la faute»¹⁷⁹³.

Dans ces hypothèses, il souligne que l'erreur se caractérise par le fait qu' «aucune règle, sinon *neminem leadere*», mais en tout cas aucune règle précise de conduite, n'a été transgressée»¹⁷⁹⁴. La notion d'erreur renvoie ainsi selon lui à ces «ratés imprévisibles et irrésistibles d'une machine humaine normalement constituée, survenant dans un contexte normalement diligent»¹⁷⁹⁵. Il explique que l'homme normalement prudent et avisé «peut, comme tout homme, faire un faux pas, trébucher aux sens réel et figuré, quelle que soit la diligence qu'il apporte à sa conduite»¹⁷⁹⁶. Dans la matière médicale à laquelle il s'intéresse plus particulièrement, aucun médecin n'est à l'abri de commettre une erreur, qu'elle soit d'ordre physique – geste malheureux lors d'une exploration instrumentale ou d'un acte chirurgical – ou d'ordre intellectuel – erreur de diagnostic ou dans le choix du traitement¹⁷⁹⁷.

¹⁷⁹⁰ *Ibid.* Dans le même sens, voir C. CLAVERIE-ROUSSET, «La responsabilité pénale du médecin en cas d'accord médial», *La responsabilité pénale du médecin, Revue générale de droit médical*, Les études hospitalières, N° 44, 2012, p. 124.

¹⁷⁹¹ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, *op. cit.*, p. 3.

¹⁷⁹² *Ibid.*, p. 18.

¹⁷⁹³ *Ibid.*

¹⁷⁹⁴ *Ibid.*, p. 144.

¹⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 3 et 158.

¹⁷⁹⁶ *Ibid.*, p. 42.

¹⁷⁹⁷ *Ibid.*, p. 146. Dans ce sens, voir par ex. CA Pau 21 nov. 1989, JCP. 1991. II. 21683, note Nérac-Croisier; RSC 1992, p. 79, obs. Levasseur; CA Amiens, 30 janv. 1990, RSC, 1992, 78, obs. G Levasseur. Confirmé par Cass. crim., 17 janv. 1991 RSC 1992, p. 78 obs. Levasseur.

Force est alors de constater que, même «dans le cadre d'une prestation d'ensemble normalement diligente»¹⁷⁹⁸, une erreur accidentelle est «statistiquement inévitable eu égard aux possibilités des êtres humains et à la complexité des activités auxquelles ils sont confrontés, ainsi qu'aux risques qui leur sont associés»¹⁷⁹⁹. Ainsi, plus l'action s'inscrit dans la durée et «plus la tâche réclame une action de qualité, plus l'erreur s'inscrit [alors] dans le comportement normal»¹⁸⁰⁰. Il faut dès lors bien considérer qu'une telle erreur n'a plus rien de fautif et qu'elle doit seulement être traitée comme un «simple fait»¹⁸⁰¹.

386. Erreur et la faute très légère

Plus précisément, le Professeur JEAN PENNEAU, prend le soin de distinguer l'erreur de la faute très légère. Il rappelle que la faute, même très légère, ne peut exister que là où une règle de prudence a été violée. Il considère par conséquent qu'il est indifférent de ce point de vue que la faute soit qualifiée de «très légère, légère ou un peu plus ou un peu moins», elle doit être faute, tout simplement¹⁸⁰². Ainsi, même si l'écart entre la conduite suivie et le modèle de référence est minime, «dès que la règle est transgressée, l'erreur devient une faute, (...) à cette seule condition, nécessaire mais suffisante»¹⁸⁰³. Quoi qu'il en soit, il n'existe de ce fait aucune «demi-faute»¹⁸⁰⁴ qui échapperait à la répression. La question de savoir si l'erreur peut être assimilée à une faute très légère constitue donc un faux problème.

Dès lors, il fait observer que la différence entre l'erreur et la faute ne relève sur le principe pas tant d'une différence de degré que d'une différence de nature: dans un cas le comportement est conforme à la diligence requise alors que dans l'autre le comportement procède «d'une diligence inférieure à celle qui est normalement exigible»¹⁸⁰⁵.

Toutefois en pratique, concède-t-il, le point de bascule de l'un à l'autre n'est pas toujours évident à déterminer, tout particulièrement dans les domaines professionnels où la complexité technique multiplie les occasions que de petites anomalies de conduite surviennent tout au long de l'activité¹⁸⁰⁶. En cas de dommage, «le besoin social de sécurité et le sentiment diffus de justice imminente»¹⁸⁰⁷ peuvent alors pousser à considérer de telles anomalies comme fautives. Pourtant dans la plupart des cas, affirme-t-il, celles-ci auraient tout aussi bien pu être commises par le type de référence, «puisque,

¹⁷⁹⁸ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 145.

¹⁷⁹⁹ *Ibid.*, p. 167.

¹⁸⁰⁰ *Ibid.*, p. 145.

¹⁸⁰¹ *Ibid.*, p. 167.

¹⁸⁰² *Ibid.*, p. 122.

¹⁸⁰³ *Ibid.*, p. 144.

¹⁸⁰⁴ *Ibid.*, p. 188.

¹⁸⁰⁵ *Ibid.*, p. 145.

¹⁸⁰⁶ *Ibid.*, p. 136 et s.

¹⁸⁰⁷ *Ibid.*

étant un homme, lui aussi est faillible»¹⁸⁰⁸. Pour déterminer la véritable nature d'une telle anomalie, il convient alors de se référer au contexte de diligence dans lequel elle s'est produite. C'est seulement de cette manière qu'il sera possible de discriminer entre d'une part l' «anomalie accidentelle de comportement liée à la faillibilité humaine et survenue dans une prestation globale correcte», qui relèvera de la simple erreur, et, d'autre part, l' «anomalie fautive de comportement liée au défaut de prudence et de diligence»¹⁸⁰⁹, qui caractérisera une faute d'imprudence, aussi légère soit-elle.

Il apparaît donc que la liberté dont jouit le juge en cette matière se situe non pas dans une prétendue faculté qu'il aurait d'exclure arbitrairement de la répression certaines fautes plus ou moins légères mais dans la possibilité qu'est la sienne de faire varier, «suivant les circonstances de chaque espèce, les limites de la diligence normale au-delà de laquelle ne peuvent exister que des [erreurs] sans conséquences juridiques»¹⁸¹⁰. Si les critères déterminant la diligence attendue dans un cas d'espèce peuvent être discutés, cette question ne doit donc pas être confondue avec celle de la gravité des écarts de comportement qui pourraient être commis par rapport à ce standard. La question est d'une autre nature.

387. Illustration de l'erreur non fautive

Au cours de son étude, cet auteur accompagne son argumentaire de différents exemples, tirés du domaine médical, qui permettent d'illustrer quelles sont en pratique ces erreurs, irréductibles, qui peuvent survenir malgré toute la prudence et la diligence du médecin.

Il s'intéresse notamment à la manifestation de ces erreurs en matière de diagnostic. Ainsi, il apparaît que le médecin, qui «vingt fois par jour observe les symptômes d'un mal ou écoute le patient les lui décrire, qui en fait rapidement la synthèse et en dégage un diagnostic»¹⁸¹¹ commet nécessairement des erreurs irréductibles. Selon lui, en ce domaine, «même avec parfois des éléments qui, *a posteriori*, paraissent évidents, les plus savants, les plus compétents, les plus lucides et les plus diligents se trompent. Les plus grands parmi les maîtres commettent journalièrement de telles erreurs. Et ce diagnostic qu'un jour ils n'auront pas fait, ils le poseront le lendemain»¹⁸¹². Dès lors, l'auteur considère que de telles erreurs sont inhérentes à l'exercice de la médecine et qu'elles doivent alors être distinguées de la faute d'imprudence¹⁸¹³.

¹⁸⁰⁸ *Ibid.*

¹⁸⁰⁹ *Ibid.*

¹⁸¹⁰ *Ibid.*, p. 124.

¹⁸¹¹ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, *op.cit.*, préface A. TUNC.

¹⁸¹² *Ibid.*, p. 147.

¹⁸¹³ Dans le même sens, voir A. DORSNER-DOLIVET, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie*, L.G.D.J, 1986, p. 256.

Il s'intéresse par ailleurs aux erreurs qui peuvent être commises dans le choix du traitement. Il explique ainsi que lorsque le médecin propose une médication à son patient, il lui incombe «de ne la prescrire que dans une indication précise, ensuite d'éliminer, par un examen normalement diligent, les contre-indications éventuelles, afin de prévenir le malade des incidents possibles, s'il en redoute»¹⁸¹⁴. Toutefois, estime-t-il, «si ensuite un accident se produit, parce qu'un risque a été mal évalué, parce que la posologie s'est révélée mal adaptée, la décision déficitaire survenue malgré une conduite diligente, constitue une simple erreur»¹⁸¹⁵ car le médecin a accompli l'ensemble des démarches qui lui incombent.

388. Effet exonératoire de l'erreur

Dans ces hypothèses, conclut l'auteur, la simple erreur doit avoir un effet exonératoire de responsabilité. Il rappelle dans ce sens que le droit, dont la fonction est d'assurer un équilibre social harmonieux, ne peut remplir une telle fonction qu'en adoptant des solutions réalistes¹⁸¹⁶. Il considère ainsi que le droit «ne peut permettre que la société reproche à un de ses membres un acte qui a dévié de la ligne idéale, à la suite d'une erreur accidentelle qu'un autre aurait tout aussi bien pu commettre, puisque le contexte de la diligence est par ailleurs normal»¹⁸¹⁷. Dès lors, la simple erreur doit sortir du champ de la répression.

La notion d'erreur a ensuite été reprise par divers auteurs¹⁸¹⁸, tout particulièrement en matière de droit médical¹⁸¹⁹. Toutefois, c'est chez la Professeure CHRISTINE GRAPIN qu'elle a connu un réexamen intéressant, qu'il convient de présenter pour finir ce tour d'horizon.

¹⁸¹⁴ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 152.

¹⁸¹⁵ *Ibid.*

¹⁸¹⁶ *Ibid.*, p. 233.

¹⁸¹⁷ *Ibid.*

¹⁸¹⁸ Voir M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, thèse, Montpellier, 2009, p. 481. A la marge, voir également S. FOURNIER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 2^e édition, 2021, p. 89, n^o 193 et O. DÉCIMA, S. DETRAZ, E. VERNY, *Droit pénal général*, L.G.D.J., 4^e édition, 2020, p. 219, n^o 429.

¹⁸¹⁹ Voir en particulier M. AKIDA, *La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence*, L.G.D.J., 1994, p. 85 et s. qui constate le courant doctrinal tendant à distinguer l'erreur de la faute en droit pénal général et en matière médicale. Cet auteur, dans un art. 1 intitulé «la nécessité de distinguer l'erreur de la faute», effectue une courte synthèse des écrits de HANNEQUART et LEVEL. Voir également F. ALT-MAES, «La grande désillusion: la dépenalisation attachée à l'application de la loi du 10 juillet 2000 au médecin», *Les droits et le droit, Mélanges dédiés à B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 14; S. HOCQUET-BERG et B. PY, *La responsabilité du médecin*, Paris, France, Heures de France, 2006, p. 116; G. MÉMETEAU, «Causerie sur l'erreur médicale», colloque sur *L'erreur*, Presses universitaires de France, Cahiers des sciences morales et politiques, 2007, p. 62. Cette distinction a également été reprise en droit civil, de manière plus sévère toutefois, en ce qui concerne l'erreur de diagnostic. Voir par ex. S. PORCHY-SIMON, «Fasc. 440-40: Santé, Responsabilité médicale, Responsabilité pour faute de technique médical», *JurisClasseur*, 2022, LexisNexis, n^o 25 et s.

c Le réexamen de la notion chez Grapin

389. Approche de l'auteur

De manière notable, la recherche sur la notion d'erreur a été poursuivie par la Professeure CHRISTINE GRAPIN. Cette auteure, bien que chirurgienne de formation, a rédigé une thèse de doctorat en droit relative à *La responsabilité chirurgicale*, dans laquelle elle s'intéresse tant aux aspects civils que pénaux de la question.

Dans sa thèse, soutenue en 2000, elle consacre de longs développements à la responsabilité pénale des chirurgiens en matière non intentionnelle selon le droit antérieur à la loi du 10 juillet 2000. Pour traiter la question, elle s'intéresse principalement à la distinction entre erreur et faute. Après avoir rappelé les développements effectués par les auteurs précédents, elle propose succinctement un réexamen original de la distinction entre erreur et faute en se fondant sur la notion de risque. Son regard est intéressant dans la mesure où, forte de son expérience professionnelle, elle cherche avant tout à adopter une approche réaliste de la question afin que les solutions du droit pénal soient cohérentes avec les enjeux de la pratique. Bien que sa thèse traite de manière spécifique du domaine chirurgical, la réflexion qu'elle mène nous semble pouvoir être étendue à l'ensemble des activités à risque.

390. Constat de départ

Cette auteure part du constat que la notion traditionnelle de faute non intentionnelle est inadaptée pour traiter en droit pénal des dommages qui surviennent dans le cadre d'activités à risque telles que la chirurgie. «L'imprudence», «la négligence», la «maladresse» ou «l'inattention», auxquelles renvoie la notion de faute, sont «des termes [bien] trop vagues, dit-elle, pour pouvoir être appliqués sans danger d'arbitraire» à ce type d'activités¹⁸²⁰. En outre et surtout, ajoute-t-elle, ces termes méconnaissent complètement «la part importante du risque» qui est inhérente à de telles activités¹⁸²¹, ce qui est hautement préjudiciable à une approche mesurée du fait non intentionnel.

391. Nouveau critère de distinction entre erreur et faute

Dès lors, elle propose d'appréhender d'une nouvelle manière le fait non intentionnel afin de mieux distinguer la faute pénale de ce qui ne caractérise qu'une simple erreur. Partant de son expérience de la chirurgie, elle considère que la faute d'imprudence doit être «conçue comme un manquement à l'obligation de prévention d'un risque accessible à la prévention»¹⁸²², en d'autres termes, comme «une mauvaise gestion du risque» lié à l'activité elle-même¹⁸²³.

¹⁸²⁰ C. GRAPIN, *La responsabilité chirurgicale*, *op. cit.*, p. 250.

¹⁸²¹ *Ibid.*, p. 253.

¹⁸²² *Ibid.*, p. 651 et 652. Pour une autre formulation de cette même définition, voir p. 320: «La faute se définit selon nous par l'absence de prévention ou la prévention insuffisante d'un risque évitable».

¹⁸²³ *Ibid.*, p. 282.

Elle en déduit que ce que la doctrine a convenu d'appeler «erreur» ne serait par conséquent rien d'autre «que la traduction et la réalisation du risque» inhérent à l'activité exercée, à savoir dans son domaine la réalisation du «risque chirurgical»¹⁸²⁴. Cette définition de l'erreur nous semble particulièrement pertinente pour notre étude dans la mesure où elle permet de rapprocher facilement la notion d'erreur de celle du risque autorisé en droit suisse.

392. Importance de la distinction entre erreur et faute

Cette auteure considère que la distinction entre erreur et faute pénale revêt une «importance capitale» dans les domaines à risque tels qu'en matière médicale¹⁸²⁵. Comme le Professeur JEAN PENNEAU, elle estime que cette distinction ne doit pas être vue comme une simple différence de degré. En ce qui concerne le résultat, explique-t-elle, «il n'existe effectivement qu'une différence de degré entre dommage grave, dommage bénin et absence de dommage»¹⁸²⁶. Toutefois, «il existe une différence fondamentale de nature entre l'erreur et la faute, (...) celle-ci se situant en amont du dommage dans la nature des moyens mis en œuvre pour la prise en charge du malade, c'est-à-dire au niveau de la gestion du risque»¹⁸²⁷.

Dès lors, il est indispensable de bien séparer l'erreur de la faute, car nier cette différence fondamentale, assure-t-elle, ne peut qu'«aboutir à trouver des fautes «légères» là où il n'y a eu qu'erreur ou à considérer qu'il y a eu faute uniquement parce que le dommage est particulièrement grave»¹⁸²⁸.

393. Critère des moyens pour identifier l'erreur

Ainsi, elle considère qu'il sera possible de parler de simple erreur lorsque l'agent a utilisé des moyens suffisants «pour lutter contre le risque», qu'il s'agisse de l'attention déployée, des mesures de précaution, du respect des normes de réglementations ou encore de la compétence ou de la formation permanente exigée dans le domaine d'activité¹⁸²⁹.

Lorsque l'accident se produit malgré la mise en place de l'ensemble des mesures adéquates, il ne s'agira que d'un comportement «normal»¹⁸³⁰ et il faudra alors parler d'erreur. «L'homme avisé, scrupuleux [et] compétent peut se tromper, mais son erreur n'est [alors] pas considérée comme fautive»¹⁸³¹ car il a mis en œuvre tous les moyens exigibles pour éviter la réalisation du risque»¹⁸³².

¹⁸²⁴ *Ibid.*, p. 596.

¹⁸²⁵ *Ibid.*, p. 595.

¹⁸²⁶ *Ibid.*, p. 602.

¹⁸²⁷ *Ibid.*

¹⁸²⁸ *Ibid.*

¹⁸²⁹ *Ibid.*, p. 594.

¹⁸³⁰ *Ibid.*, p. 597.

¹⁸³¹ *Ibid.*

¹⁸³² *Ibid.*, p. 604.

Partant, elle explique le mécanisme de production de telles erreurs. Selon elle, l'erreur naît de la « discordance entre une action parfaite ou du moins conforme aux critères de qualité que l'on peut établir *a priori* et un résultat, non conforme à ce que l'on pouvait attendre de l'action »¹⁸³³. Elle est alors identifiée *a posteriori* grâce au résultat de celle-ci¹⁸³⁴. En d'autres termes, l'erreur visée correspondrait en fait à la réalisation du risque résiduel, c'est-à-dire à un risque qui a été diligemment ramené à sa part résiduelle grâce à des moyens appropriés dans les circonstances de l'espèce.

394. Erreur et risque résiduel

L'auteure apporte en outre une précision sémantique intéressante concernant l'expression de « risque résiduel » dont la réalisation permet de caractériser ce qui n'est que simple erreur. Elle explique que l'idée du risque résiduel est parfois associée aux notions de « hasard » ou d' « aléa »¹⁸³⁵. Toutefois, une telle association ne doit pas prêter à confusion. En réalité, employées dans ce contexte, ces notions « ne sont que la traduction de nos ignorances et des imperfections des techniques et des pratiques »¹⁸³⁶. En effet, même si le progrès a considérablement fait reculer notre ignorance des mécanismes scientifiques, notre compréhension des phénomènes qui nous entourent et des techniques que nous employons reste souvent encore assez grossière¹⁸³⁷. Ce sont alors ces failles de connaissance et de capacité à tout maîtriser qui constituent le risque résiduel qui, lorsqu'il se réalise, devra être appréhendé sous l'angle d'une simple erreur dans l'exécution de l'activité et non comme une faute pénale d'imprudence.

395. Absence de sanction

Dès lors, dans le champ des activités techniques et complexes, la commission d'erreur apparaît comme inhérente à la condition même de l'activité concernée¹⁸³⁸ : « elle se révèle inévitable statistiquement. La mise en œuvre de toutes les précautions matérielles et intellectuelles ne peut éviter à coup sûr la survenance d'une [telle] erreur »¹⁸³⁹. L'auteure considère par conséquent que celle-ci ne doit pas être sanctionnées pénalement.

Il convient à présent de proposer une synthèse de ces définitions.

2 La synthèse de ces définitions

396. Phénomène de l'erreur irréductible

Chez chacun de ces auteurs, le raisonnement part du constat que, dans les domaines d'activité dangereux et complexes, il peut arriver que des personnes, en dépit d'un

¹⁸³³ *Ibid.*, p. 602.

¹⁸³⁴ *Ibid.*

¹⁸³⁵ *Ibid.*, p. 598.

¹⁸³⁶ *Ibid.*

¹⁸³⁷ *Ibid.*

¹⁸³⁸ *Ibid.*, p. 596.

¹⁸³⁹ *Ibid.*

comportement normalement prudent et diligent, commettent des erreurs et causent ainsi un dommage à autrui. De telles erreurs sont liées à la faillibilité et aux limites de l'être humain et s'avèrent dès lors statistiquement inévitables dans l'exercice des activités concernées. Pour les désigner, nous qualifierons volontiers ces erreurs d'«irréductibles», dans le sens où, au moment de l'action, il n'est pas possible de s'en prémunir en dépit de tous les efforts raisonnables de prudence.

Selon ces auteurs, ces erreurs irréductibles doivent être clairement distinguées des fautes pénales d'imprudence. Entre les unes et les autres, ce n'est pas seulement d'une différence de degré dont il s'agit mais d'une différence de nature. En cas d'erreur irréductible, le comportement s'avère conforme à celui qui est normalement attendu dans l'exercice de l'activité alors qu'en cas de faute, il est en-dessous du standard de la diligence normale. Dès lors, ils considèrent unanimement que l'erreur irréductible doit être exclue du champ de la répression.

397. Établissement d'une définition de l'erreur irréductible

Comme nous avons pu le voir, la notion d'erreur irréductible a été définie grâce à bien des expressions. Parfois, il a été considéré qu'elle renvoyait à une «anomalie accidentelle de conduite». Cette description ne nous semble pas pleinement satisfaisante dans la mesure où elle peut laisser faussement entendre que le comportement visé a été anormal, alors que, précisément, l'erreur irréductible ne saurait être admise qu'en présence d'un comportement normalement prudent et diligent. D'autres fois, elle a été qualifiée de «raté imprévisible et irrésistible» ou encore de «faux pas» dans un contexte diligent. Ces expressions se révèlent plus parlantes mais nous semblent toutefois trop familières. C'est pour cette raison que nous préférons leur substituer la notion de «défaillance»¹⁸⁴⁰ qui renvoie davantage à l'idée de faiblesse de l'être humain et aux limites inhérentes à la condition humaine. Une défaillance de l'action est en effet toujours possible et peut être normale lorsqu'elle survient dans un contexte par ailleurs prudent et diligent.

En outre, nous avons vu que, en matière d'activité à risque, le critère du comportement normal pouvait correspondre à la gestion normalement prudente et diligente du risque. Dans cette acception, l'individu qui prend part à une telle activité adopte un comportement normal lorsqu'il prend toutes les mesures raisonnablement exigibles pour encadrer le risque lié à l'activité concernée et le ramener à sa part résiduelle.

En partant de ces différents éléments, il est possible de proposer une synthèse de ce qu'il convient d'entendre par erreur irréductible. Elle peut se définir comme la défaillance d'une action humaine qui survient, dans le cadre d'une activité à risque, alors que le risque lié à cette activité a fait l'objet d'une gestion normalement prudente et

¹⁸⁴⁰ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., p. 148.

diligente, c'est-à-dire que tous les moyens raisonnablement envisageables pour l'encadrer ont été consciencieusement employés par l'auteur de l'action.

Le caractère irréductible de cette erreur doit être évalué au temps de l'action, en se référant aux erreurs qui ne pouvaient pas être prévenues en l'état des connaissances scientifiques et techniques du moment ou seulement en recourant à des moyens déraisonnables ou rédhibitoires vis-à-vis de l'activité elle-même.

398. Manifestations de l'erreur irréductible

Les auteurs se rejoignent sur le fait que ces erreurs irréductibles peuvent se manifester de différentes manières. D'une part, il peut s'agir d'une erreur intellectuelle qui survient dans la conception de l'action. Rien ne laissait alors penser à l'agent que la conception de son action était défailante, pourtant c'était le cas car il a été confronté à une situation que la connaissance actuelle ne permettait pas d'anticiper parfaitement. Cette connaissance lacunaire est et sera toujours inhérente aux sciences et à la technique car, pour prendre une image mathématique, plus le cercle de la connaissance grandit, plus l'interface avec le monde inconnu, c'est-à-dire le périmètre de ce cercle, s'accroît rapidement¹⁸⁴¹. En clair, plus on cherche, plus la connaissance s'accroît et plus on constate l'immensité des choses que l'on ne sait pas. En raison de cette connaissance imparfaite, il apparaît normal que l'agent puisse se tromper en ne parvenant pas à identifier toutes les failles possibles de son action.

D'autre part, il peut s'agir d'une erreur matérielle ou physique, qui survient dans l'exécution de l'action. L'agent s'est comporté de la manière qui convient quand on manie ou approche des valeurs sociales essentielles¹⁸⁴²; «il a gardé l'attitude de respect qui convient à leur égard et usé des procédés prescrits: il ne pouvait faire plus, s'il avait le devoir ou simplement le droit de courir [ce] risque [et] de ne pas s'abstenir»¹⁸⁴³. Pourtant, la mise en œuvre de l'action par l'agent se révèle défailante car il ne parvient pas à maîtriser suffisamment la matière en raison des limites inhérentes à sa condition humaine.

Dans la plupart des cas, il faut bien reconnaître que ces deux aspects de l'erreur sont largement entremêlés: c'est parce qu'une donnée particulière échappe à l'homme normal qu'il ne parvient pas par la suite à maîtriser parfaitement la matière dans le cadre de son activité, ce qui conduit à l'accident.

Dans tous les cas, ces erreurs irréductibles sont liées aux limites de l'être humain face à sa capacité à appréhender une situation matérielle complexe, les lois scientifiques, les mécanismes techniques, la portée de certains gestes ou encore de la temporalité

¹⁸⁴¹ En géométrie, le périmètre (P) d'un cercle grandit proportionnellement avec son rayon (R) selon la formule: $P = 2 \pi R$.

¹⁸⁴² P. FAUCONNET, *La responsabilité. Etude de sociologie*, Félix Alcan, 2^e édition, 1928, p. 371.

¹⁸⁴³ *Ibid.*

d'une action. Elles correspondent au risque résiduel inhérent à l'activité concernée, ce qui doit avoir pour conséquence de les faire échapper à la répression.

Telle peut ainsi être définie la notion d'erreur irréductible. Cette notion repose sur divers fondements qu'il convient à présent de préciser.

II Les fondements de l'erreur irréductible

399. Contexte des recherches sur l'erreur

La notion d'erreur irréductible est apparue sous l'empire du principe d'unité des fautes civile et pénale, ce qui n'est pas un hasard. Comme nous l'avons vu¹⁸⁴⁴, pour assurer l'indemnisation de la victime, le juge civil a été amené à déformer la notion de faute en matière civile en l'appréhendant de manière complètement abstraite¹⁸⁴⁵. La notion s'est progressivement «déculpabilisée», se dépouillant «de tout élément moral dont on puisse apprécier concrètement l'incidence dans l'action de l'agent»¹⁸⁴⁶. Elle a ainsi été «vidée de sa substance caractéristique»¹⁸⁴⁷ pour ne devenir plus qu'un simple procédé technique d'indemnisation¹⁸⁴⁸, constituant une sorte de garantie contre le risque¹⁸⁴⁹. Le Professeur JEAN PENNEAU a même pu dire de la faute civile qu'elle «ne représente plus qu'une justification verbale et son affirmation un fétichisme formel»¹⁸⁵⁰. Le «justiciable s'est [alors] habitué sur le plan civil à être condamné en ne se sentant point coupable»¹⁸⁵¹, les mécanismes d'assurance lui permettant par ailleurs d'atténuer largement les conséquences de cette situation.

Toutefois, cette déformation de la faute civile a eu de lourdes conséquences en matière pénale en raison du principe d'identification des fautes. Pour ne pas empêcher la réparation, le juge répressif a été contraint d'appréhender également la faute pénale de manière extensive, en considérant que la moindre défaillance pouvait suffire à engager la responsabilité pénale de son auteur. La faute pénale a ainsi à son tour été entraînée dans «ce tourbillon»¹⁸⁵², allant jusqu'à absorber ces simples «erreurs que tout individu aurait normalement pu commettre, quelle que soit sa diligence»¹⁸⁵³.

¹⁸⁴⁴ Voir 1^{re} partie, titre 2, chapitre 1, section 2, II, B: «L'autonomie de l'appréciation de la faute pénale par rapport à la faute civile», n° 227.

¹⁸⁴⁵ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 174.

¹⁸⁴⁶ *Ibid.*, p. 180.

¹⁸⁴⁷ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., p. 24.

¹⁸⁴⁸ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 187.

¹⁸⁴⁹ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., p. 25.

¹⁸⁵⁰ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 174.

¹⁸⁵¹ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., p. 25.

¹⁸⁵² J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 144.

¹⁸⁵³ *Ibid.*, p. 182.

400. Refus d'une faute pénale trop extensive

Cette acception de la faute pénale est alors apparue en décalage avec les enjeux de la matière¹⁸⁵⁴ car, s'il est possible de concevoir, et d'une certaine façon logique, «que l'optique civile indemnitaire (...) oblige dans une certaine mesure chacun à assumer les risques de ses erreurs, quand bien même l'homme moyen ne les aurait pas évitées»¹⁸⁵⁵, tel n'est plus le cas dans une optique pénale répressive. Le droit pénal ne doit en effet appréhender que des comportements véritablement blâmables car les condamnations en matière répressive portent en elles-mêmes une dimension infamante¹⁸⁵⁶ qui peut avoir des conséquences très graves et briser définitivement des carrières¹⁸⁵⁷. Il apparaîtrait alors injuste et injustifié «de faire jouer la responsabilité pénale lorsque l'anomalie de conduite est purement accidentelle, qu'elle ne constitue qu'une erreur dont la survenance est indépendante de toute culpabilité puisqu'elle aurait pu être commise par tout individu normalement diligent»¹⁸⁵⁸.

C'est pour cette raison que les auteurs ont conçu la théorie de l'erreur, afin que le droit pénal reconnaisse les erreurs irréductibles pour ce qu'elles sont : de simples défaillances au cours de comportements normaux ne présentant aucun caractère blâmable¹⁸⁵⁹.

Aujourd'hui, même si la dualité des fautes civile et pénale a finalement été actée par la Cour de cassation, force est de constater que la faute pénale porte encore les stigmates de sa longue assimilation à la faute civile, les juges répressifs conservant souvent une appréhension très abstraite de cette notion. La recherche sur ce qui n'est qu'une erreur irréductible reste donc pleinement d'actualité à cet égard.

401. Double fondement

La théorie de l'erreur se fonde sur deux principes qui, parce qu'ils font défaut, empêchent la répression en matière non intentionnelle : l'absence d'une culpabilité véritable d'une part (A) et l'absence d'adéquation de la répression avec la réaction du groupe social d'autre part (B).

¹⁸⁵⁴ C. GRAPIN, *La responsabilité chirurgicale*, op. cit., p. 605.

¹⁸⁵⁵ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 181.

¹⁸⁵⁶ C. GRAPIN, *La responsabilité chirurgicale*, op. cit., p. 259.

¹⁸⁵⁷ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., p. 113.

¹⁸⁵⁸ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 181.

¹⁸⁵⁹ *Ibid.*, p. 175.

A L'absence de culpabilité véritable

402. Principe

En droit pénal, il n'existe pas de responsabilité sans faute¹⁸⁶⁰. Le droit répressif tout entier, y compris en matière non intentionnelle, est « dominé par le grand principe de culpabilité »¹⁸⁶¹ de telle sorte que seuls les comportements témoignant d'une culpabilité véritable peuvent tomber sous le coup de la loi pénale¹⁸⁶². Ce principe doit apparaître de manière manifeste tant pour l'individu que pour la société, car il constitue un ressort intime du droit répressif qui permet d'assurer non seulement une juste sanction mais aussi une prévention efficace des comportements délinquants¹⁸⁶³.

En matière non intentionnelle, cette exigence de culpabilité doit être précisée. Cette réflexion doit être menée *a priori*, de manière à pouvoir distinguer ensuite ce qui relève de l'illicite de ce qui ne constitue qu'un simple accident¹⁸⁶⁴.

403. Insuffisance d'un simple fait dommageable

Très clairement, il apparaît qu'un simple fait dommageable ne saurait constituer à lui seul la culpabilité requise au titre des infractions non intentionnelles, car l'action causale n'est pas en elle-même blâmable. « Ce que le droit interdit, ce n'est pas de causer un dommage à autrui, mais de le causer par sa faute »¹⁸⁶⁵.

Lors du sixième congrès international de droit pénal, le Pape PIE XII s'était d'ailleurs exprimé dans ce sens. Ainsi, affirmait-il, « le principe de causalité pur et simple ne mérite pas d'être reconnu comme un principe juridique se suffisant à lui tout seul (...) mais en droit pénal, la causalité et le résultat obtenu ne sont imputables que s'ils vont de pair avec la culpabilité (...). S'il est impossible d'établir la culpabilité avec une certitude morale, on s'en tiendra [alors] au principe *in dubio standum est pro reo* »¹⁸⁶⁶.

Avant de frapper de sanction l'auteur d'un résultat, même en matière non intentionnelle, il faut donc absolument examiner si son comportement était coupable ou non¹⁸⁶⁷. En d'autres termes, pour reprendre une terminologie helvétique, la valeur né-

¹⁸⁶⁰ E. LEMOINE, *La répression de l'indifférence sociale en droit pénal français*, L'Harmattan, 2002, p. 71.

¹⁸⁶¹ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, *op. cit.*, p. 181.

¹⁸⁶² A. PIROVANO, *Faute civile et faute pénale, essai de contribution à l'étude des rapports entre la faute des articles 1382-1383 du Code civil et la faute des articles 319-320 du Code pénal*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1966, p. 146, n° 148.

¹⁸⁶³ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, *op. cit.*, p. 181.

¹⁸⁶⁴ C. GRAPIN, *La responsabilité chirurgicale*, *op. cit.*, p. 278.

¹⁸⁶⁵ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, *op. cit.*, p. 224.

¹⁸⁶⁶ PIE XII, « Discours du Pape Pie XII », 6^e congrès international de droit pénal, 3 octobre 1953, paru dans *L'Osservatore Romano* du 4 novembre 1953. Également cité chez Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, *op. cit.*, p. 37.

¹⁸⁶⁷ C. GRAPIN, *La responsabilité chirurgicale*, *op. cit.*, p. 274.

gative du résultat (*Erfolgsunwert*) ne peut suffire à établir la culpabilité de l'agent, encore faut-il pouvoir caractériser une valeur négative de son comportement lui-même (*Handlungsunwert*). A défaut, il ne pourra s'agir que d'une simple erreur.

404. Défaut d'indifférence blâmable

Le comportement doit être considéré comme coupable lorsqu'il est possible d'adresser un véritable reproche à l'auteur du résultat, indépendamment de toute autre considération¹⁸⁶⁸. La société réproouve son comportement car il n'a pas respecté l'ordre social et a ainsi porté atteinte à l'intérêt public¹⁸⁶⁹.

En matière non intentionnelle, comme nous le savons¹⁸⁷⁰, un tel reproche pourra être adressé à un individu lorsque, par son comportement, il aura manifesté une indifférence blâmable à l'égard de la vie ou de l'intégrité physique d'autrui en n'appliquant pas suffisamment sa volonté à éviter l'atteinte qui leur a été portée¹⁸⁷¹. Cela pourra se traduire en pratique par un «relâchement de la tension d'esprit», un «défaut de réflexion» ou l'indice d'une certaine légèreté dans l'action¹⁸⁷². En toute hypothèse, cet agent aura agi en outrepassant les limites que le législateur avait implicitement entendu lui fixer en vue de la protection de ces valeurs sociales¹⁸⁷³. Il se rendra alors coupable d'imprudence.

Dans le cas contraire, lorsqu'un individu agit dans le cadre d'une activité à risque, en prenant soin d'employer des moyens normalement prudents et diligents afin d'éviter que le risque ne se réalise, il aura manifesté son attachement à la protection de la vie et de l'intégrité d'autrui dans l'exercice de son activité. Si un dommage survient malgré ces mesures, il ne peut dès lors plus être considéré comme un délinquant d'imprudence, faute de culpabilité avérée. Son comportement correspond à une simple erreur, irréductible, qui ne doit entraîner aucune conséquence pénale.

Les auteurs qui ont travaillé sur l'erreur irréductible sont allés plus loin en considérant, en outre, qu'une telle erreur devait être reconnue lorsque sa commission ne suscite aucune réprobation morale de la part du groupe social auquel appartient l'agent.

¹⁸⁶⁸ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 233.

¹⁸⁶⁹ *Ibid.*, p. 218.

¹⁸⁷⁰ Voir introduction, I, C : «Le fondement de la répression du fait non intentionnel», n° 14.

¹⁸⁷¹ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel*, vol. 2 – *L'infraction et la responsabilité*, Larcier, 4^e édition, 2021, p. 156. Voir également A. LÉGAL, «L'imprudence et la négligence comme sources de responsabilité pénale», VIII^e congrès de l'association internationale de droit pénal, *Les problèmes posés dans le droit pénal moderne par le développement des infractions non intentionnelles*, Revue internationale de droit pénal, vol. 32, 1961, p. 1083 et s., qui définit la négligence comme «un désir insuffisant d'éviter [le dommage]».

¹⁸⁷² J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 185.

¹⁸⁷³ *Ibid.*, p. 193.

B L'adéquation de la répression avec la réaction du groupe social

405. Danger d'un rejet de la décision pénale

En matière non intentionnelle, le juge pénal doit faire tout particulièrement attention de ne pas prononcer de sanction là elle n'apparaît pas en adéquation avec les réalités du terrain d'une activité à risque. Si le groupe social concerné peut admettre qu'un châtement soit appliqué «aux brebis galeuses qui violent avec insouciance les règles de leur art», il ne saurait accepter qu'un tel châtement soit appliqué à ceux d'entre eux qui vouent un véritable «sacerdoce» à leur activité en s'attachant de toutes leurs forces à remplir convenablement leur mission, dès lors qu'ils versent dans l'erreur¹⁸⁷⁴.

Le droit pénal ne peut exiger «de l'homme normal qu'il soit toujours à la hauteur du meilleur de lui-même»¹⁸⁷⁵, ni même qu'il parvienne à toujours tout anticiper. Il peut seulement exiger de lui le degré de tension morale que le groupe social en question est lui-même en mesure d'accepter pour chacun de ses membres¹⁸⁷⁶. S'il en exigeait plus, les condamnations pénales en matière non intentionnelle n'apparaîtraient pour le justiciable que comme une question de fatalité¹⁸⁷⁷. Un sentiment d'injustice naîtrait chez le condamné malchanceux, qui finirait par «en appeler à la solidarité professionnelle pour s'unir dans un réflexe de révolte»¹⁸⁷⁸. C'est alors tout le groupe social qui s'insurgerait contre le système pénal, considérant que la défaillance aurait tout aussi bien pu être commise par chacun de ses membres¹⁸⁷⁹.

406. Portée préventive de la répression pénale

Une telle réaction annihilerait toute la portée préventive de la condamnation pénale. Comme l'explique HANNEQUART, «si non seulement l'iniquité rebiffe le condamné, mais si le jugement soulève une protestation dans le milieu social, l'intimidation sera nulle. Le condamné trouvera dans les manifestations de sympathie et les encouragements de ceux qui agissent dans le même secteur que lui un baume qui compensera les inconvénients de la sanction»¹⁸⁸⁰.

¹⁸⁷⁴ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., p. 64.

¹⁸⁷⁵ *Ibid.*, p. 50.

¹⁸⁷⁶ G. GIUDICELLI-DELAGÉ, «La sanction de l'imprudence», *La sanction du droit*, Mélanges offerts à P. COUVROT, Presses universitaires de France, 2001, p. 535.

¹⁸⁷⁷ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 182. Dans ce sens, voir également I. LORRAIN-BERTAGNA, *Le statut juridique des infractions d'imprudence et le droit pénal général*, thèse, Nice, 1996, p. 151 et s.

¹⁸⁷⁸ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., p. 64.

¹⁸⁷⁹ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 217.

¹⁸⁸⁰ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., p. 41. Dans le même sens, voir M. AKIDA, *La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence*, L.G.D.J., bibliothèque de sciences criminelles, 1994, p. 24, n° 21, qui énonce : «Une légère condamnation est inopportune sur le plan de la responsabilité pénale. (...) La

Pour porter à la réformation¹⁸⁸¹, le jugement doit au contraire «éveiller chez ceux qui pratiquent un genre d'activité analogue (...), le sentiment que le condamné est coupable et mérite la peine»¹⁸⁸². La condamnation pénale ne doit intervenir que lorsqu'elle est «susceptible de guérir, de redresser et d'éviter dans l'avenir la répétition de ce qui s'est passé». Elle doit éduquer le milieu et ne pas être perçue comme une fatalité. Si «l'homme redoute les coups du sort (...), cette appréhension ne corrige pas les mœurs»¹⁸⁸³. Seule la crainte d'un mal évitable peut redresser les comportements¹⁸⁸⁴. Le prononcé d'une condamnation peut certes parfois surprendre voire ébranler le milieu, avant de le convaincre, mais il ne doit en aucun cas le révolter¹⁸⁸⁵.

Il faut bien l'admettre, «les sanctions perdent tout prestige [et toute portée préventive], si on en use et mésuse à propos de tout et de rien»¹⁸⁸⁶. Si les pénalistes veulent que la sanction sauve finalement des vies, la condamnation au titre d'une infraction non intentionnelle d'atteinte à la personne ne peut être prononcée à la moindre défaillance¹⁸⁸⁷. C'est pourquoi, en ce domaine, une consigne de «prudence» dans la répression s'impose aussi au juge pénal¹⁸⁸⁸. Il doit s'efforcer de limiter la répression à ce qui peut réellement emporter réprobation dans le groupe social. «La répression conservera [alors] tout son prestige et recueillera l'appui des milieux intéressés»¹⁸⁸⁹, parce que la peine sanctionnera un comportement que n'aurait pas dû avoir un professionnel normalement avisé. «La peine ne sera plus le risque dont chacun peut être victime, si quelque circonstance malencontreuse survient. Elle sera en concordance avec un blâme social spontané qui déconsidère son auteur dans son propre milieu»¹⁸⁹⁰.

La reconnaissance d'une erreur irréductible permettra surtout que l'homme normal ne soit pas inquiété mais qu'il puisse sereinement s'appliquer de toutes ses forces raisonnables pour éviter les défaillances¹⁸⁹¹. Elle n'a pas pour but de banaliser de telles défaillances, mais au contraire d'inciter les professionnels à respecter le devoir de prudence, en leur montrant que son observation est possible, réaliste, et qu'en s'attachant

conséquence est une dilution du sens de responsabilité, en ce sens que chacun s'habitue à être en faute».

¹⁸⁸¹ A. ZOUHAL, *Le risque en droit pénal*, Lextenso, L.G.D.J., tome 71, 2021, p. 30.

¹⁸⁸² Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., p. 40.

¹⁸⁸³ *Ibid.*, p. 309.

¹⁸⁸⁴ *Ibid.*, p. 41.

¹⁸⁸⁵ *Ibid.*, p. 40.

¹⁸⁸⁶ *Ibid.*, p. 309. Sur la vocation subsidiaire du droit pénal, voir E. DREYER, «La subsidiarité du droit pénal», *Mélanges en l'honneur du Professeur J.-H. ROBERT*, LexisNexis, 2012, p. 247 et s.

¹⁸⁸⁷ *Ibid.*, p. 41.

¹⁸⁸⁸ *Ibid.*, p. 50.

¹⁸⁸⁹ *Ibid.*, p. 310.

¹⁸⁹⁰ *Ibid.*

¹⁸⁹¹ *Ibid.*, p. 54.

à le respecter de manière constante, ils éviteront de tomber sous le coup de la loi pénale.

Une telle reconnaissance permettra par là-même de réduire l'insécurité juridique qui pourrait pousser les professionnels, bon gré mal gré, à ouvrir tous les parapluies au risque de paralyser l'activité elle-même¹⁸⁹².

407. Conclusion de la section 1

La théorie de l'erreur est apparue dans le contexte de la complexification des activités et de l'émergence de nouveaux risques liés à l'industrialisation. Elle a été formalisée dans la doctrine pénale au cours de la seconde moitié du XX^e siècle par un juriste belge avant d'être reprise dans la doctrine française, il est vrai surtout sous l'angle médical. Elle n'en peut pas moins être aisément étendue à d'autres domaines d'activité dès lors que la notion d'erreur irréductible se révèle suffisamment générique pour appréhender tout type de situation.

Cette théorie part du principe que si la société engage l'individu dans des activités dangereuses et complexes dont elle tire un bénéfice, elle ne peut le sanctionner dès lors qu'il verse dans l'erreur. L'homme étant faillible par nature, il commet nécessairement certaines erreurs, irréductibles, dont il ne peut éviter la survenue en dépit de ses efforts. On parle alors d'erreur «irréductible». Il s'agit de ces défaillances, statistiquement inévitables, que l'individu normal peut être amené à commettre dans le cadre d'une gestion du risque lié à son activité par ailleurs raisonnablement prudente et diligente.

Cette théorie a été conçue par certains auteurs afin de circonscrire une répression devenue trop envahissante en matière non intentionnelle du fait de l'assimilation antérieure entre les fautes pénale et civile. Ces auteurs, en se fondant sur deux principes, considèrent qu'aucune infraction d'imprudence ne doit être caractérisée lorsque seule une erreur irréductible a été commise. Le principe de culpabilité requiert en matière d'imprudence que le comportement de l'auteur manifeste une véritable indifférence

¹⁸⁹² Dans ce sens, C. GRAPIN souligne qu'en cas d'excès dans la répression de l'imprudence, les professionnels du secteur seront tentés de se protéger sur le plan pénal. Ils peuvent réagir par deux attitudes opposées, qui sont toutes aussi nuisibles l'une que l'autre: soit refuser de s'aventurer dans les domaines les plus risqués, soit adopter des pratiques «défensives» préjudiciables au bon fonctionnement de l'activité concernée. En matière médicale par exemple, le médecin peut soit abandonner certaines techniques, soit multiplier les examens complémentaires et d'explorations diverses dits «de couverture», qui, il faut le souligner, présentent elles-mêmes un certain risque. Cela peut alors conduire à un surcoût inutile et à une saturation du système hospitalier, qui peuvent être délétères dans la stratégie globale de protection des personnes. Voir C. GRAPIN, *La responsabilité chirurgicale*, op. cit., p. 280. Dans le même sens, voir A. DORSNER-DOLIVET, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie*, op. cit., p. 261.

blâmable à l'égard de l'intégrité d'autrui. Le principe de l'adéquation de la répression avec la réaction du groupe social auquel appartient l'agent constitue une condition nécessaire pour que la condamnation pénale puisse être reçue par le milieu et pour qu'elle ait un effet positif sur sa pratique. Cette théorie cherche à adopter une approche réaliste de la répression en matière non intentionnelle, permettant à la condamnation pénale de retrouver tout son prestige.

Il convient désormais de s'intéresser à la manière dont la notion d'erreur irréductible doit être positionnée dans la structure actuelle de l'infraction d'imprudence.

Section 2 La place de l'erreur irréductible dans la structure de l'infraction

408. Emplacement de l'erreur irréductible

A l'inverse du risque autorisé, la théorie de l'erreur irréductible n'a pas suscité de grands débats concernant son emplacement dans la structure de l'infraction. Au vu de la présentation qui vient d'être effectuée, l'erreur irréductible semble se présenter comme une cause de non-culpabilité¹⁸⁹³.

Il convient toutefois de vérifier si l'erreur irréductible n'opère pas antérieurement à la caractérisation de la faute, c'est-à-dire au niveau de l'imputabilité, ce qui devra être clairement exclu (I). Une fois cette hypothèse écartée, il faudra encore préciser le rapport que l'erreur irréductible entretient avec la faute pénale en droit positif, notamment depuis l'entrée en vigueur des deux réformes relatives aux infractions d'imprudence (II).

I La distinction entre l'erreur irréductible et les causes de non-imputabilité

409. Question de l'imputabilité

L'imputabilité constitue un élément de l'infraction qui doit être établi antérieurement à la culpabilité. Comme nous l'avons vu¹⁸⁹⁴, elle repose sur le postulat du libre arbitre de l'agent, en disposant que seule une personne libre de ses choix et de ses actions est apte à être condamnée pénalement. Dès lors, quand l'agent a été privé de discernement ou de volonté, il peut dans certaines conditions bénéficier d'une cause de non-imputabilité qui fait échec à la répression. On parle alors de cause subjective d'irresponsabilité pénale.

¹⁸⁹³ Ce terme est entendu au sens du droit français.

¹⁸⁹⁴ Voir 1^{re} partie, titre I, chapitre 1, section I, I, B, 1 : «La structure binaire de l'infraction en droit français», n° 86.

410. Différence

L'erreur irréductible doit être très nettement différenciée de ces causes d'irresponsabilité¹⁸⁹⁵. Elle ne doit ainsi être confondue ni avec le trouble psychique ou neuropsychique (A), ni avec la contrainte (B)¹⁸⁹⁶.

A L'erreur irréductible et le trouble psychique ou neuropsychique

411. Trouble psychique ou neuropsychique

Il convient de définir le trouble psychique ou neuropsychique (1) avant de le différencier de l'erreur irréductible (2).

1 La définition du trouble psychique ou neuropsychique

412. Principe des troubles

La notion de trouble psychique ou neuropsychique est visée au premier alinéa de l'article 122-1 du Code pénal français qui 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* ». Cet article renvoie ainsi à un grand principe, reconnu dans tous les États démocratiques, selon lequel les personnes privées de discernement doivent être déclarées pénalement irresponsables.

413. Large acception

Le Code pénal actuel emploie l'expression de « trouble psychique ou neuropsychique » mais cela n'a pas toujours été le cas. Dans l'ancien Code pénal¹⁸⁹⁷, le législateur se référait à la notion de « *démence* » dont le sens apparaissait sans doute plus clair pour l'individu *lambda*. Elle avait toutefois le défaut de renvoyer à une pathologie particulière dans le vocabulaire médical alors même que les causes à l'origine du trouble peuvent être de toutes sortes¹⁸⁹⁸. C'est pour cette raison que, lors de la réforme du Code pénal, le législateur a choisi une formulation plus large, celle de trouble psychique ou neuropsychique¹⁸⁹⁹. Cette cause d'irresponsabilité inclut ainsi tout ce qui

¹⁸⁹⁵ Pour un auteur qui va dans le sens contraire, voir F. FRANÇON, « L'erreur en droit pénal », *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dir. par G. STÉFANI, Dalloz, 1956, p. 238, n° 13 et s. qui considère curieusement que l'erreur « pourrait être considérée comme une cause de non-imputabilité toutes les fois qu'elle se serait produite dans des circonstances exclusives de toute faute d'imprudence ».

¹⁸⁹⁶ Dans la doctrine française, l'erreur sur le droit figure parfois également parmi les causes de non-imputabilité. Cette cause d'exclusion de la responsabilité sera étudiée dans le Titre 2 de cette seconde Partie, au Chapitre 2, Section 1, I, B, 1, a : « Le principe », n° 555.

¹⁸⁹⁷ Art. 63 CP de 1810.

¹⁸⁹⁸ E. BONIS, « Troubles psychiques – Malades mentaux », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2018, n° 6.

¹⁸⁹⁹ *Ibid.*; B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017, p. 65.

participe de l'abolition du discernement de celui qui a matériellement accompli l'acte délictueux. L'agent peut soit ne pas avoir saisi la portée de son acte (capacité de comprendre) soit avoir été dans l'impossibilité de contrôler ce qu'il faisait (capacité de vouloir)¹⁹⁰⁰. Elle permet d'englober de nombreux facteurs en dehors des seuls troubles mentaux, tels que l'hypnose, le somnambulisme naturel ou les crises de *delirium tremens*.

En toute hypothèse, l'agent privé de discernement au moment de l'action doit être déclaré irresponsable sur le plan pénal. L'infraction ne pourra alors pas lui être imputée.

2 La distinction avec l'erreur irréductible

414. Apparente ressemblance

A la lecture des définitions du trouble psychique ou neuropsychique et de l'erreur irréductible, il est possible de se demander si ces deux motifs d'exclusion de la responsabilité ne se recoupent pas au moins en partie.

Il apparaît en effet que le trouble psychique ou neuropsychique peut engendrer chez l'agent une défaillance dans l'action, c'est-à-dire une perte, même momentanée, des qualités requises pour remplir une fonction. C'est par exemple le cas du conducteur automobile qui est victime d'une bouffée délirante aiguë et qui, ne parvenant plus à apprécier correctement les circonstances, cause un accident mortel.

De tels troubles pourraient alors être rapprochés de la définition de l'erreur irréductible puisqu'elle renvoie également au constat d'une défaillance ponctuelle de l'agent qui survient en raison de sa faillibilité humaine. Le Professeur JEAN PENNEAU a d'ailleurs écrit dans sa thèse que l'erreur pouvait s'envisager comme une anomalie de «la machine cérébrale»¹⁹⁰¹, ce qui pourrait renvoyer à une dimension psychique du phénomène. Ces deux notions auraient ainsi en commun de pouvoir correspondre à une défaillance du cerveau humain, et ce, même si l'activité a été initiée avec prudence et diligence. Ces ressemblances ne sont toutefois qu'apparentes.

415. Différences fondamentales

En réalité, ces deux notions s'opposent en tout point et s'excluent mutuellement. Tout d'abord, dans la théorie de l'erreur irréductible, l'agent est parfaitement lucide et discernant. Il emploie justement l'ensemble de ses facultés pour parvenir à l'objectif utile qu'il s'est fixé. C'est précisément grâce à sa conscience et sa volonté qu'il peut mettre en œuvre toutes les diligences nécessaires pour réduire de manière adéquate le risque de dommages collatéraux. Ainsi, si le dommage survient, ce n'est pas parce que le dis-

¹⁹⁰⁰ F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^e édition, 2009, p. 608.

¹⁹⁰¹ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, *op. cit.*, p. 158.

cernement fait défaut mais parce que les moyens mis en œuvre avec lucidité n'ont pas suffi à éviter une atteinte statistiquement inévitable.

En outre, si pour identifier ce qui n'est qu'erreur irréductible il sera souvent nécessaire de recourir à un expert, il ne s'agira toutefois que d'un expert du domaine concerné et non d'un expert psychiatre. L'erreur irréductible sera alors appréciée d'après des critères objectifs tenant notamment aux circonstances, aux moyens mis en œuvre, à la complexité et l'utilité de l'action entreprise. L'erreur irréductible quitte ainsi le domaine psychique subjectif «pour rejoindre le domaine des réalités objectives, car les règles relatives à la diligence existent en dehors de l'individu et préexistent à son action»¹⁹⁰². Celles-ci sont déterminées indépendamment des capacités personnelles internes de l'agent à les appréhender et à les observer¹⁹⁰³.

Ainsi, dès lors que la défaillance trouve sa source dans une abolition ou une altération du discernement de l'agent, il conviendra de ne pas aller sur le terrain de l'erreur irréductible mais sur celui des troubles psychique ou neuropsychique. L'examen d'une erreur irréductible ne pourra être effectué que lorsque l'agent disposait de toutes ses facultés mentales.

Il existe en revanche une autre cause subjective d'irresponsabilité qui ne requiert aucune abolition des facultés de discernement. Il s'agit de la contrainte.

B L'erreur irréductible et la contrainte

416. Contrainte

La contrainte doit à son tour être définie (1) afin de pouvoir la distinguer de l'erreur irréductible (2).

1 La définition de la contrainte

417. Principe de la contrainte

La notion de contrainte est définie à l'article 122-2 du Code pénal français qui énonce que «*n'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister*». Cet article «emprunte son principe au fondement moral du droit pénal, qui n'admet la répression que dans un contexte de pleine liberté pour celui auquel est imputée une infraction»¹⁹⁰⁴. Si un individu a été privé de cette liberté au temps de l'action, notamment en raison de circons-

¹⁹⁰² *Ibid.*, p. 141.

¹⁹⁰³ *Ibid.*, p. 143.

¹⁹⁰⁴ Y. MAYAUD, «Le malaise brutal et imprévisible, cas de force majeure pour l'auteur d'un accident de la circulation routière», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2006, p. 61 et s.

tances insurmontables, sa responsabilité ne doit alors pas être engagée¹⁹⁰⁵. En matière intentionnelle comme non intentionnelle, la contrainte se caractérise ainsi par une « impuissance de la volonté à résister à une pression »¹⁹⁰⁶.

418. Formes de la contrainte

Le Code pénal distingue deux formes de contrainte : la contrainte morale – « *contrainte* » *stricto sensu* – et la contrainte physique – « *force* ». La contrainte est morale lorsqu'elle s'exerce sur l'esprit de l'agent. Tel est le cas d'une personne qui est forcée d'agir sous la menace d'une arme¹⁹⁰⁷. Cette hypothèse ne s'apparentant en rien à l'erreur irréductible, elle ne sera pas étudiée. La contrainte est en revanche physique lorsqu'elle s'exerce sur le corps de l'agent. Dans la jurisprudence, il est possible de différencier selon que cette contrainte physique est externe ou interne¹⁹⁰⁸.

La contrainte physique est externe quand elle est due à une force de la nature, au fait d'un animal ou au fait d'un tiers¹⁹⁰⁹. C'est évidemment le cas lorsqu'une « tornade jette les passants les uns sur les autres, faisant de chacun les instruments des blessures des autres »¹⁹¹⁰. C'est également le cas lorsque, en bas d'une descente sur une route à forte circulation, une grande quantité d'eau générée par un orage soudain et violent entraîne la perte totale du contrôle d'une automobile qui en percute une autre¹⁹¹¹. C'est encore le cas d'une plaque de verglas qui provoque le dérapage d'un véhicule si rien dans les circonstances atmosphériques ne la rendait prévisible¹⁹¹².

A l'inverse, la contrainte physique est dite interne quand elle a été causée par une force intérieure à l'agent, à savoir une déficience physique dont la survenue est brutale et imprévisible¹⁹¹³. Tel est le cas du conducteur qui, pris d'un malaise, parvient à s'arrêter sur la bande d'arrêt d'urgence mais dont une crispation incontrôlée du pied « *sur la pédale d'accélérateur [a] provoqué un redémarrage brutal de l'automobile* »¹⁹¹⁴, entraînant ainsi un accident mortel¹⁹¹⁵.

¹⁹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁹⁰⁶ M.-L. RASSAT, « Art. 122-1 et 122-2, Troubles psychique ou neuropsychique. Contrainte », *JurisClasseur Pénal code*, LexisNexis, 2020, n° 72.

¹⁹⁰⁷ B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », *op. cit.*, n° 69.

¹⁹⁰⁸ M.-H. GOZZI, « Panorama de droit pénal », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 1649 et s.

¹⁹⁰⁹ M.-L. RASSAT, « Art. 122-1 et 122-2, Troubles psychique ou neuropsychique. Contrainte », *op. cit.*, n° 77.

¹⁹¹⁰ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, Presses universitaires de France, 22^e édition, 2005, p. 308.

¹⁹¹¹ CA Caen, 9 février 1987, *JurisData* n° 1987-050365.

¹⁹¹² Cass. crim., 11 avril 1970, n° 68-92.852, RSC 1971. 928, obs. Légal et Cass. crim., 27 février 1958, D. 1958. 586.

¹⁹¹³ M.-H. GOZZI, « Panorama de droit pénal », *op. cit.*

¹⁹¹⁴ Cass. crim., 15 novembre 2005, n° 04-87.813, Dr. Pén. 2006. 32, obs. Véron, D. 2006. 1582, note Dreyer, RSC 2006. 61, obs. Mayaud.

¹⁹¹⁵ En droit suisse, la contrainte physique ne figure pas parmi les causes d'irresponsabilité pénale. Les juristes suisses traitent généralement les hypothèses correspondantes en considérant que,

419. Caractères de la contrainte

Quelle que soit la forme de la contrainte, pour être admise, celle-ci doit revêtir les mêmes caractères que ceux de la force majeure en droit civil¹⁹¹⁶, à savoir être irrésistible et imprévisible¹⁹¹⁷. C'est pour cette raison que la contrainte est souvent présentée comme une sorte de «force majeure du droit répressif». Les deux terminologies sont d'ailleurs parfois employées l'une pour l'autre par les juges pénaux¹⁹¹⁸. Cette correspondance a pour effet que, lorsque la contrainte est retenue, elle met obstacle à toute responsabilité: non seulement l'agent ne doit pas répondre pénalement de l'acte qu'il a commis mais il n'est pas non plus tenu civilement de réparer les conséquences dommageables de cet acte. Ceci explique sans doute en grande partie pourquoi la contrainte est en général appréciée avec «une excessive sévérité»¹⁹¹⁹ par les juges répressifs.

Tout d'abord, la contrainte doit présenter un caractère d'irrésistibilité comme l'exigent les termes du texte, c'est-à-dire qu'elle doit résulter «d'un évènement que la volonté humaine n'a pas [pu] conjurer»¹⁹²⁰ ou caractériser une «impossibilité absolue pour l'agent de se conformer à la loi»¹⁹²¹. Ainsi, il faut que toute personne qui aurait été placée dans les mêmes circonstances que l'agent n'ait pu résister à cette pression. La jurisprudence considère que même des difficultés très considérables, contre lesquelles l'agent a dû lutter, ne saurait constituer la contrainte¹⁹²². C'est dire combien la résistance doit être absolument impossible pour que l'exonération puisse jouer¹⁹²³. Si

lorsque la force est purement étrangère à l'action de l'agent, comme en cas de tornade ou de malaise, le prévenu doit échapper à la répression car, en amont de l'analyse de la typicité, il n'y a même plus d'action (*Handlung*) de sa part au sens du droit pénal suisse. J. HURTADO POZO et T. GODEL, *Droit pénal général*, Schulthess, 3^e édition, 2019, p. 128.

¹⁹¹⁶ Sur la force majeure en droit civil, voir notamment M. BACACHE-GIBEILLI, *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 4^e édition, 2021, p. 674 et s., n° 532 et s., en particulier n° 535; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations 2, le fait juridique*, Sirey, 14^e édition, 2011, p. 361 et J. GHESTIN, P. JOURDAIN et G. VINEY, *Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité*, Lextenso, L.G.D.J., 4^e édition, 2013, p. 324 et s.

¹⁹¹⁷ M.-H. GOZZI, «Panorama de droit pénal», *op. cit.*

¹⁹¹⁸ De nombreux arrêts se sont expressément référés à la notion de force majeure. Voir par ex. Cass. crim., 11 octobre 1993, n° 92-86.131, RSC 1994. 321, obs. Bouloc: «la force majeure ne peut résulter que d'un évènement indépendant de la volonté humaine et que cette volonté n'a pu prévoir ni conjurer». Voir également Cass. crim., 6 novembre 1947, Bull. crim. n° 215: «l'excuse de force majeure peut être admise lorsqu'un évènement imprévisible et insurmontable a empêché le prévenu de se conformer à la loi».

¹⁹¹⁹ F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 643.

¹⁹²⁰ Cass. crim., 29 janvier 1921, S. 1922. 1. 185, note Roux.

¹⁹²¹ Cass. crim., 8 février 1936, Dr. Pén. 1936. 1. 44, note Donnedieu de Vabres.

¹⁹²² Cass. crim., 30 octobre 1963, Bull. crim., n° 29; Cass. crim., 10 février 1960, Bull. crim., n° 79; Cass. crim., 9 octobre 1957, Bull. crim., n° 613; Cass. crim., 18 décembre 1956, Bull. crim., n° 844 et Cass. crim., 13 mars 1891, Dr. Pén. 1891. 5. 259.

¹⁹²³ Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, Dalloz, 2003, p. 177.

l'agent « avait la possibilité de suivre un autre comportement et qu'il ne l'a pas fait, ses actes [ne] sont [alors que] l'expression de sa propre volonté »¹⁹²⁴ et doivent par conséquent lui être imputés.

La contrainte doit ensuite revêtir un caractère d'imprévisibilité, qui, même s'il n'apparaît pas explicitement dans la loi, a pu en être déduit par la jurisprudence¹⁹²⁵. Les juges répressifs considèrent ainsi que le bénéficiaire de la contrainte « doit être refusé lorsque l'auteur d'un fait s'est lui-même placé dans la situation d'avoir à subir une pression insurmontable »¹⁹²⁶. Si l'agent pouvait « éviter de se trouver dans une telle situation, il [devait alors] le faire »¹⁹²⁷. Cette exigence a notamment pour incidence de rendre extrêmement difficile pour le chef d'entreprise l'invocation de la contrainte physique externe pour s'exonérer de sa responsabilité quand la cause du dommage provient de sa propre exploitation¹⁹²⁸. Elle empêche également de caractériser la contrainte lorsque l'agent savait qu'une telle pression était susceptible de s'exercer sur lui. Tel est le cas de l'automobiliste lorsqu'il cause un accident après une défaillance technique de sa voiture alors même qu'il ne l'avait pas faite réviser¹⁹²⁹. Tel est encore le cas du prévenu qui, se sachant confronté à des risques de malaise ou d'assoupissement en raison d'une affection dont il se savait atteint, « n'a pas tiré les conséquences qui s'imposaient, en évitant purement et simplement de prendre le volant »¹⁹³⁰.

Lorsque ces deux exigences sont remplies, la contrainte peut alors être retenue, ce qui empêche que le dommage soit imputé à l'agent.

¹⁹²⁴ F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 643.

¹⁹²⁵ E. DREYER, « Irresponsabilité pénale de l'automobiliste en détresse », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 1582 et s.

¹⁹²⁶ E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 6^e édition, 2021, p. 700.

¹⁹²⁷ *Ibid.*

¹⁹²⁸ M.-L. RASSAT, « Art. 122-1 et 122-2, Troubles psychique ou neuropsychique. Contrainte », *op. cit.*, n° 97. Cette auteure explique que le déversement d'une grande quantité d'eau sur la chaussée ou l'évacuation de gaz malsains peuvent être retenus contre un industriel, toutes les fois où ces faits proviennent du fonctionnement de son propre matériel. Voir Cass. crim., 29 octobre 1958, Bull. crim. n° 657 et Cass. crim., 30 janvier 1879, Dr. Pén. 1879. 1. 384.

¹⁹²⁹ Cass. crim., 6 novembre 2013, n° 12-82.182, AJ pénal 2014. 131, note Lasserre Capdeville, Jurispr. auto 2014. 858. 26, note Josseume, Dr. Pén. 2014. 24, obs. Robert, Gaz. Pal. 2014. 31, note Detraz. Voir dans ce sens F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 643.

¹⁹³⁰ Y. MAYAUD, « Le malaise brutal et imprévisible, cas de force majeure pour l'auteur d'un accident de la circulation routière », *op. cit.* Dans ce sens, voir CA Bordeaux, 2 juillet 1998, JurisData n° 1998-04855 et CA Douai, 13 mars 2003, JurisData n° 2003-218293. Voir également F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 669.

2 La distinction avec l'erreur irréductible

420. Apparente ressemblance

L'étude de la contrainte révèle une certaine convergence de cette notion avec celle d'erreur irréductible. L'une comme l'autre suppose en effet que l'agent n'ait pas pu éviter la survenue du dommage malgré un comportement par ailleurs prudent et diligent, dans la mesure où rien ne lui permettait de l'anticiper. L'agent se présente en quelque sorte comme le premier surpris par ce qui a conduit à la production du dommage et à quoi il n'a pu résister. Ainsi, les notions de contrainte et d'erreur irréductible apparaissent « avec les mêmes caractères d'imprévisibilité et d'irrésistibilité »¹⁹³¹.

En outre, et contrairement aux troubles psychiques et neuropsychiques, ces deux notions sont pareillement appréciées par le juge pénal d'une manière objective et non par référence aux facultés psychiques propres à l'agent¹⁹³².

Ces ressemblances nous amènent alors à nous demander si ces notions ne se superposent pas en réalité l'une sur l'autre et si la notion d'erreur irréductible ne constitue pas finalement qu'un simple cas particulier de contrainte¹⁹³³. Toutefois, en approfondissant la comparaison de ces deux notions, il apparaît qu'il s'agit bien de mécanismes fondamentalement distincts.

421. Différence liée à l'origine de la cause

La notion de contrainte se distingue tout d'abord de celle d'erreur irréductible en ce qui concerne l'origine de la cause du dommage. En cas de contrainte, l'évènement doit en principe être détachable de l'action de l'agent. La contrainte doit être liée à une force étrangère à celle mise en œuvre par l'agent, qui s'impose à lui¹⁹³⁴. Comme nous l'avons vu, la contrainte ne pourra pas être retenue lorsque le risque à l'origine du dommage a été créé par l'agent lui-même.

A l'inverse, en cas d'erreur irréductible, le dommage provient précisément de l'action de l'agent. L'erreur se présente comme inhérente « à l'homme et à sa faillibilité propre »¹⁹³⁵. Elle émane de la défaillance de sa propre action face à un système trop complexe pour pouvoir en assurer une sécurité absolue malgré ses efforts de diligence. Il s'agit donc d'un risque intrinsèque à l'activité menée qui se réalise.

En d'autres termes, dans le premier cas, l'accident trouve son origine dans une force étrangère à l'agent lui-même¹⁹³⁶ – force de la nature, malaise – alors que, dans le se-

¹⁹³¹ C. GRAPIN, *La responsabilité chirurgicale*, op. cit., p. 598.

¹⁹³² J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 158.

¹⁹³³ *Ibid.*

¹⁹³⁴ M. ABDEL-RAZEK, *L'élément moral de l'infraction en droit comparé*, 1992, thèse, Paris II, p. 359

¹⁹³⁵ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 136.

¹⁹³⁶ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., p. 202.

cond, l'accident est précisément généré par une action interne à l'entreprise de l'agent – erreur chirurgicale.

422. Différence liée à la liberté d'action

La notion de contrainte se différencie ensuite de celle d'erreur irréductible du point de vue de la liberté d'action de l'agent. En cas de contrainte, une force s'exerce sur le corps de l'agent qui détruit sa liberté d'action. Il ne s'agit pas seulement de difficultés, même considérables, mais d'une véritable perte par l'agent de la maîtrise de ses actes, lequel ne peut plus accomplir son action telle qu'il voulait la mettre en œuvre. Le fait dommageable ne peut alors plus être imputé à son auteur car la pression exercée lui a fait perdre la liberté de ne pas commettre l'acte à l'origine du dommage. Il n'a pas voulu l'acte accompli mais l'a subi car la pression l'a privé de tout libre arbitre et l'a empêché d'agir autrement¹⁹³⁷.

Au contraire, en cas d'erreur irréductible, aucune force ne s'exerce sur le corps de l'agent, qui demeure libre d'agir ou de ne pas agir du début à la fin du processus. L'agent a eu la maîtrise de ses actes, accomplissant son action telle qu'il voulait la mettre en œuvre. L'agent a librement accepté de participer à une activité non dénuée de risques en raison de son intérêt social. Il a voulu l'acte accompli mais, à la suite d'une défaillance due à la complexité de l'activité, la mise en œuvre de son action n'a pas abouti au résultat escompté. Même s'il a mobilisé un certain nombre de moyens, leur mise en œuvre se révèle toutefois insuffisante pour éviter des effets collatéraux imprévus, en dépit d'une diligence par ailleurs normale¹⁹³⁸.

Autrement dit, dans le premier cas l'agent a perdu tout contrôle sur l'action qui a causé un dommage alors que, dans le second, l'agent a précisément maîtrisé avec diligence l'action qui a produit le dommage.

¹⁹³⁷ E. DREYER, « Irresponsabilité pénale de l'automobiliste en détresse », *op. cit.*

¹⁹³⁸ Du point de vue de la liberté d'action, le seul point de contact qui pourrait être envisagé entre la contrainte et l'erreur irréductible se trouve dans l'hypothèse bien particulière dans laquelle, malgré un comportement diligent, l'agent n'a pas réussi à neutraliser le risque qu'une force étrangère s'exerce sur lui-même, comme c'est par exemple le cas du conducteur qui glisse sur une plaque de verglas imprévisible et provoque ainsi un accident. En droit suisse, une telle hypothèse serait vraisemblablement traitée sous l'angle de la théorie du risque autorisé, car la conduite constitue déjà une action (*Handlung*) au sens pénal. Le risque autorisé permettrait ainsi d'écarter la responsabilité pénale de l'agent dès lors que la plaque de verglas était imprévisible. En ce qui concerne la théorie de l'erreur irréductible, d'après la définition que nous avons retenue, celle-ci pourrait sans doute également couvrir une telle hypothèse en considérant que le défaut de prévision ne constitue rien d'autre, dans les circonstances de l'espèce, que la défaillance normale d'une action humaine normalement prudente et diligente. En droit français toutefois, comme nous l'avons vu, il apparaît que cette hypothèse est déjà efficacement traitée sous l'angle de la contrainte physique par la jurisprudence. Il convient donc d'en déduire que la théorie de l'erreur irréductible doit être réservée aux seuls cas dans lesquels aucune force étrangère n'est venue s'exercer sur le corps de l'agent lui-même, à défaut de quoi, le cas devra être envisagé sous le seul angle de la contrainte.

423. Différence liée aux effets civils

La notion de contrainte se distingue enfin de celle d'erreur irréductible en ce qui concerne ses effets sur le plan civil. Comme nous l'avons déjà fait remarquer, la contrainte a pour conséquence d'exonérer l'agent tant de sa responsabilité pénale que civile puisqu'elle correspond à la force majeure du droit civil qui constitue également une cause d'irresponsabilité. L'admission de la contrainte a ainsi pour effet de priver la victime de toute indemnisation pour son préjudice.

A l'inverse, l'erreur irréductible, qui n'a pas d'équivalent sur le plan civil, vise principalement à circonscrire le champ du droit répressif aux seuls comportements véritablement blâmables. Par conséquent, la caractérisation d'une erreur irréductible sur le plan pénal n'empêche aucunement la victime de recevoir réparation de son préjudice selon les règles du droit civil, que ce soit sur le fondement de l'article 1240 du Code civil français ou d'un régime de responsabilité sans faute.

Cette différence s'explique essentiellement par le fait qu'en cas de force majeure, aucune action ne peut être imputée à l'agent qui justifierait qu'il indemnise la victime du dommage alors qu'en cas d'erreur irréductible, l'agent a justement agi et c'est par son fait que le dommage a été causé à la victime, même s'il était statiquement inévitable. Les règles de la réparation civile trouvent alors normalement à s'appliquer.

424. Synthèse

Pour conclure, il ressort que tant le trouble psychique ou neuropsychique que la contrainte ont pour effet d'ôter à l'agent son libre arbitre, ce qui interdit par conséquent que son action lui soit imputée pénalement. Ces causes subjectives d'irresponsabilité se distinguent donc très clairement de la configuration de l'erreur irréductible, dans laquelle il apparaît, au contraire, que l'agent a précisément exercé son libre arbitre pour mettre en œuvre l'action qui a généré le dommage. Son action peut donc lui être imputée mais, en revanche, elle ne doit pas nécessairement lui être reprochée sur le plan pénal. L'erreur irréductible agirait ainsi comme une cause de non-culpabilité¹⁹³⁹.

Dès lors, pour mieux comprendre la place de l'erreur irréductible dans la structure de l'infraction, il convient de poursuivre l'analyse en s'intéressant au rapport que celle-ci entretient avec la faute non intentionnelle en droit positif.

¹⁹³⁹ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 139.

II Le rapport entre erreur irréductible et faute pénale en droit positif

425. Erreur et réformes

Depuis les premières formulations de la théorie de l'erreur irréductible, les infractions non intentionnelles ont fait l'objet de deux réformes en droit français, l'une en 1996¹⁹⁴⁰ et l'autre en 2000¹⁹⁴¹. Celles-ci jouent désormais un rôle incontournable pour déterminer la place de l'erreur irréductible par rapport à la faute d'imprudence. La loi du 13 mai 1996 est tout d'abord venue apporter des précisions qui permettent de confirmer la théorie de l'erreur irréductible (A), la loi du 10 juillet 2000 est ensuite venue profondément transformer la matière, tout en permettant à cette théorie de persister en droit positif (B).

A La confirmation de la théorie de l'erreur irréductible par la loi du 13 mai 1996

426. Réforme de 1996

Pour permettre de décider de la culpabilité du prévenu, la loi du 13 mai 1996 a consacré le critère des diligences normales, auquel recourt précisément la théorie de l'erreur irréductible (1). La portée de cette consécration textuelle devra être précisée (2).

1 La consécration des diligences normales

427. Principe de la consécration

Pendant longtemps, le Code pénal français ne faisait aucune mention de la notion de diligence en matière non intentionnelle. En 1994, l'article 121-3 de ce Code prévoyait seulement que ces infractions étaient constituées, lorsque la loi le prévoit, en « *cas d'imprudence ou de négligence* ». Comme nous l'avons évoqué dans la première partie¹⁹⁴², c'est la loi du 13 mai 1996 qui a fait mention pour la première fois la notion de diligence, en précisant que de telles infractions sont constituées « *sauf si l'auteur des faits a accompli les diligences normales (...)* ».

Ce faisant, le législateur a implicitement confirmé la théorie de l'erreur irréductible, en suggérant qu'une simple imprévoyance ne suffit plus à caractériser une faute non intentionnelle mais qu'il faut encore établir que l'agent n'a pas accompli les diligences

¹⁹⁴⁰ Loi n°96-393 du 13 mai 1996, relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence.

¹⁹⁴¹ Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.

¹⁹⁴² Voir 1^{re} partie, titre 2, chapitre 1, Section 2, II, A: « La méthode d'appréciation », n° 221.

normales¹⁹⁴³. C'est donc à ce niveau que doit s'étudier l'erreur irréductible. Il en ressort que si l'agent « a encadré son acte, risqué et dangereux et pouvant avoir de lui-même des conséquences dommageables, voire mortelles, de toutes les précautions possibles, tant sur sa propre compétence, que sur celles de son équipe, et de tous les moyens matériels nécessaires à la réussite de [son entreprise], aucune charge pénale ne devrait être retenue contre lui »¹⁹⁴⁴. Cette reconnaissance légale du recours aux diligences normales permet d'attester qu'il existe bel et bien certains comportements qui, en dépit du dommage qu'ils occasionnent, ne doivent pas tomber sous le coup de la loi pénale.

Le législateur n'a toutefois pas défini la notion de diligence normale qui reste assez « énigmatique »¹⁹⁴⁵. Il convient alors de se référer aux dictionnaires et aux lexiques juridiques qui définissent généralement le terme de diligence comme le soin apporté, avec empressement et promptitude, à l'accomplissement d'une tâche ou d'un devoir¹⁹⁴⁶. A défaut de définition, le législateur a néanmoins énoncé certains critères permettant d'évaluer l'accomplissement des diligences normales, renforçant de cette manière le respect de l'exigence constitutionnelle de précision de la loi¹⁹⁴⁷. Il indique ainsi que les diligences normales de l'auteur des faits doivent être appréciées « *compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait* ». Ce sont là autant de paramètres qui permettent de guider le juge répressif dans une appréciation réaliste des diligences requises.

¹⁹⁴³ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel, vol. 2 – L'infraction et la responsabilité, op. cit.*, p. 199 et M. HERZOG-EVANS et G. ROUSSEL, *Droit pénal général*, Vuibert, Dyna'sup droit, 3^e édition, 2011, p. 151.

¹⁹⁴⁴ C. GRAPIN, *La responsabilité chirurgicale, op. cit.*, p. 558.

¹⁹⁴⁵ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, thèse, Poitiers, 2006, p. 258.

¹⁹⁴⁶ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e édition et G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 13^e édition, 2020, entrée « diligence ».

¹⁹⁴⁷ Par la suite, dans une décision du 27 juillet 2000 (Cons. const., décision n° 2000-433), le Conseil constitutionnel a censuré une loi du 1^{er} août 2000, modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. Cette modification législative prévoyait que les personnes qui assurent le stockage des données sont pénalement responsables « *si, ayant été saisies par un tiers estimant que le contenu qu'elles hébergent est illicite ou lui cause un préjudice, elles n'ont pas procédé aux diligences appropriées* ». Les Sages ont ainsi considéré qu'« *en ne déterminant pas les caractéristiques essentielles du comportement fautif de nature à engager (...) la responsabilité pénale des intéressés, le législateur a méconnu la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution* ». La seule expression de « *diligences appropriées* », sans autre explication, se révèle donc insuffisante dans le contexte de cette infraction pour satisfaire au principe de légalité criminelle. Il est toutefois permis de douter qu'une telle solution aurait également été retenue concernant l'article 121-3 CPF s'il avait seulement visé les « *diligences normales* » dès lors que l'incrimination de l'imprudence est par nature ouverte.

428. Hésitation sur la nature justificative des diligences

La formulation de l'article 121-3 du Code pénal français issue de la loi du 13 mai 1996, selon laquelle l'auteur des faits commet une infraction d'imprudence *sauf* s'il a accompli les diligences normales, a fait naître certains doutes dans la doctrine concernant la nature des diligences normales¹⁹⁴⁸.

D'aucuns ont pensé que cette loi introduisait un nouveau fait justificatif dans le dispositif pénal qui serait propre aux infractions non intentionnelles¹⁹⁴⁹, ce qui donnerait alors une toute nouvelle teinte à la théorie de l'erreur irréductible. Au cours des travaux parlementaires, le législateur avait d'ailleurs hésité à placer cette référence aux diligences normales dans le titre II du premier livre du Code pénal français, au chapitre intitulé «*Des causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité*» au sein duquel se trouvent les faits justificatifs¹⁹⁵⁰.

Au début, certaines juridictions du fond ont même été tentées d'aller dans ce sens¹⁹⁵¹. Le Tribunal correctionnel de Lyon a ainsi rendu un jugement dans lequel les magistrats ont considéré que la faute d'imprudence «*doit être écartée lorsque l'auteur des faits justifie d'une cause d'irresponsabilité consistant dans l'accomplissement des diligences normales*»¹⁹⁵². Cette interprétation de l'article 121-3 du Code pénal français «*revient à faire des diligences normales un véritable fait justificatif*» dont le prévenu ne peut efficacement se prévaloir que s'il «*est en mesure d'en rapporter la preuve*»¹⁹⁵³. Pareillement, la Cour d'appel de Versailles a rendu un arrêt dans lequel, après avoir relevé les manquements des différents auteurs d'un accident de navigation, elle retient leur responsabilité, faute pour eux d'avoir «*justifié*» des diligences normales qui leur incombaient¹⁹⁵⁴.

Une telle approche n'est alors pas sans conséquence. Elle implique «*une manière de raisonner, qui consiste à faire peser sur la personne poursuivie la charge d'avoir à se justifier par la preuve des diligences dont elle est normalement redevable*»¹⁹⁵⁵. Le débat sur les diligences normales relèverait ainsi uniquement «*des initiatives de la dé-*

¹⁹⁴⁸ Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, *op. cit.*, p. 162 et set M.-C. SORDINO, *Droit pénal général*, Ellipses, 6^e édition, 2016, p. 142.

¹⁹⁴⁹ Remarquons que cette interprétation a été formulée dans un contexte où la fin de l'unité des fautes civile et pénale n'était pas encore clairement actée par la Cour de cassation. Le recours à un fait justificatif de «*diligence normale*» aurait ainsi permis de circonscrire la répression pénale sans pour autant remettre en question l'appréciation unitaire de la faute d'imprudence.

¹⁹⁵⁰ JO Sénat, Débats, 27 octobre 1995, p. 2299.

¹⁹⁵¹ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, *op. cit.*, p. 262.

¹⁹⁵² Trib. corr. Lyon, 26 septembre 1996, D. 1997. 200, note Seillan, RSC 1997. 833, obs. Mayaud.

¹⁹⁵³ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, *op. cit.*, p. 262.

¹⁹⁵⁴ CA Versailles, 13 septembre 1996, RSC 1997. 833, obs. Mayaud.

¹⁹⁵⁵ Y. MAYAUD, «*Infractions d'imprudence ou de négligence : preuve des diligences normales*», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1997, p. 833 et s.

fense, une fois judiciairement établies les circonstances apparentes de l'imprudence, de la négligence ou des manquements reprochés»¹⁹⁵⁶. En l'absence de preuve de la part du prévenu, cette approche justificative le rendrait alors condamnable à l'égard des fautes qui lui étaient imputées¹⁹⁵⁷.

429. Affirmation de la nature constitutive des diligences

Au contraire, d'autres auteurs ont considéré que l'exigence de diligence normale devait être située dans le cadre constitutif des infractions d'imprudence¹⁹⁵⁸, en ce qu'elles «participent tout simplement du mécanisme législatif mis en place par le législateur»¹⁹⁵⁹ pour apprécier le fait non intentionnel. Il ne s'agit alors plus de justifier *a posteriori* la faute de l'agent mais bien de constater que son comportement n'était pas matériellement répréhensible et qu'aucune faute morale ne peut être relevée à son encontre.

La Cour de cassation a confirmé cette analyse dans un arrêt du 14 octobre 1997¹⁹⁶⁰, mettant ainsi un terme aux hésitations. Dans cette espèce, le prévenu avait justement soutenu à l'appui de son pourvoi que cette mouture de l'article 121-3 du Code pénal français édictait un nouveau fait justificatif en cas d'infraction d'imprudence dont il entendait se prévaloir. Rejetant son pourvoi, les hauts magistrats ont alors très nettement affirmé que «l'article 121-3 du Code pénal dans sa rédaction issue de la loi du 13 mai 1996 (...) n'institue aucun fait justificatif».

Le législateur a, en 2000, fort opportunément confirmé cette solution¹⁹⁶¹ en reprenant les dispositions du troisième alinéa de l'article 121-3 du Code pénal français «afin de rompre avec le sentiment d'exception»¹⁹⁶² que faisait naître l'emploi du terme «sauf». La faute d'imprudence est à présent caractérisée «s'il est établi que

¹⁹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁹⁵⁷ Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, *op. cit.*, p. 162.

¹⁹⁵⁸ Y. MAYAUD, «De la portée non justificative des diligences normales», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1998, p. 328 et s.

¹⁹⁵⁹ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, *op. cit.*, p. 263.

¹⁹⁶⁰ Cass. crim., 14 octobre 1997, n°96-83.356, Dr. Pén. 1998. 25, obs. Robert, RTD com. 1998.431, obs. Boulouc, RSC 1998. 328, obs. Mayaud, LPA 1998. 152. 14, note Sordino.

¹⁹⁶¹ Cette solution peut également se déduire de ce que le législateur a visé les «diligences normales» à l'art. 121-3 CPF, relatif à la culpabilité, qui se situe dans le premier chapitre du titre II du CP consacré aux dispositions générales de la responsabilité pénale. S'il avait voulu faire de la notion de diligence normale un fait justificatif spécial, il aurait pu le manifester sans équivoque en visant cette notion au sein du deuxième chapitre de ce même titre, qui traite quant à lui des causes d'irresponsabilité. Il aurait ainsi pu introduire cette notion par la formule consacrée «N'est pas pénalement responsable la personne qui (...)», comme il l'a fait pour toutes les autres causes d'irresponsabilité pénale. Dans ce sens, voir M.-C. SORDINO, «Portée de la loi du 13 mai 1996 sur la responsabilité pénale du décideur privé», *Les petites affiches*, 1998, n° 152, p. 14 et s.

¹⁹⁶² Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, *op. cit.*, p. 162.

*l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales (...)»*¹⁹⁶³, ce qui écarte toute portée justificative¹⁹⁶⁴.

Le problème a donc été doublement résolu, tant par la jurisprudence que par la loi¹⁹⁶⁵. La nature constitutive des diligences normales ne fait alors plus aucun doute, ce qui est par ailleurs conforme aux écrits doctrinaux sur la théorie de l'erreur qui en font une cause de non-culpabilité. Il appartient donc à l'autorité de poursuite de démontrer le non-respect des diligences normales par le prévenu¹⁹⁶⁶ qui, à son tour, pourra présenter en défense des éléments tendant à établir l'accomplissement des diligences requises. Cette approche garantit «le principe d'un débat qui ne peut que favoriser la contradiction, et aller dans le sens d'une juste appréciation»¹⁹⁶⁷ tant du comportement de l'auteur que de son l'état d'esprit.

430. Obligation de caractériser les diligences

Depuis la loi du 13 mai 1996, les juges du fond doivent donc se demander, au regard des circonstances de l'espèce, si le prévenu a accompli ou pas les diligences normales pour pouvoir décider de sa culpabilité. Cette exigence est requise à peine de cassation¹⁹⁶⁸. A ainsi été censuré l'arrêt qui avait relaxé le prévenu de l'infraction de blessures non intentionnelles pour ne pas avoir recherché «*si, en tant qu'employeur pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires à sa mission, il avait accompli les diligences normales lui incombant*»¹⁹⁶⁹. Néanmoins, lorsque les juges du fond ne caractérisent pas expressément les diligences effectuées par l'agent, la Cour de cassation peut parfois, en dépit de ce manque, entériner leur décision en relevant certaines énonciations de fait contenues dans l'arrêt d'appel et en faisant valoir le travail de recherche effectué par ces juges¹⁹⁷⁰.

¹⁹⁶³ Le législateur a par là même harmonisé l'art. 121-3 CPF avec l'art. 11 bis A de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, lequel prévoit spécialement pour les fonctionnaires que leur responsabilité pénale ne peut être engagée pour imprudence «*que s'il est établi qu'ils n'ont pas accompli les diligences normales compte tenu de leurs compétences, du pouvoir et des moyens dont ils disposaient ainsi que des difficultés propres aux missions que la loi leur confie*». Cette modification permet ainsi de mettre en cohérence des articles qui présentent une même portée juridique.

¹⁹⁶⁴ Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, *op. cit.*, p. 162.

¹⁹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶⁶ J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 22^e édition, 2019, p. 495.

¹⁹⁶⁷ Y. MAYAUD, «Violences involontaires : théorie générale», *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2005, n° 174.

¹⁹⁶⁸ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel*, vol. 2 – *L'infraction et la responsabilité*, *op. cit.*, p. 199.

¹⁹⁶⁹ Cass. crim., 19 novembre 1996, n° 95-85.945, D. 1997. 48, RSC 1997. 634, obs. Bouloc, RSC 1997. 835, obs. Mayaud, Dr. Pén. 1997. 33, note Véron.

¹⁹⁷⁰ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel*, vol. 2 – *L'infraction et la responsabilité*, *op. cit.*, p. 199.

Quoi qu'il en soit, bien qu'il incombe aux juges du fond d'établir la réalité des diligences accomplies, il n'est pas exigé d'eux qu'ils définissent les diligences qui devaient être observées par le prévenu dans l'espèce¹⁹⁷¹. Cette souplesse doit sans doute être regrettée dans la mesure où elle ne permet pas toujours de saisir de manière satisfaisante les contours du standard requis. La portée de cette consécration des diligences normales doit maintenant être précisée, en particulier à l'égard de la théorie de l'erreur irréductible.

2 La portée de la consécration

431. Importance des diligences normales

La réforme de 1996 a le mérite d'avoir placé les diligences normales au cœur du dispositif légal¹⁹⁷², mettant ainsi «fin à certaines présomptions de faute»¹⁹⁷³ qui, en matière d'imprudence, étaient parfois tirées des circonstances dommageables. Le juge répressif ne peut désormais «se déterminer, [que ce] soit pour une relaxe [ou] une condamnation, qu'après avoir véritablement recherché dans les circonstances de l'espèce ce qui va dans le sens de la preuve ou du défaut de normalité»¹⁹⁷⁴.

L'exigence de diligence normale étant située dans le texte général de l'article 121-3 du Code pénal français, elle doit s'appliquer à l'ensemble des délits d'imprudence. Un décret du 20 septembre 2001¹⁹⁷⁵ l'a même étendu au domaine des atteintes contraventionnelles, ce qui implique que c'est «également par référence aux diligences normales que doivent s'apprécier les [blessures non intentionnelles] les moins graves»¹⁹⁷⁶.

Cette référence aux diligences normales présente l'avantage de transcender les différentes sortes de fautes qui, toujours aujourd'hui, sont énumérées dans les textes d'incrimination spéciaux, à savoir la «maladresse», l'«imprudence», l'«inattention», la «négligence» ou le «manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement». Toutes ces manifestations de la faute non intentionnelle sont en réalité «soumises à un même régime d'appréciation, fondé sur la prise en compte des écarts pouvant être constatés par rapport à la normalité»¹⁹⁷⁷. Ce régime permet ainsi de ne pas s'arrêter à une maladresse, une inattention ou une imprévoyance pour s'intéresser de manière plus substantielle aux diligences accomplies par

¹⁹⁷¹ *Ibid.*, p. 200.

¹⁹⁷² Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, *op. cit.*, p. 134.

¹⁹⁷³ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, *op. cit.*, p. 256.

¹⁹⁷⁴ Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, *op. cit.*, p. 134.

¹⁹⁷⁵ Décret n° 2001-883 du 20 septembre 2001 modifiant le Code pénal et relatif aux contraventions non intentionnelles.

¹⁹⁷⁶ Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, *op. cit.*, p. 128.

¹⁹⁷⁷ *Ibid.*

le prévenu¹⁹⁷⁸. Les diligences normales se présentent par conséquent comme le seul point de référence déterminant dans la réforme de 1996. C'est dire l'importance qu'elles revêtent, en théorie, pour apprécier le fait non intentionnel.

432. Limites des diligences normales

La notion de diligences normales n'a toutefois pas suscité l'intérêt qu'elle aurait dû au vu de son caractère central. Le problème réside sans doute dans le fait que, bien que le texte ait une portée générale, cette réforme avait « essentiellement pour objet d'alléger la responsabilité pénale des élus locaux et des fonctionnaires d'autorité », en invitant les juges répressifs à s'intéresser plus attentivement aux difficultés particulières auxquelles ils sont confrontés dans le cadre de leur action¹⁹⁷⁹.

Par voie de conséquence, les paramètres énoncés par le législateur pour déterminer les diligences normales se révèlent être précisément orientés vers la catégorie des décideurs publics : nature des missions, fonctions, compétences, pouvoir et moyens dont ils disposaient. Ces paramètres ne sont pas toujours adaptés pour apprécier la normalité des diligences dans des situations à risque, en particulier dans les domaines en perpétuelle évolution tels que la médecine, les transports ou encore les technologies.

Quoi qu'il en soit, la portée de cette énumération légale ne doit pas être exagérée car elle a en réalité surtout pour « finalité de servir de guide au juge dans le choix des critères à utiliser »¹⁹⁸⁰. Elle est d'ailleurs précédée par la locution « *le cas échéant* », qui signifie « lorsque l'occasion se présente », laquelle doit s'appliquer à tous les éléments de la liste et laisse ainsi la possibilité au juge répressif de se référer à d'autres critères objectifs, même individualisés, pour établir la normalité des diligences¹⁹⁸¹. L'important n'est pas tant chacun des paramètres d'appréciation des diligences normales que l'idée qu'ils en donnent au juge et au parquet¹⁹⁸².

Il serait dès lors intéressant, pour mieux appréhender le texte légal, de se pencher plus largement sur le rôle que peuvent jouer d'autres paramètres¹⁹⁸³, tels que le risque statistique, la complexité d'une activité, son utilité sociale, la temporalité de l'action ou

¹⁹⁷⁸ Dans ce sens, voir par ex. R. DOSIÈRE, *Rapport n° 2266, sur la proposition de loi adoptée par le Sénat tendant à préciser la définition des délits non intentionnels*, fait au nom de la commission des lois, Assemblée nationale, déposé le 30 janvier 2000. Voir également R. SEILLAN, « Infractions d'imprudence, l'appréciation *in concreto* de la faute depuis la loi du 13 mai 1996 », *Recueil Dalloz*, 1997, p. 200 et s.

¹⁹⁷⁹ D. GUIHAL, « Art. 221-6 à 221-7, atteintes involontaires à la vie », *JurisClasseur Pénal code*, LexisNexis, 2012, n° 59.

¹⁹⁸⁰ M.-C. SORDINO, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 143.

¹⁹⁸¹ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, *op. cit.*, p. 260.

¹⁹⁸² R. SEILLAN, « Infractions d'imprudence, l'appréciation *in concreto* de la faute depuis la loi du 13 mai 1996 », *op. cit.*

¹⁹⁸³ P. KOLB et L. LETURMY, *Cours de droit pénal général*, Gualino, 7^e édition, 2022, p. 186, n° 851.

encore les connaissances scientifiques et techniques du moment. La notion de diligence normale se révèle nécessairement évolutive et doit ainsi s'adapter «au gré des besoins de la société»¹⁹⁸⁴.

La théorie de l'erreur irréductible, qui renvoie directement au critère de diligence, se présente alors comme un cadre idéal pour approfondir, dans la doctrine, la réflexion autour de ce qui doit constituer les diligences normales, notamment en matière de gestion du risque, afin de mieux déterminer le seuil de la répression. Cet approfondissement au travers de la théorie de l'erreur irréductible permettrait une évolution bienvenue des mentalités sur la façon de déterminer les diligences normales en se fondant sur des «données concrètement ancrées dans la réalité»¹⁹⁸⁵. Une telle réflexion a malheureusement été éclipsée par la réforme de 2000.

B La persistance de la théorie l'erreur irréductible après la loi du 10 juillet 2000

433. Réforme de 2000

À la suite de la réforme de 1996, le législateur est intervenu une seconde fois avec la loi du 10 juillet 2000, dite loi Fauchon, qui a ajouté un quatrième alinéa à l'article 121-3 du Code pénal français. Cet alinéa, il faut bien le reconnaître, a rendu l'analyse du fait non intentionnel plus complexe en introduisant, pour les seules personnes physiques, une distinction entre deux degrés de faute et de causalité. Ce régime dualiste rend par là même plus difficile à identifier la place de l'erreur irréductible dans la structure des infractions non intentionnelles car elle est désormais largement occultée par la mécanique du binôme faute-causalité.

Cette réforme a en réalité essentiellement cherché à neutraliser certains cas de responsabilité non intentionnelle sans s'intéresser davantage au seuil de la faute d'imprudence (1). Elle laisse toutefois subsister le critère des diligences normales, maintenant ainsi la portée de la théorie de l'erreur irréductible en droit positif (2).

1 La neutralisation partielle de la responsabilité

434. Détournement du problème

De même que la réforme de 1996, la loi du 10 juillet 2000 avait pour objectif principal de limiter la condamnation des élus locaux. Le législateur a cette fois-ci procédé en faisant sortir du champ de la répression les fautes simples des personnes physiques qui sont indirectement à l'origine du dommage.

¹⁹⁸⁴ C. GRAPIN, *La responsabilité chirurgicale*, op. cit., p. 496.

¹⁹⁸⁵ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, op. cit., p. 260.

Par ce mécanisme, la réforme de 2000 ne s'est toutefois pas attaquée au vrai problème du fait non intentionnel : loin de se demander ce qui est véritablement coupable au sens d'une imprudence, elle affirme simplement que certains comportements fautifs ne doivent plus engager la responsabilité des auteurs indirects¹⁹⁸⁶. Elle semble ainsi se tromper d'enjeu en cherchant non plus à établir les conditions d'existence de la faute mais seulement à quel moment la faute établie doit être punie. En se focalisant sur le fait de savoir si la faute est simple ou qualifiée, directe ou indirecte, elle rate à dire vrai l'enjeu principal de la matière qui devrait être de déterminer s'il s'agit ou non d'une faute au sens du droit pénal.

Il est ainsi possible de regretter que cette réforme n'ait été envisagée «que par le petit bout de la lorgnette»¹⁹⁸⁷ : la réelle motivation du législateur n'était pas de revoir la place de la faute pénale, mais uniquement de réduire la responsabilité des décideurs publics¹⁹⁸⁸. Cette solution légale constitue par conséquent plus un cache-misère des problèmes de sévérité qui subsistaient encore postérieurement à la réforme de 1996 que le produit d'une réelle réflexion de fond en matière d'imprudence.

435. Culpabilité sans responsabilité

La réforme de 2000 a ainsi pour effet de conduire à l'absence de répression tout en établissant l'existence d'une faute, certes simple, mais d'une faute quand même. Il est ainsi possible de considérer qu'un individu est fautif sans qu'il soit responsable dès lors qu'il entretient un lien de causalité indirect avec le dommage. Ce mécanisme apparaît d'ailleurs clairement lorsque cet individu dirige une personne morale, car cette même faute qui n'a pas suffi à engager sa responsabilité personnelle, pourra alors précisément être retenue pour engager celle de la personne morale. Ainsi, après qu'il a été longtemps reproché au droit pénal de désigner par excès de sévérité des «responsables non-coupables» en matière d'imprudence, voici venu le temps des «coupables non-responsables» pour les auteurs indirects¹⁹⁸⁹.

Cet étonnant mécanisme a toutefois eu le mérite d'éviter certaines condamnations choquantes, rassurant ainsi nombre d'élus, puisque le moindre accident dont ils sont indirectement à l'origine n'engage désormais plus systématiquement leur responsabilité pénale.

Néanmoins, en opérant une dépénalisation fondée sur une simple logique de causalité et non sur la recherche d'une faute véritable, cette réforme peut légitimement donner

¹⁹⁸⁶ G. GIUDICELLI-DELAGE, «La sanction de l'imprudence», *op. cit.*, p. 526.

¹⁹⁸⁷ E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 733.

¹⁹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁹⁸⁹ M.-E. CARTIER, «Introduction au colloque organisé le 1^{er} février 2001 par le Centre de recherche en droit privé de Paris I», *La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000*, Paris, Revue de sciences criminelles et de droit comparé, 2001, p. 725.

l'impression d'avoir quelque peu amoindri la portée de la théorie de l'erreur irréductible pour les personnes physiques. En réalité, même si les diligences normales ont été passablement occultées avec l'introduction du quatrième alinéa de l'article 121-3 du Code pénal français, elles n'en restent pas moins essentielles dans cette nouvelle configuration pour déterminer le seuil de la répression.

2 Le maintien de la référence aux diligences normales

436. Affirmation du maintien

Même après la loi du 10 juillet 2000, la théorie de l'erreur irréductible conserve toujours un grand intérêt car l'exigence de diligence normale sur laquelle elle se fonde subsiste dans tous les cas de figure. Il convient d'évaluer la portée de cette exigence en distinguant selon qu'il s'agit d'un cas de causalité directe ou indirecte.

437. Cas de la causalité directe

Lorsque le lien de causalité est direct, la théorie de l'erreur irréductible conserve évidemment toute sa force puisqu'une faute simple suffit à engager la responsabilité pénale de son auteur. Il convient ainsi toujours de distinguer ce qui ressort de la faute simple de ce qui ne constitue qu'une erreur irréductible en se référant au critère des diligences normales, tel qu'envisagé par la loi du 13 mai 1996. La relaxe devra être prononcée si le juge répressif ne peut établir en quoi les diligences du prévenu n'étaient pas normales¹⁹⁹⁰.

L'intérêt du critère des diligences normales se trouve d'ailleurs ravivé avec cette loi du 10 juillet 2000 car, comme nous l'avons déjà montré¹⁹⁹¹, celle-ci a permis de mettre un terme définitif au principe de l'unité des fautes civiles et pénales. Le juge répressif peut désormais apprécier librement la normalité des diligences accomplies par l'agent sans se préoccuper des considérations indemnitaires. Cette nouvelle philosophie laisse ainsi à la théorie de l'erreur irréductible la possibilité de prendre tout son essor dans la réflexion doctrinale en cas de causalité directe afin de mieux identifier les comportements qui ne sont pas véritablement blâmables au sens du droit pénal.

Les hypothèses de causalité directe sont en outre très fréquentes en matière non intentionnelle. Comme nous l'avons également démontré en première partie¹⁹⁹², les magistrats appréhendent la notion de causalité directe de manière extensive en recourant notamment au critère du paramètre déterminant. Ce faisant, ils ont tendance à étendre très largement le champ de la causalité directe, empiétant ainsi parfois sur ce que l'on

¹⁹⁹⁰ E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 739.

¹⁹⁹¹ Voir 1^{re} partie, titre 2, chapitre 1, section 2, II, B: L'autonomie de l'appréciation de la faute pénale par rapport à la faute civile, n° 227.

¹⁹⁹² Voir 1^{re} partie, titre 2, chapitre 2, section 2, II, A, 2: Les précisions de la jurisprudence, n° 283 et s.

aurait volontiers attribué à la causalité indirecte. Ainsi, même en s'attachant aux seuls cas de causalité directe, la théorie de l'erreur irréductible trouve en définitive encore très largement de quoi s'appliquer en matière non intentionnelle.

La portée de la théorie de l'erreur irréductible doit ensuite être envisagée en ce qui concerne les personnes physiques qui sont indirectement à l'origine du dommage.

438. Cas de la causalité indirecte

Lorsque le lien de causalité est indirect, la théorie de l'erreur irréductible continue de trouver à s'appliquer en ce qui concerne les personnes morales puisque celles-ci ne sont pas visées par le quatrième alinéa de l'article 121-3 du Code pénal français.

La question se pose en revanche de savoir si la théorie de l'erreur irréductible reste pertinente pour les personnes physiques dès lors qu'une faute simple ne suffit de toute façon plus à engager leur responsabilité mais qu'il faut alors établir une faute qualifiée. Dans bien des cas, il apparaît en réalité que la distinction entre la faute simple et la faute qualifiée, en particulier lorsqu'il s'agit d'une faute caractérisée, n'est elle-même pas toujours si évidente à opérer, si bien que les deux peuvent parfois se recouper en partie.

439. Fondement commun (1)

Un tel constat ressort tout d'abord du fait que l'ensemble des fautes non intentionnelles gardent un fondement commun. En ce sens, le quatrième alinéa de l'article 121-3 du Code pénal français, qui a trait aux fautes qualifiées, commence par la formule « *dans le cas prévu par l'alinéa qui précède* ». Ce renvoi au troisième alinéa implique que, même pour établir l'existence d'une telle faute, il reste nécessaire de se référer aux critères des diligences normales, comme pour la faute simple¹⁹⁹³.

Cette analyse a été confirmée par la Cour de cassation, qui a validé l'établissement d'une faute « caractérisée » par les juges d'appel en considérant qu'il résultait de leur constatations que « *le prévenu n'[avait] pas accompli les diligences normales qui lui incombait, compte tenu de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait* »¹⁹⁹⁴. A l'inverse, la Haute juridiction a censuré, pour manque de base légale, une cour d'appel qui avait retenu une faute caractérisée à l'encontre d'un maire « *sans rechercher en quoi les diligences du prévenu n'étaient pas normales au regard de l'article 121-3, alinéa 3, du Code pénal, et adaptées aux ris-*

¹⁹⁹³ M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 17^e édition, 2019, p. 111.

¹⁹⁹⁴ Cass. crim., 6 septembre 2005, n° 04-87.778, Dr. Pén. 2006. 3, obs. Véron, RSC 2006. 62, obs. Mayaud. Dans le même sens, voir également Cass. crim., 2 décembre 2003, Dr. Pén. 2004. 17, obs. Véron et Cass. crim., 11 juin 2003, n° 02-82.622, Dr. Pén. 2003. 120, obs. Véron, JCP G 2003. IV. 2448, RSC 2003. 784, obs. Mayaud. Pour un regard critique sur la référence aux diligences normales dans le cadre de la faute caractérisée, voir P. BONFILS et M. GIACOPPELLI, *Droit pénal général*, Cujas, 3^e édition, 2021, p. 150, n° 235.

ques prévisibles»¹⁹⁹⁵. Les fautes simples et qualifiées partagent ainsi une même nature, la violation du devoir de diligences normales, les deux se distinguant essentiellement par le degré de la violation puisqu'en principe l'une est inconsciente alors que l'autre est consciente.

440. Porosité entre les catégories de faute (2)

Ce constat ressort ensuite de la porosité qui peut exister entre faute simple et faute qualifiée en raison de la sévérité dont font preuve les magistrats pour apprécier les fautes qualifiées.

D'une part, les juges répressifs font preuve d'une sévérité particulière dans l'appréciation de la faute qualifiée lorsqu'elle concerne des professionnels¹⁹⁹⁶. Ils ont tendance à retenir le caractère conscient de leur faute, en considérant que, eu égard à leur fonction et leurs qualifications, ils avaient ou auraient dû avoir conscience de leurs obligations et des risques auxquels ils exposaient autrui, commettant ainsi une faute qualifiée qui autorise l'engagement de leur responsabilité pénale¹⁹⁹⁷. Il semble ainsi que, de manière opportune, les juges pénaux ont tendance à retenir une faute qualifiée en cas de causalité indirecte dès qu'un professionnel a violé son devoir de diligence. Par conséquent, la moindre imprévoyance d'un professionnel peut rapidement devenir qualifiée aux yeux des juges répressifs. Il est alors essentiel de définir si le professionnel a véritablement violé son devoir de diligence dans le contexte des risques liés à son métier ou s'il n'a commis qu'une simple erreur irréductible¹⁹⁹⁸.

¹⁹⁹⁵ Cass. crim., 18 juin 2002, n° 01-86.539, D. 2003. 240, note Gauvin, D. 2003. 244, obs. Roujou de Boubée, Gaz. Pal. 2002.2.1743, note Petit, Dr. Pén. 2002. 120, obs. Véron, RSC 2002. 814, obs. Mayaud.

¹⁹⁹⁶ P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, L.G.D.J., 2006, p. 325; s., A. D'HAUTEVILLE, «Les transformations de la faute pénale», *Le nouveau Code pénal 10 ans après*, dirigé par D. THOMAS, Pedone, 2005, p. 10; P. MISTRETTA, «Le médecin imprudent», *Les orientations actuelles de la responsabilité pénale en matière médicale*, éditions Cujas, 2013, p. 24 et X. PIN, «La non-intention est-elle vraiment l'exception?», *Le nouveau Code pénal vingt ans après, état des questions*, dir. par L. SAENKO, L.G.D.J., 2014, p. 93. Pour un article qui traite en particulier du cas des employeurs, voir R. MESA, «Le responsabilité pénale de l'employeur du chef d'un délit non-intentionnel», *Juris tourisme*, Dalloz, 2021, n° 237, p. 28 et s. L'auteur considère que la «causalité indirecte ne limite pas véritablement le risque pénal pesant sur l'employeur, ceci en raison de l'appréciation prétorienne très répressive de la faute délibérée et de la faute caractérisée, dont l'existence est parfois déduite de la seule qualité d'employeur du prévenu».

¹⁹⁹⁷ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal, op. cit.*, p. 294.

¹⁹⁹⁸ Ce constat est d'autant plus vrai que la tendance actuelle est de trouver un coupable à tout prix. Dans ce sens, la proposition de loi du Sénat n° 221, du 25 septembre 2021, visant à réviser la loi Fauchon, est particulièrement marquante même si elle n'a pas été adoptée. Elle visait à supprimer toute impunité pénale des responsables d'entreprise dans le drame de l'amiante en ajoutant un avant-dernier alinéa à l'art. 121-3 CPF. Ce dernier indiquait qu'en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle, les auteurs indirects peuvent être condamnés pour simple violation des diligences normales. C'est donc un retour à la situation initiale qui était demandé,

D'autre part, les juges pénaux font preuve d'une certaine sévérité dans l'appréciation de la faute caractérisée lorsque l'agent a commis une pluralité d'imprévoyances. Comme nous l'avons expliqué en première partie¹⁹⁹⁹, ils ont alors tendance à considérer que le cumul de fautes simples a également pour effet d'établir la conscience du risque qui est exigée au titre de la faute caractérisée. La distinction entre faute simple et erreur irréductible reste alors déterminante car seul le cumul des premières peut mener à la faute caractérisée.

Cette tendance à la sévérité des magistrats a pour effet de générer une certaine confusion entre faute simple et caractérisée, amenant même parfois à des contradictions entre les juridictions²⁰⁰⁰. Il en va ainsi de l'arrêt rendu le 12 septembre 2006²⁰⁰¹, lequel donne une parfaite illustration des deux facteurs de sévérité évoqués. Dans cette affaire, la Cour de cassation a retenu une faute caractérisée là où les juges du fond n'avaient quant à eux relevé que l'existence d'une faute simple. Un médecin avait reçu une patiente qui était décédée quatre jours plus tard des suites d'un coma diabétique. Il a été reproché au praticien de s'être borné à prescrire à la patiente divers examens, sans en mentionner l'urgence ni prescrire de vérification du taux d'acétone dans les urines et sans avoir utilisé un appareil de lecture automatique équipant son cabinet alors même que celui-ci était en présence d'un tableau clinique révélant le risque d'une évolution vers un coma diabétique mortel. Les juges du fond ont ainsi estimé que le médecin n'avait « *pas accompli les diligences normales qui lui incombaient, compte tenu des moyens dont [il] disposait, et [avait] ainsi commis des fautes d'imprudence et de négligence qui sont la cause directe de la mort de la victime* ». Le médecin s'est pourvu en cassation, reprochant à la cour d'appel d'avoir retenu un lien de causalité directe alors qu'il n'était qu'indirectement à l'origine du dommage, ce qui empêchait que l'infraction d'homicide non intentionnel soit retenue à son encontre. Les hauts magistrats ont rejeté le pourvoi en considérant que, si l'homme de l'art n'avait certes qu'indirectement causé le dommage, il avait cependant « *commis une faute caractérisée exposant autrui à un risque d'une particulière gravité qu'[il] ne pouvait ignorer* ». La sévérité de cette solution peut sans doute s'expliquer ici tant parce que le prévenu était un professionnel que par le fait que sa faute pouvait se décomposer en un cumul d'imprévoyances. Les juges répressifs sont ainsi parvenus à neutraliser dans cette espèce la dépenalisation que la réforme de 2000 a attaché à la

ce qui montre l'importance de comprendre où poser la limite de la répression en matière non intentionnelle au-delà des distinctions de la loi Fauchon.

¹⁹⁹⁹ Voir 1^{re} partie, titre 2, chapitre 1, section 1, II, B, 2, a : La définition de la faute caractérisée, n° 204 et s.

²⁰⁰⁰ W. AYED, *La responsabilité pénale des décideurs publics pour infractions non intentionnelles*, thèse, Paris, 2008, p. 337.

²⁰⁰¹ Cass. crim., 12 septembre 2006, n° 05-86.700, Dr. Pén. 2007. 4, obs. Véron, JCP G 2007. II. 10006, note Faict et Mistretta, Dr. Pén. 2007. 4 obs Véron, RSC 2007. 82, obs. Mayaud.

causalité indirecte. Ainsi, ce qui aurait ordinairement pu relever d'une faute simple en cas de causalité directe deviendra ici une faute caractérisée, de manière à pouvoir engager la responsabilité pénale de l'auteur indirect. «Entre logique et subtilité, chacun cherchera son chemin»²⁰⁰².

La théorie de l'erreur irréductible peut donc parfois également trouver à s'appliquer en cas de causalité indirecte pour distinguer ce qui ressort d'une faute qualifiée de ce qui ne constitue qu'une erreur irréductible.

441. Diligences normales comme ligne directrice pour le juge pénal

Il ressort de ces constatations que la portée de la réforme de 2000 a été largement limitée par la très grande flexibilité dont font preuve les juges pénaux dans leur appréciation du texte étant donné que la faute simple peut très vite devenir qualifiée et que ce qui apparaît comme causalité indirecte peut dans bien des cas être retenu au titre de la causalité directe²⁰⁰³.

Dès lors, il semble que, en pratique, les juges répressifs ont tendance dans un premier temps à raisonner en dehors de ces catégories légales pour se déterminer essentiellement en fonction du caractère blâmable ou non du fait non intentionnel, selon leur intime conviction. Lorsqu'ils veulent ensuite entrer en voie de condamnation, il leur est toujours possible, dans un second temps, de choisir entre l'existence du binôme «causalité directe – faute simple» ou «causalité indirecte – faute qualifiée», selon celui qui leur paraît le plus approprié aux circonstances de l'espèce.

Il apparaît donc que l'important est surtout de savoir, préalablement à ce choix, quand il convient d'entrer en voie de condamnation ou non. Les juges pénaux et les procureurs ont dès lors besoin d'outils leur permettant d'identifier ce qui doit être considéré comme véritablement blâmable dans la perspective du droit pénal. A cet égard, le seul critère effectif reste à notre sens celui de savoir si les diligences normales ont été accomplies, lequel dispose de surcroît d'un solide ancrage textuel depuis 1996. Il est donc essentiel de revenir à ce critère pour établir ce qui est véritablement blâmable de manière à rendre ainsi tout leur sens aux décisions pénales.

Si la doctrine s'est peut-être laissé décourager dans cette recherche après 2000 en préférant s'attarder à essayer de comprendre, d'expliquer et de justifier l'archi-complexité de notre nouveau système et de son interprétation jurisprudentielle, une telle étude des diligences normales semble rester indispensable en droit positif pour traiter du fait non intentionnel.

²⁰⁰² P. KOLB et L. LETURMY, *Cours de droit pénal général*, op. cit., p. 195, n° 893.

²⁰⁰³ X. PIN, «La notion de faute en droit pénal (121-3 = 0?)», *Droit pénal le temps des réformes*, LexisNexis, 2011, p. 105.

Pour ce faire, il est donc particulièrement intéressant de recourir à la théorie de l'erreur irréductible puisqu'elle apparaît comme un instrument adéquat pour approfondir la notion de diligence normale. Cette théorie n'empêchera pas en outre d'intégrer la philosophie de la loi du 10 juillet 2000 à cette réflexion préalable, en y incluant le principe qui sous-tend cette réforme, à savoir que plus l'agent était éloigné du dommage, plus il lui était difficile d'en prévoir la survenue et moins il convient d'être exigeant à son endroit. Elle pourra dès lors contribuer à améliorer la clarté et la lisibilité du seuil de la répression dans notre système actuel, permettant ainsi de ne pas laisser l'arbre de la causalité directe et indirecte cacher la forêt du fait non-intentionnel.

442. Conclusion de la section 2

L'erreur irréductible se présente comme une cause d'exclusion de la responsabilité pénale en matière d'infraction non intentionnelle. Elle ne doit toutefois pas être confondue avec les causes de non-imputabilité, telles que les troubles psychiques ou neuropsychiques ou la contrainte, qui permettent d'établir que l'agent a été privé de discernement ou de volonté au temps de l'action. Au contraire, en cas d'erreur irréductible, l'agent a pleinement exercé son libre arbitre en prenant toutes les précautions raisonnables pour accomplir son action mais celles-ci se sont avérées insuffisantes pour éviter la réalisation du dommage. Le comportement de l'agent peut lui être imputé mais il ne peut pas lui être reproché pénalement puisqu'il a accompli les diligences normales. L'erreur irréductible correspond donc à une cause de non-culpabilité qui empêche d'établir l'existence d'une faute en matière non intentionnelle, à l'image de l'erreur de fait qui permet de faire disparaître la faute en matière intentionnelle.

Le rapport entre l'erreur irréductible et la faute non intentionnelle a été largement précisé au cours des réformes de 1996 et de 2000. Avec la loi du 13 mai 1996, le législateur a introduit le critère de diligences normales qui permet de différencier ce qui ressort de la faute de ce qui n'est qu'une simple erreur. Si ce critère a pu faire naître des hésitations sur sa nature justificative ou constitutive, la référence aux diligences normales apparaît aujourd'hui clairement comme un élément constitutif incontournable de la définition des infractions non intentionnelles. Leur accomplissement empêche de caractériser de telles infractions, consacrant ainsi l'idée que tous les comportements dommageables ne sont pas forcément coupables et qu'il peut s'agir de simples erreurs irréductibles.

Cependant, ce critère a très vite été partiellement éclipsé par la loi du 10 juillet 2000 qui a profondément bouleversé la matière en neutralisant les fautes simples des personnes physiques qui ont indirectement causé le dommage. Cette réforme n'a toutefois rien changé à la portée de la théorie de l'erreur irréductible en cas de causalité directe, ce qui constitue d'ailleurs le cas le plus fréquent. Elle a en revanche amoindri la portée de la théorie de l'erreur irréductible pour les personnes physiques indirectement à l'origine du dommage puisque qu'une faute qualifiée est désormais exigée à

leur rencontre pour entrer en voie de condamnation. La théorie de l'erreur peut néanmoins encore présenter une certaine utilité dans cette hypothèse dans la mesure où la conscience exigée au titre des fautes qualifiées est généralement appréciée avec sévérité par les juges répressifs. Elle permettra d'éviter que de simples erreurs soient retenues au titre de la faute qualifiée.

En définitive, il apparaît que la flexibilité des catégories légales laisse une très grande marge de manœuvre au juge répressif dans son appréciation du fait non intentionnel, celui-ci pouvant toujours trouver le moyen de déclarer le prévenu coupable lorsqu'il l'estime utile. Dès lors, il convient de revenir à ce qui doit véritablement fonder la décision du juge, en identifiant quels comportements doivent être considérés comme blâmables au sens du droit pénal. Pour cette raison, la théorie de l'erreur irréductible conserve toute sa place en droit positif.

443. Conclusion du chapitre 2

La théorie de l'erreur irréductible correspond à un ensemble de recherches doctrinales originales qui visent à identifier, en matière non intentionnelle, ces défaillances, statistiquement inévitables, que tout un chacun peut être amené à commettre dans le cadre de son activité. Elle part du principe que de telles défaillances doivent être exclues du champ de la répression lorsqu'elles surviennent dans le cadre d'une gestion normalement prudente et diligente du risque lié à cette activité car elles ne manifestent alors aucune indifférence blâmable à l'égard d'autrui.

La notion d'erreur irréductible correspond ainsi à une cause de non-culpabilité qui empêche d'établir l'existence d'une faute pénale. Cette notion nous semble particulièrement intéressante dans la mesure où elle ne se présente pas seulement comme une contre-définition de la faute d'imprudence mais possède une signification autonome qui permet d'identifier de manière constructive les comportements qui doivent être admis en matière non intentionnelle.

Le recours à cette théorie permet à l'étude du fait non intentionnel de s'ouvrir à la prise en compte des risques intrinsèquement liés aux activités que l'être humain entreprend. Elle invite à reconsidérer l'exigence traditionnelle de diligences normales sous l'angle novateur de la gestion du risque, ce qui nous semble particulièrement opportun dans un contexte de développement scientifique et technique de plus en plus complexe. Cette approche ouvre la porte à une réflexion nécessaire sur la question de savoir comment déterminer les moyens raisonnablement exigibles pour encadrer les risques liés à une activité utile. L'enjeu est de taille car le droit pénal ne doit pas imposer des règles de conduite telles «qu'on ne pourrait [les] observer sans se condamner à l'inaction»²⁰⁰⁴ lorsque ces activités sont souhaitables pour la société.

²⁰⁰⁴ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 41.

Dès lors, la théorie de l'erreur irréductible apparaît comme un support de premier choix pour approfondir la recherche sur le juste seuil de la répression en matière non intentionnelle.

444. Conclusion du titre 1

Dans les droits suisse et français, il est possible de trouver des théories qui déterminent le fait non intentionnel admissible, en choisissant d'accepter une part de risque. En droit suisse, la théorie du risque autorisé pose un regard innovant sur le fait non intentionnel, en engageant une réflexion sur le traitement pénal du risque qui remplace celui-ci dans son contexte social. Soutenue par une abondante littérature, cette théorie énonce que certains risques ne doivent pas tomber sous le coup de la loi pénale dès lors qu'ils émanent d'une activité utile pour la société et qu'ils ont raisonnablement été ramenés à leur part résiduelle.

En droit français, il n'existe pas de pareille théorie du risque autorisé. Il est cependant possible de trouver dans la doctrine française un relai intéressant aux réflexions sur le risque autorisé sous les traits d'une autre théorie, celle de l'erreur irréductible. Bien que beaucoup moins développée par la doctrine, cette théorie vise également à exclure certains comportements dommageables de la répression lorsqu'ils surviennent dans le cadre d'activités utiles dont le risque a fait l'objet d'une gestion normalement diligente.

445. Convergences (1)

Ces deux théories ne disposent pas de définition universelle mais la doctrine s'est efforcée de dégager le principe de chacune d'elles. Il apparaît ainsi qu'elles convergent en de nombreux points.

Ces deux théories présentent tout d'abord le même objectif. Elles sont pareillement apparues dans le contexte de l'ère industrielle, au cours de laquelle la puissance de l'homme a été décuplée par l'essor des sciences et des techniques, conduisant ainsi à ce que le moindre écart d'un individu puisse avoir pour effet de causer des atteintes considérables aux personnes. Ces découvertes apportant toutefois un bénéfice important pour la société, les deux théories ont été envisagées afin de circonscrire le champ de la responsabilité pénale lorsqu'un dommage survient en raison des limites naturelles de l'homme dans des situations complexes de manière à ne pas empêcher l'exercice d'activités utiles.

Ces deux théories visent ensuite des situations qui ne génèrent pas systématiquement un dommage. La plupart du temps, l'agent évolue dans le cadre du risque autorisé sans qu'aucun dommage ne se réalise, ce qui est bien heureux. De même, la commission d'une erreur irréductible n'engendre généralement pas de dommage bien que ce soit souvent celui-ci qui fasse apparaître l'erreur commise²⁰⁰⁵. Toutefois, l'une comme

²⁰⁰⁵ *Ibid.*, p. 81.

l'autre théorie ne sera invoquée en droit pénal que lorsqu'un dommage s'est produit afin d'empêcher l'établissement d'une infraction non intentionnelle d'atteinte à la personne. Il reviendra alors au juge pénal de s'intéresser exclusivement au comportement de l'agent et non au résultat dommageable afin d'évaluer la valeur de ce comportement aux yeux du droit pénal.

Ces théories reposent en outre sur des fondements analogues, à savoir d'une part la nécessité de limiter la répression aux comportements véritablement blâmables et, d'autre part, le besoin d'adéquation de la réponse pénale avec les réalités sociales. Elles permettent ainsi d'assurer une véritable portée préventive à la réaction pénale afin que la condamnation puisse porter à réformation tant l'agent que le milieu dans lequel il évolue.

Ces théories se situent enfin à une place similaire dans la structure des infractions suisse et française. Elles ne renvoient ainsi ni à un fait justificatif, ni à une cause de non-imputabilité mais permettent d'empêcher la constitution de l'infraction non intentionnelle, en faisant disparaître le caractère typique ou fautif du comportement de l'agent. Elles s'analysent par conséquent au même niveau que le devoir de prudence et de diligence, avec lequel elles entretiennent une grande proximité.

446. Divergences (2)

En dépit de ces points communs, ces deux théories comportent des différences. En premier lieu, il existe une différence sémantique importante entre les notions de «risque autorisé» et d'«erreur» qui ne peut être ignorée. L'un et l'autre de ces vocables ont des connotations différentes qui emportent nécessairement des conséquences dans la façon d'aborder le fait non intentionnel. D'un côté, l'expression «risque autorisé» évoque plutôt une dynamique d'aventure ou d'entreprise, certes potentiellement dangereuse, mais dont le risque semble parfaitement encadré par le terme «autorisé». De l'autre côté, le terme «erreur» évoque plutôt un manquement que l'individu «normalement doué et soucieux de se comporter en bon citoyen parvient (le plus souvent) à éviter»²⁰⁰⁶. Il déclenche alors l'impression d'un reproche adressé à soi-même pour ne pas avoir été capable de l'éviter²⁰⁰⁷. Ce constat explique parfaitement que, dans leurs acceptations populaires, erreur et faute soient alors parfois confondues. C'est justement pour pallier cette ambiguïté lexicale que nous avons décidé d'ajouter l'adjectif «irréductible» à la dénomination initiale de la théorie de l'erreur.

En second lieu, il existe une différence d'angle de traitement entre ces deux théories. Le risque autorisé décrit un comportement habituel au cours duquel seule la réalisation du risque peut survenir à titre ponctuel. Il est ainsi possible d'évoluer dans le cadre du risque autorisé comme on le ferait dans le cadre du devoir de diligence. A

²⁰⁰⁶ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., p. 72.

²⁰⁰⁷ *Ibid.*

l'inverse, de manière plus restrictive, l'erreur irréductible vise nécessairement un comportement ponctuel : l'agent se trompe à un moment donné dans le cadre de son activité. Si malgré le respect des diligences normales un dommage survient, celui-ci ne pourra pas être reproché à son auteur qui n'aura alors commis qu'une simple erreur. Ainsi, le risque autorisé renvoie directement à la racine du problème, qui est la détermination de ce qui doit constituer le comportement admissible, alors que l'erreur y ramène seulement de manière indirecte.

Il ressort de ces constatations que la théorie du risque autorisé adopte une acception plus large et dynamique du fait non intentionnel que la théorie de l'erreur puisque, même si elle se fonde également sur un fait de l'homme, la théorie du risque autorisé ne se concentre pas tant sur sa défaillance particulière que sur l'analyse globale des conditions permettant d'établir le caractère socialement admissible du risque que celui-ci a pris dans une situation donnée. Elle invite ainsi le juge pénal à s'intéresser aux moyens que l'agent a mis en œuvre pour éviter la survenue du dommage au regard du bénéfice sociétal de l'activité. Il importe alors peu de savoir si le risque autorisé doit être assimilé au devoir de diligence, qu'il parachèverait par de nouveaux éléments, ou s'il doit être considéré comme une notion formelle, qui inclurait notamment le devoir de diligence. Ce qui est important, c'est que, dans un cas comme dans l'autre, la théorie du risque autorisé a permis de bousculer et de renouveler la façon traditionnelle d'envisager le devoir de diligence, en jetant des ponts avec des notions et des principes connexes. C'est sans doute pour cette raison que la théorie du risque autorisé a connu un succès certain auprès de la doctrine helvétique qui a cherché à en faire application dans les différents domaines de la société. L'engouement qu'elle a suscité a ainsi permis au droit suisse de voir véritablement émerger un nouveau dogme du fait non intentionnel.

Si la théorie de l'erreur n'a pas connu le même engouement, c'est probablement parce que, outre les limites de sa sémantique, elle s'est contentée jusqu'à présent de renvoyer au devoir de diligence dans son acception la plus traditionnelle. Il n'empêche que, par le passé, ce renvoi a eu le mérite de rappeler que tout fait dommageable ne doit pas nécessairement être considéré comme fautif mais qu'il doit en outre constituer une violation du devoir de diligence pour pouvoir être reproché à son auteur. Ce faisant, les recherches sur la théorie de l'erreur ont sans doute participé à la volonté d'insérer la référence aux diligences normales dans la loi du 13 mai 1996. Toujours est-il que l'identification de ce qui constitue une erreur irréductible se révèle actuellement assez statique car le critère des diligences normales n'est le plus souvent envisagé qu'au travers des seuls paramètres légaux qui l'encadrent à titre exemplatif. Dès lors, il apparaît que la théorie de l'erreur peut encore présenter aujourd'hui un très grand intérêt, en ce qu'elle peut servir de cadre de réflexion pour remodeler les paramètres qui déterminent les diligences normales, en les orientant vers ce qui constitue

une bonne gestion du risque dans l'exercice de certaines activités utiles. Elle peut ainsi permettre au droit français de mieux appréhender les aléas que l'homme normal ne pouvait raisonnablement prévoir.

La théorie de l'erreur irréductible se présente ainsi pour le comparatiste français comme une véritable porte d'entrée pour introduire la pensée du risque autorisé dans son ordre juridique car elle rassemble les règles et les principes philosophiques qui jouent un rôle équivalent à celui exercé par la théorie du risque autorisé en droit suisse. Il sera alors envisageable de compléter les timides développements relatifs à l'erreur irréductible, en important en droit français certains éléments de réflexion qui auront été dégagés à partir de la théorie du risque autorisé. Ce faisant, il nous sera alors possible d'enrichir l'approche française des diligences normales afin de la moderniser en prenant en compte des paramètres sociétaux dans une démarche plus dynamique. La théorie de l'erreur irréductible permettra ainsi de mieux définir au cas par cas le seuil de la répression pénale.

Il convient à présent de procéder à la rencontre de ces deux théories afin de pouvoir enrichir l'approche du droit français à la lumière des réflexions du droit suisse.

Titre 2 **La rencontre des théories: l'apport de la théorie du risque autorisé pour la détermination de l'erreur irréductible**

447. Méthode de la rencontre

La manière dont les théories du risque autorisé et de l'erreur irréductible doivent être mises en œuvre concrètement n'est pas quelque chose de figé. Dès lors, il ne s'agit pas au cours de ce deuxième titre de chercher à édicter une méthode absolue pour déterminer le risque autorisé que l'on transposerait de manière rigide à la détermination de l'erreur irréductible. Il s'agit plutôt de tracer les grandes lignes permettant de mettre en œuvre la théorie du risque autorisé afin d'avoir les éléments de réflexion suffisants pour proposer une méthode qui guidera le pénaliste dans la détermination de l'erreur irréductible.

448. Illustrations

Pour donner un caractère concret à la réflexion, nous prendrons quatre cas qui serviront de référence au cours de ce titre, tant pour illustrer la mise en œuvre de la théorie du risque autorisé que pour réfléchir à la détermination de l'erreur irréductible. De manière à assurer leur vraisemblance, ces cas sont tous inspirés de l'expérience vécue par des professionnels de différents secteurs d'activité avec lesquels nous avons eu l'occasion de nous entretenir au cours de nos recherches. Ils ont ainsi trait au domaine industriel, au sport, à la médecine et aux technologies de pointe.

449. Premier cas: l'exploitation d'une carrière de granulats

Prenons tout d'abord le cas d'une carrière de granulats bénéficiant de toutes les autorisations administratives requises. Dans le cadre de son exploitation, des tirs de mines sont effectués de manière à fractionner la roche et à obtenir ainsi des blocs de matériaux. Cette opération est effectuée par le chef de tir avec l'aide d'assistants régulièrement habilités par la préfecture. Il fait respecter l'ensemble des règles de sécurité qui régissent cette activité. Le chef de tir commence par faire forer des trous dans la roche, qui sont ensuite remplis avec des produits explosifs. La profondeur du trou et la quantité d'explosif dépendent de différents facteurs, tels que le type de roche ou l'espacement entre chaque

mine. Il fait ensuite recouvrir le tout d'un bourrage final de graviers, ce qui permet que l'énergie du tir ne se disperse dans l'air. Un jour, alors que l'équipe travaille sur un certain front de taille, la puissance de l'explosion se révèle un peu faible lors d'une première série de tirs, laissant certaines roches mal détachées de la falaise et faisant courir le risque d'un éboulement sur le chantier. Des ouvriers doivent alors faire tomber ces roches mal détachées à l'aide d'une pelle mécanique, ce qui présente un certain danger. Pour éviter que cela ne se reproduise, le chef de tir décide d'augmenter légèrement la quantité d'explosif lors de la deuxième série de tirs, réduisant par là même le bourrage final tout en respectant la quantité maximum selon les règles de l'art. Cependant, lors de cette deuxième série, alors que l'énergie au mètre cube avait été augmentée, le chef de tir ne pouvait pas savoir que dans l'épaisseur de la roche se trouvait une faille d'argile, roche friable et très peu résistante. N'étant plus assez contenue par l'argile, la puissance du tir de mine a alors pour effet de projeter les roches superficielles, à l'endroit de la faille argileuse, à plus de 700 mètres du point de tir, au-delà du périmètre de sécurité. L'une de ces roches fauche un promeneur, qui décède sous la violence du choc.

450. Deuxième cas : l'entraînement de danse

Voici ensuite la situation d'une compagnie de ballet d'un opéra national qui répète un spectacle. Dans ce cadre, deux danseurs doivent impulser le salto arrière d'une troisième danseuse de la manière suivante : l'un est placé devant elle pour lui donner appui en soutenant l'un de ses pieds, l'autre est placé derrière elle de manière à projeter son bassin vers le haut pour engager la rotation. Au moment de l'exécution de la figure, bien que très concentrée, la danseuse prend appui sur le danseur de devant un temps trop tôt, avant que le danseur de derrière ne soit prêt, et se retrouve mécaniquement projetée vers l'arrière, heurtant de plein fouet avec la tête le visage du danseur derrière elle. La puissance de l'élan provoque un choc violent, causant un traumatisme crânien mortel chez ce danseur.

451. Troisième cas : le travail en réanimation

Prenons maintenant le cas d'un médecin qui doit réaliser la pose d'une voie veineuse centrale dans un service de réanimation saturé en raison de l'épidémie de Covid-19. Il s'agit d'un geste technique qui consiste à poser un cathéter de perfusion dans la veine jugulaire au niveau du cou. La plupart des patients en réanimation sont équipés de ces voies centrales, qui permettent d'injecter rapidement une quantité importante de médicaments à des débits élevés ainsi que des médicaments qui ne pourraient pas être administrés sur des voies veineuses périphériques en raison de leur toxicité. Bien que cette manipulation soit courante, elle n'en reste pas moins délicate car il s'agit de piquer un vaisseau profond qui n'est pas visible sous la peau et dont la trajectoire peut varier en fonction des variations anatomiques entre les patients.

L'usage de l'échographie est actuellement recommandé pour guider le geste du médecin afin notamment d'éviter de piquer dans l'artère qui se trouve systématiquement à

proximité de la veine ou de transpercer le vaisseau en piquant trop profondément. Un contrôle ultime par une radiologie pulmonaire est également recommandé pour vérifier la bonne trajectoire du cathéter dont l'extrémité distale doit arriver à l'entrée du cœur. Après avoir posé le dispositif en suivant ces recommandations, le médecin remarque sur la radiographie que la voie centrale suit un trajet aberrant. Il retire par conséquent le cathéter en prenant toutes les précautions nécessaires. Cependant, la pose du cathéter avait causé une lésion profonde de la paroi du vaisseau provoquant, à son retrait, une hémorragie interne massive qu'il n'est pas possible de comprimer au niveau du point de ponction en raison de sa profondeur. L'état du patient se dégrade alors subitement, puis il décède au décours d'un arrêt cardiaque.

452. Quatrième cas: l'expérimentation d'une voiture autonome

Intéressons-nous enfin à la situation d'un constructeur qui conçoit une voiture autonome, dotée de radars, de caméras, de sonar et d'un gyrophare permettant de mesurer les distances via un laser. Il lui fait passer une batterie de tests en circuit fermé afin d'obtenir une autorisation de procéder à une expérimentation en conditions réelles. Durant ces tests, il apparaît que la voiture marque des arrêts d'urgence dès qu'elle croise le moindre obstacle, tels qu'un sac plastique. Cette réaction de la voiture se révèle problématique car elle crée un risque d'accident avec les voitures qui la suivent. Le constructeur modifie alors l'algorithme de manière à améliorer ses capacités de détection des «faux-positifs». A l'issue des tests, il obtient l'autorisation de mettre sa voiture en circulation à titre expérimental. Alors que la voiture roule un jour de grand vent, sous la pluie, un cycliste vêtu d'un *K-way* traverse la chaussée devant le véhicule, mais l'algorithme ne parvient pas à écarter l'hypothèse d'un «faux-positif», trompé par le mouvement du *K-way* qu'il prend pour un sac plastique. La voiture autonome renverse le cycliste qui décèdera de ses blessures.

453. Interrogations soulevées

Dans ces différentes situations, le chef de tir, la danseuse, le médecin et le constructeur doivent-ils être tenus pénalement responsable au titre de l'infraction d'homicide non intentionnel? Autrement dit, les différents protagonistes de ces situations ont-ils évolué dans le cadre du risque autorisé au sens du droit suisse? Leur comportement peut-il ne constituer qu'une simple erreur irréductible au sens de la doctrine française?

454. Résolution

Pour répondre à ces interrogations, il s'agira tout d'abord d'établir de quelle manière le risque autorisé est effectivement déterminé en droit suisse (Chapitre 1). Puis, il s'agira de chercher à améliorer la manière de déterminer l'erreur irréductible en droit français à l'aune des réflexions dégagées en droit suisse. L'objectif sera alors de proposer un renouvellement de la théorie de l'erreur irréductible qui reste compatible avec la loi française actuelle (Chapitre 2).

Chapitre 1 La détermination effective du risque autorisé

455. Méthode synthétisée

En droit suisse, la question de la mise en œuvre de la théorie du risque autorisé a fait l'objet de nombreux développements dans la doctrine, notamment alémanique, et ce tout particulièrement dans les dernières années avec l'émergence des voitures autonomes. Toutefois, il n'est pas possible de trouver, dans ces écrits, de description absolue et universelle de la façon dont le risque autorisé doit être appréhendé en pratique. Pour déterminer cela, il nous faut examiner l'ensemble des travaux doctrinaux afin d'essayer d'en dégager une synthèse cohérente. Cette tâche n'est pas évidente à réaliser car les auteurs appliquent souvent le risque autorisé dans des contextes variés et de manière assez parcellaire, de telle sorte que le simple fait de chercher à restituer le plus fidèlement possible l'état doctrinal actuel revient en réalité déjà à faire œuvre créatrice.

Lorsque l'on s'attèle à cette tâche, il apparaît que la détermination du risque autorisé peut se décomposer en plusieurs étapes, qui se présentent selon une logique en entonnoir: les conditions de chaque étape doivent être remplies pour qu'il soit possible de passer à l'étape suivante, à défaut de quoi le risque ne peut en principe pas être admis. Chaque étape forme ainsi un cadre qui circonscrit peu à peu le risque autorisé, à l'image de «poupées russes»: au sein du premier cadre s'incorpore le deuxième cadre, au sein duquel vient ensuite se loger un troisième cadre. Finalement, c'est la superficie restante dans ce dernier cadre qui permet de mesurer l'étendue du risque autorisé dans le cas d'espèce.

456. Présentation des cadres successifs

Ainsi, pour pouvoir caractériser concrètement un risque autorisé dans une espèce particulière, il faut tout d'abord évaluer si le risque pris a respecté les cadres normatifs: c'est la détermination normative du risque autorisé (Section 1). Le cas échéant, le juge répressif doit ensuite apprécier si ce risque était autorisé dans les circonstances de l'espèce. Il s'appuie alors sur différents principes qui constituent le dernier cadre du risque autorisé: c'est l'appréciation purement judiciaire du risque autorisé (Section 2)²⁰⁰⁸.

²⁰⁰⁸ Dans ce sens, voir ATF 6B_958/2020 du 22 mars 2021, qui reprend cette structure: «*Wo besondere, der Unfallverhütung und der Sicherheit dienende Normen ein bestimmtes Verhalten gebieten, bestimmt sich das Mass der zu beachtenden Sorgfalt in erster Linie nach diesen Vorschriften (...). Fehlen solche, kann sich der Vorwurf der Fahrlässigkeit auf allgemein anerkannte Verhaltensregeln privater oder halbprivater Vereinigungen (...) oder auf allgemeine Rechtsgrundsätze wie den allgemeinen Gefahrensatz stützen*». Voir également N. MARKWALDER et M. SIMMLER, «Roboterstrafrecht», *Pratique juridique actuelle*, 2017, p. 176.

Section 1 La détermination normative du risque autorisé

457. Deux premiers cadres

Pour démontrer l'existence d'un risque autorisé, il faut établir dans une première étape que le risque a été pris dans le cadre d'un domaine d'activité autorisé par l'ordre juridique (I). Lorsque tel est le cas, il faut ensuite établir, dans une seconde étape, que la mise en œuvre de l'action risquée a respecté les règles de conduite en vigueur dans le domaine d'activité en question (II).

I L'autorisation de la sphère d'activité à risque

458. Premier cadre

Le premier cadre du raisonnement exige que l'action dangereuse ait lieu au sein d'une «opération autorisée», ce qui signifie que la personne qui agit et les moyens qu'elle met en œuvre doivent être admis par l'ordre juridique²⁰⁰⁹. Deux fondements d'autorisation doivent être distingués: «d'un côté, on trouve des sphères d'activité, [fondées sur la liberté d'action (*Betätigungsfreiheit*)], qui peuvent en principe être exercées par tout un chacun, comme par exemple le sport, la coupe d'arbres, (...) etc.»²⁰¹⁰, en raison de l'absence d'interdiction générale de mener des actions dangereuses (A); de l'autre, «il existe des activités dont l'exercice nécessite une autorisation particulière, comme par exemple conduire une voiture, exploiter une carrière, prodiguer des soins médicaux»²⁰¹¹, mettre en circulation une voiture autonome à titre expérimental – autorisation sans laquelle l'exercice de l'activité concernée serait illicite (B).

A Les sphères d'activité ne nécessitant aucune autorisation

459. Principe d'autorisation des activités dangereuses

Pour exercer la plupart des activités, aucune autorisation n'est nécessaire. Selon REHBERG, «ceux qui déduisent l'admissibilité d'une sphère d'activité à partir de normes extra-pénales ou de la coutume ne comprennent pas que la loi suisse ne connaît pas d'interdiction générale des actes dangereux»²⁰¹². Il rappelle que «l'ordre juridique ne

²⁰⁰⁹ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, thèse, Zurich, 1962, p. 211.

²⁰¹⁰ *Ibid.*, p. 212: «Zunächst werden Handlungskomplexe wie z.B. der Sport, das Baumfällen (...) usw. aufgeführt, die regelmäßig ohne weiteres von jedermann ausgeübt werden dürfen».

²⁰¹¹ *Ibid.*: «Daneben finden sich Hinweise auf Tätigkeiten, deren Vornahme eine besondere Bewilligung voraussetzt (z.B. Autofahren, Führung von Fabriken, ärztliche Behandlung)».

²⁰¹² *Ibid.*: «Wer die Zulässigkeit von Tätigkeitskomplexen (...) aus außerstrafrechtlichen geschriebenen oder (...) aus der Verkehrsitten herleitet, verkennet, dass, das geltende schweizerische (...) Recht kein allgemeines Verbot gefährlicher Handlungen kennt».

repose pas sur l'interdiction de principe de tous les actes dangereux mais au contraire sur leur autorisation»²⁰¹³.

En effet, quand on y regarde de plus près, ni le droit extra-pénal, ni les dispositions pénales relatives aux délits de négligence n'établissent un tel principe d'interdiction absolue. Prohiber tous les comportements dangereux n'est d'ailleurs pas le but de l'article 12 alinéa 3 du Code pénal suisse²⁰¹⁴ relatif à la négligence²⁰¹⁵. Si c'était le cas, il se référerait uniquement au fait de ne pas «*se rendre compte ou [de ne pas] tenir compte des conséquences de son acte*» et n'ajouterait pas la condition d'une imprévoyance «*coupable*»²⁰¹⁶. Ainsi, même lorsqu'une activité comporte un risque identifiable ou prévisible, le texte n'impose aucune obligation absolue et immuable de s'en abstenir.

La doctrine justifie cette absence d'interdiction générale des actions dangereuses par le fait que tous les dangers ne peuvent pas être interdits, puisque toute activité est dangereuse par nature. Une interdiction générale des activités dangereuses, fondée sur l'adage «*neminem laedere*»²⁰¹⁷, conduirait à des conséquences intenable²⁰¹⁸, en particulier du point de vue de la liberté d'action (*Betätigungsfreiheit*). Ainsi est posé un principe d'autorisation inconditionnelle des activités dangereuses, selon lequel «tout ce qui n'est pas interdit est autorisé», qui n'est finalement qu'un «effet de réflexion»²⁰¹⁹ du principe de liberté d'action²⁰²⁰.

La plupart des sphères d'activité bénéficient de cette autorisation inconditionnelle (*voraussetzungslose Gestattung*) de mener des opérations à risque – comme la réfection d'un toit, la pratique d'un sport de combat, l'utilisation d'un lance-pierre ou encore la détention d'animaux de compagnie²⁰²¹. Dans ces cas, l'agent n'a besoin d'aucune autorisation pour avoir le droit d'exercer l'activité désirée.

²⁰¹³ *Ibid.*, p. 214: «(...) die Rechtsordnung nicht vom grundsätzlichen Verbot aller gefährlichen (...), sondern Gegenteil von ihrer Zulässigkeit ausgeht». Dans le même sens, voir R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, Payot, Collection juridique romande, Lausanne, 1987, p. 44.

²⁰¹⁴ Art. 12 § 3 CPS: «(...) wer die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt».

²⁰¹⁵ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, p. 46.

²⁰¹⁶ *Ibid.*, p. 125. A la lumière de la version en langue allemande, le terme «*coupable*» doit être compris ici comme «contraire au devoir» («*Pflichtwidrig*»). Dans ce sens, voir 1^{re} partie, titre 2, chapitre 1, section 1, I: «La notion d'imprévoyance en droit suisse», n° 176.

²⁰¹⁷ Signifie: «ne nuis à personne».

²⁰¹⁸ C. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko, Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Vittorio Klostermann, Frankfurt, vol. 22, 1993, p. 282.

²⁰¹⁹ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, p. 213: «*Was nicht verboten ist, ist erlaubt*»; «*Reflexwirkung*».

²⁰²⁰ Dans les États de droit démocratiques, le régime des libertés publiques est répressif: la liberté est le principe, la restriction l'exception.

²⁰²¹ *Ibid.*, p. 212.

460. Absence de lien entre autorisation inconditionnelle et valeur du comportement

Il faut toutefois prendre garde au sens à donner à cette autorisation inconditionnelle car celle-ci ne préjuge en rien de la valeur du comportement, qui sera appréciée ultérieurement par le juge²⁰²².

En effet, même si le juge suisse doit bel et bien prendre en compte la valeur de l'objectif de l'action lorsqu'il détermine la marge de tolérance qu'il admet, cette autorisation de principe ne constitue en aucun cas un indice de cette valeur²⁰²³. «Si le législateur a choisi de laisser certaines activités non interdites, cela signifie seulement que, malgré leur dangerosité, il ne tenait pas pour utile une interdiction générale mais cela ne signifie aucunement qu'il en approuve le but»²⁰²⁴. L'autorisation de principe n'a donc pas de signification particulière en ce qui concerne la valeur de l'action.

Ainsi, «certaines activités, [même] sans utilité sociale particulière, peuvent ne pas être interdites en elles-mêmes – comme le lancer de pierres à la fronde ou encore la farce consistant à retirer une chaise à quelqu'un sur le point de s'asseoir dessus»²⁰²⁵. En cas de dommage survenant dans une telle hypothèse, rien n'empêchera le juge de considérer que ces comportements sont typiques, dès lors qu'ils n'ont pas été exécutés en respectant les deux cadres suivants²⁰²⁶.

En revanche, d'autres activités relativement importantes peuvent faire l'objet d'un interdit général avec l'exception d'une autorisation, comme l'exercice de la médecine ou la conduite d'une voiture²⁰²⁷.

B Les sphères d'activité nécessitant une autorisation

461. Nécessité d'une autorisation

Il arrive parfois «que l'ordre juridique établisse, en dehors du droit pénal, une interdiction générale de certaines actions dangereuses»²⁰²⁸. Le législateur se fonde sur le fait que ces activités sont tout particulièrement aptes, tant quantitativement que qualitati-

²⁰²² *Ibid.*, p. 213.

²⁰²³ *Ibid.* «*rechtlich gebilligtes Handlungsziel*».

²⁰²⁴ *Ibid.*, p. 214: «*Wenn der Gesetzgeber bestimmte Tätigkeiten unverboden gelassen hat, so bedeutet das nur, dass er ein allgemeines Verbot trotz ihrer Gefährlichkeit nicht für nötig hält, nicht aber; dass er ihr Ziel billigt*».

²⁰²⁵ *Ibid.*: «*(...) [Während] Handlungen ohne jedes öffentliche Interesse (z.B. das Schießen mit Steinschleudern oder das Wegziehen eines Stuhles unter dem sich eben Setzenden) an sich unverboden sein können*».

²⁰²⁶ *Ibid.*

²⁰²⁷ *Ibid.*

²⁰²⁸ *Ibid.*, p. 212: «*(...) dass, die Rechtsordnung außerhalb des Strafrechts ein generelles Verbot gefährlichen Tuns statuiert*».

vement, à produire une atteinte à la personne²⁰²⁹, qu'il souhaite prévenir autant que possible par la mise en place de cette restriction. La participation à ces sphères d'activité dangereuses est donc interdite en l'absence d'une autorisation accordée en dehors du droit pénal, c'est-à-dire une autorisation administrative (*Bewilligung*)²⁰³⁰ (1), dont la portée quant à l'autorisation du risque devra être interrogée (2).

1 Les autorisations administratives

462. Autorisation de police et autorisation exceptionnelle

La pratique de certaines activités ne peut être envisagée que si une autorisation a été octroyée sous certaines conditions. Par ces autorisations, l'administration s'assure que l'activité n'est entreprise qu'à condition que certaines exigences de sécurité soient bien remplies. La doctrine distingue deux types d'autorisations: les autorisations de police (*Polizeibewilligungen*) d'une part et les autorisations exceptionnelles (*Ausnahmebewilligungen*) d'autre part²⁰³¹.

463. Autorisation de police (1)

Les autorisations de police, encore appelées autorisations de contrôle (*Kontrollerlaubnis*), «attestent qu'une activité privée [dangereuse] est en accord avec les prescriptions légales»²⁰³² qui protègent les biens juridiques. Une telle autorisation impose certaines conditions objectives, qui constituent des prérequis pour la sécurité de l'activité. Ainsi, «celui qui remplit les conditions légales a en principe le droit à la délivrance de celle-ci»²⁰³³. Ces autorisations permettent simplement à leur titulaire d'accéder licitement à une sphère d'activité dangereuse. C'est le cas par exemple de la conduite automobile, qui est interdite en l'absence de certaines autorisations: d'une part, le permis de conduire pour le conducteur et, d'autre part, les autorisations permettant au véhicule de prendre part à la circulation routière²⁰³⁴. C'est encore le cas de l'exercice de la médecine pour laquelle une autorisation de pratiquer est requise afin de s'assurer des qualifications et des aptitudes du praticien²⁰³⁵.

464. Autorisation exceptionnelle (2)

Les autorisations exceptionnelles sont des mesures de faveur de l'administration, accordées en raison de la valeur de l'action. Elles sont prévues par la loi, ce qui permet

²⁰²⁹ *Ibid.*, p. 213 à 215.

²⁰³⁰ *Ibid.*, p. 214.

²⁰³¹ N. ZURKINDEN, «Strafrecht und selbstfahrende Autos – ein Beitrag zum erlaubten Risiko», *recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, 2016, vol. 34-3, p. 149.

²⁰³² *Ibid.*: «[Eine Polizeibewilligung, auch Kontrollerlaubnis genannt, bestätigt, dass] eine private Tätigkeit mit den gesetzlichen Vorschriften in Einklang steht».

²⁰³³ *Ibid.*: «Wer die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, hat grundsätzlich Anspruch auf Erteilung».

²⁰³⁴ *Ibid.*

²⁰³⁵ Voir par ex. pour le canton de Genève: <www.ge.ch/autorisation-pratiquer-profession-sante>.

à l'administration d'autoriser à titre exceptionnel la pratique d'une activité qui présente un risque, alors même que celle-ci entre en contradiction avec les règles de l'ordre juridique existant²⁰³⁶. C'est l'exemple des manifestations sportives automobiles, pour lesquelles la violation des règles de la circulation routière peut être autorisée par l'administration cantonale, sous les conditions qu'elle fixe, en se fondant sur le pouvoir d'agrément que lui confère l'article 52²⁰³⁷ de la loi sur la circulation routière²⁰³⁸. C'est encore l'exemple de la carrière de matériaux pierreux pour l'exploitation de laquelle l'usage d'explosif ne peut être admis, conformément à la loi cantonale, qu'en vertu d'une autorisation, qui, le cas échéant, doit préciser les modalités de son emploi²⁰³⁹. L'octroi de ces autorisations est ainsi systématiquement soumis à l'observation de conditions minimales de sécurité dans la mise en œuvre de l'activité, de manière à garantir *ex ante* une réduction du risque²⁰⁴⁰.

465. Autorisation des tests de véhicules autonomes

C'est dans le cadre des autorisations exceptionnelles que les tests de véhicules autonomes peuvent être autorisés en Suisse²⁰⁴¹. En effet, une autorisation de police ne peut pas encore être envisagée à cette fin car le droit commun actuel de la circulation impose de nombreuses règles qu'une telle expérimentation violerait, comme l'obligation de garder les mains sur le volant. C'est donc seulement dans un cadre dérogatoire que peuvent se dérouler de telles expérimentations²⁰⁴². L'expérimentation des «*Smartshuttles*» à Sion²⁰⁴³ est le premier essai de véhicule autonome en matière de

²⁰³⁶ N. ZURKINDEN, «Strafrecht und selbstfahrende Autos», *op. cit.*, p. 149.

²⁰³⁷ Art. 52 LCR (Loi sur la circulation routière): «1. Il est interdit d'effectuer avec des véhicules automobiles des courses en circuit ayant un caractère public. Le Conseil fédéral peut autoriser certaines exceptions ou frapper d'interdiction des compétitions automobiles d'un autre genre; en prenant sa décision, il tiendra compte principalement des exigences de la sécurité et de l'éducation routières. 2. Pour les autres manifestations sportives automobiles et de cycles sur la voie publique, l'autorisation des cantons dont elles empruntent le territoire est nécessaire, sauf si elles ont le caractère d'excursions. 3. L'autorisation n'est accordée que si: a. les organisateurs offrent la garantie que les épreuves se dérouleront d'une manière satisfaisante; b. les exigences de la circulation le permettent; c. les mesures de sécurité nécessaires sont prises; d. l'assurance-responsabilité civile prescrite a été conclue. 4. Lorsque des mesures de sécurité suffisantes sont prises, l'autorité cantonale peut permettre des dérogations aux règles de la circulation».

²⁰³⁸ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, Stämpfli, 2^e édition mise à jour par B. STRÄULI, 1995, p. 151.

²⁰³⁹ Voir par ex. pour le canton de Vaud la loi sur les carrières (LCar) du 24 mai 1988 ainsi que son règlement d'application du 26 mai 2004.

²⁰⁴⁰ N. ZURKINDEN, «Strafrecht und selbstfahrende Autos», *op. cit.*, p. 149.

²⁰⁴¹ T. PROBST, «Das «selbstfahrende» Auto: entfernte Illusion oder nahe Realität?», *Strassenverkehr*, Dike Verlag AG, N° 1/2021, p. 57.

²⁰⁴² *Ibid.*

²⁰⁴³ «Le bus automatisé <SmartShuttle> en circulation à Sion», 2017: <www.youtube.com/watch?v=UMngl6iUXn8>. Voir également D. KNECHT, «Autonome Fahrzeuge», *Circulation routière*, N° 1, 2020, p. 40 et s.

transports publics en Suisse²⁰⁴⁴. Il s'agit de navettes intelligentes de niveau quatre selon la classification *SAE international*²⁰⁴⁵, c'est-à-dire qui conduisent de manière complètement autonome grâce à des capteurs intégrés²⁰⁴⁶. Sans pédales ni volant, ces minibus sont seulement dotés d'un *joystick* qui permet à un agent de bord (*Begleitperson*) d'arrêter le véhicule en cas de problème²⁰⁴⁷. La navette accomplit de manière autonome son circuit, l'agent de bord ne pouvant en reprendre le contrôle qu'en cas de situation exceptionnelle, comme lorsqu'il faut contourner une voiture stationnée en travers de la route²⁰⁴⁸.

En Suisse, le département pour l'environnement, le trafic, l'énergie et la communication (DETC)²⁰⁴⁹ est l'autorité administrative habilitée à octroyer de telles autorisations exceptionnelles pour les tests de véhicules autonomes²⁰⁵⁰. Ce pouvoir exceptionnel est attribué par l'article 106 alinéa 5 de la Loi fédérale sur la circulation routière²⁰⁵¹ au Conseil fédéral, qui est autorisé, notamment en matière d'expérimentation sur les routes, à prendre provisoirement les mesures permettant d'accompagner les avancées technologiques²⁰⁵².

Avant d'octroyer une autorisation exceptionnelle, ce département administratif a dû procéder à une mise en balance des intérêts en présence et a pris en compte l'importance de pouvoir offrir une nouvelle possibilité de mobilité aux citoyens, notamment sur de courtes distances, dans les zones non atteintes par les transports en commun traditionnels²⁰⁵³. Une expérimentation était donc nécessaire avant toute commercialisation et mise en service, tant pour vérifier que les véhicules arrivent à s'intégrer sans

²⁰⁴⁴ N. ZURKINDEN, «Crash beim Testbetrieb selbstfahrender Fahrzeuge», *Jusletter*, 2016, réf. 1.

²⁰⁴⁵ SAE INTERNATIONAL, *Automated driving*. Cette classification peut être consultée sur : <web.archive.org/web/20170903105244/https://www.sae.org/misc/pdfs/automated_driving.pdf>. Pour des explications en français, voir également : <www.numerama.com/tech/212551-voiture-autonome-autopilote-assistance-a-la-conduite-quelles-differences.html>. Pour une explication des différents niveaux d'autonomisation selon la classification *SAE international*, voir l'ANNEXE.

²⁰⁴⁶ N. ZURKINDEN, «Crash beim Testbetrieb selbstfahrender Fahrzeuge», *op. cit.*, réf. 7.

²⁰⁴⁷ N. ZURKINDEN, «Strafrecht und selbstfahrende Autos», *op. cit.*, p. 145.

²⁰⁴⁸ «Des navettes autonomes circulent à Sion» : <www.youtube.com/watch?v=IRtZrT_qDnw>.

²⁰⁴⁹ En allemand : *Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation* (UVEK).

²⁰⁵⁰ Ce département a autorisé l'expérimentation d'une voiture hautement automatisée à Zurich en 2015 ou encore celle de robots de livraison de la poste dans les villes de Berne, Köniz et de Biberist en 2016 : N. ZURKINDEN, «Crash beim Testbetrieb selbstfahrender Fahrzeuge», *op. cit.*, réf. 1.

²⁰⁵¹ Art. 106 al. 5 LCR : «Jusqu'au moment où des dispositions légales auront été prises en la matière, le Conseil fédéral peut prendre provisoirement les mesures nécessaires que commandent les progrès techniques dans le domaine de la circulation routière et celles qui s'imposent pour l'application d'accords internationaux».

²⁰⁵² N. ZURKINDEN, «Crash beim Testbetrieb selbstfahrender Fahrzeuge», *op. cit.*, réf. 7.

²⁰⁵³ Questions et réponses concernant les essais des navettes autonomes à Sion, 2015 : <www.hevs.ch/media/document/1/questions-reponses-navettes-autonomes.pdf>.

incident dans l'espace public – piétons, circulation, événementiel – que pour permettre aux constructeurs d'avoir un premier retour d'expérience. Considérant l'apport potentiel de tels véhicules pour la mobilité urbaine, l'autorité administrative a décidé d'autoriser leur expérimentation malgré les risques induits par celle-ci. Elle autorise ainsi la transgression de certaines règles du droit de la circulation, telles que l'obligation d'une direction constante du véhicule par la main de l'homme²⁰⁵⁴, sans que cette violation puisse entraîner une sanction en soi²⁰⁵⁵. En contrepartie, elle prescrit certaines mesures de sécurité permettant de réduire le risque, telles que la présence d'un agent de bord ou une vitesse maximale de 20 km/h.

La question se pose ensuite de savoir quelle est la portée des autorisations administratives. Permettent-elles la reconnaissance d'un risque autorisé ?

2 La portée de l'autorisation

466. Nécessité des autorisations administratives

Lorsque le législateur interdit l'exercice de certaines sphères d'activité en l'absence d'une autorisation administrative, c'est parce qu'il a déjà, dans ce domaine, effectué «une mise en balance des intérêts entre l'action d'une part et la protection des biens juridiques d'autre part et [qu'il] en déduit un accroissement inutile du risque et désapprouve l'action dont la valeur est insuffisante»²⁰⁵⁶, en l'absence des garanties exigées pour la délivrance de l'autorisation administrative. Le fait pour le législateur d'imposer l'octroi d'une autorisation administrative lui permet par conséquent de s'assurer que l'activité n'est pas entreprise sans que le risque soit suffisamment encadré pour permettre au bilan d'être de nouveau positif.

Cette autorisation constitue ainsi un véritable «billet d'entrée»²⁰⁵⁷, nécessaire pour pouvoir accéder licitement à la sphère d'activité qui est normalement interdite.

Si une action est tout de même entreprise dans cette sphère d'activité sans que l'agent ait reçu l'autorisation requise, elle sort alors immédiatement du cadre du risque autorisé et il n'est plus nécessaire de poursuivre les étapes suivantes du raisonnement. L'action ne pourra en principe plus être couverte par le risque autorisé.

²⁰⁵⁴ Art. 31 al. 1 LCR: «Le conducteur devra rester constamment maître de son véhicule de façon à pouvoir se conformer aux devoirs de la prudence» et art. 3 al. 3 OCR: «Les conducteurs de véhicules automobiles, de cyclomoteurs et de cycles ne lâcheront pas l'appareil de direction».

²⁰⁵⁵ N. ZURKINDEN, «Strafrecht und selbstfahrende Autos», *op. cit.*, p. 150.

²⁰⁵⁶ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, p. 216: «[wenn die Tätigkeiten der Gesetzgeber trotz ihrem Wert im Hinblick auf die zusätzliche Gefährdung verbietet, die mit dem Fehlen bestimmter Voraussetzungen personeller und materieller Art verbunden ist], so hat er bereits die an der Handlung einerseits und am Rechtsgüterschutz andererseits bestehenden Interessen abgewogen und jenes erhöhte Risiko als unnötig und dem Handlungswert unangemessen verpönt».

²⁰⁵⁷ N. ZURKINDEN, «Strafrecht und selbstfahrende Autos», *op. cit.*, p. 149: «Eintrittskarte».

En revanche, lorsque l'autorisation administrative a été correctement délivrée, se pose la question plus délicate de savoir quelle est sa portée dans la détermination du risque autorisé. Si son octroi constitue une condition nécessaire, une telle autorisation est très loin d'être suffisante pour caractériser un risque autorisé. Sa portée sera différente selon qu'il s'agit d'une autorisation de police ou d'une autorisation exceptionnelle.

467. Portée de l'autorisation de police (1)

La portée d'une autorisation de police se limite à octroyer ce fameux «billet d'entrée» à son titulaire eu égard à ses qualités, qui témoignent de sa capacité, dans le domaine concerné, à mener une gestion appropriée du risque qu'il induit.

Elle n'offre en revanche aucune indication quant à la conduite à suivre durant l'exercice de l'activité pour rester dans le cadre du risque autorisé. Le standard de comportement devra donc encore être déterminé au cours des étapes ultérieures – règles de conduite et appréciation du juge.

FREY illustre cela de manière frappante avec le permis de conduire : «la délivrance d'un permis de conduire équivaut vraisemblablement à accorder une licence pour réaliser une opération technique comportant un risque élevé de dommage à une personne qui se porte avant tout garant, d'un point de vue tant technique, physique que psychologique, du fait qu'elle va mener cette entreprise avec le minimum de «risque autorisé», en observant toutes les règles de sécurité possibles et légalement requises»²⁰⁵⁸. Dans cet exemple, l'obtention du permis de conduire autorise seulement son titulaire à prendre part à la circulation routière, sans le disculper pour autant en cas d'accident. Pour pouvoir se prévaloir du risque autorisé, le conducteur devra – en sus de l'obtention du permis de conduire – avoir respecté les règles de la circulation et avoir conduit de manière prudente au vu des circonstances.

468. Portée de l'autorisation exceptionnelle (2)

Si l'autorisation exceptionnelle octroie elle aussi à son titulaire le «billet d'entrée» nécessaire à l'exercice des activités de la sphère en question, la portée d'une autorisation exceptionnelle va bien au-delà, puisqu'elle contient en outre des conditions minimales de sécurité à observer au cours de la mise en œuvre de l'activité, pour en minimiser le risque. En cela, c'est déjà un premier contour du risque autorisé qui est esquissé²⁰⁵⁹.

²⁰⁵⁸ E. FREY, «Reobjektivierung des Strafrechts im Zeitalter der Technik», *Die Rechtsordnung im technischen Zeitalter*, Schulthess, Zurich, 1961, p. 317, p. 216: «Die Ausstellung des Führerausweises gleicht am ehesten der Erteilung einer Konzession zur Führung eines mit hohem Gefährdungsrisiko verbundenen technischen Betriebes an eine Person, die in technischer, physischer, psychischer und vor allem auch charakterlicher Hinsicht dafür Gewähr bietet, dass sie den Betrieb – durch Einhaltung aller möglichen und gesetzlich vorgeschriebenen Sicherheitsvorschriften – mit einem Minimum von «erlaubtem Risiko» zu führen imstande ist».

²⁰⁵⁹ N. ZURKINDEN, «Strafrecht und selbstfahrende Autos», *op. cit.*, p. 149.

Ainsi, bien qu'une autorisation exceptionnelle ait été valablement délivrée, si la conduite de l'activité ne respecte pas les conditions imposées par l'administration, l'activité sort en principe à nouveau du cadre du risque autorisé²⁰⁶⁰.

A l'inverse, puisque l'autorisation prescrit des règles de sécurité, la question se pose de savoir si le respect de ces seules règles permet au titulaire de l'autorisation de se prévaloir du risque autorisé en cas d'accident.

Il est possible d'apporter des éléments de réponse à cette question en s'appuyant sur l'exemple de la collision qui a eu lieu à Sion en 2016 entre l'un des minibus en expérimentation – bénéficiant d'une autorisation exceptionnelle – et le hayon d'un camion de livraison situé sur son passage. Dans cette situation, toutes les conditions de l'autorisation exceptionnelle avaient été respectées – vitesse maximale, présence d'un agent de bord, itinéraire prédéfini, etc. – mais le véhicule n'a pas perçu le hayon et l'agent de bord n'a pas réussi à anticiper la défaillance de la machine. Le risque de l'expérimentation s'est donc réalisé²⁰⁶¹.

Si personne n'a été blessé dans ce cas d'espèce, la question se serait posée en cas d'atteinte à l'intégrité physique de savoir si l'action dommageable pouvait être couverte par le risque autorisé, dans la mesure où toutes les règles de sécurité imposées par l'autorisation avaient bien été respectées. En effet, les règles imposées par les autorisations exceptionnelles ont une portée particulière dans l'appréciation des limites du risque autorisé, dans la mesure où l'autorité administrative a déjà réalisé par elle-même une mise en balance globale des avantages et des risques de l'expérimentation. Lorsqu'elle accepte d'accorder une autorisation exceptionnelle, l'administration fonde sa décision sur un dossier de documentation détaillé qui lui a été remis par le requérant et elle prescrit en conséquence les conditions de sécurité et de prudence à observer, de manière à obtenir un équilibre favorable dans la mise en balance des intérêts²⁰⁶².

Dès lors, en cas d'accident, la seule réalisation du risque intrinsèque à l'activité ne peut plus caractériser dans son principe un comportement négligent, puisque le risque qui s'est réalisé correspond justement au risque qui avait été admis par l'autorisation exceptionnelle²⁰⁶³. L'autorisation ayant été délivrée en connaissance de ce risque, une solution inverse serait paradoxale²⁰⁶⁴. Néanmoins, les mesures prescrites par l'autorisation ne sauraient pour autant constituer un blanc-seing pour son titulaire. La solution contraire serait inquiétante, notamment lorsque ledit titulaire a vocation à tirer un pro-

²⁰⁶⁰ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 238.

²⁰⁶¹ N. ZURKINDEN, «Crash beim Testbetrieb selbstfahrender Fahrzeuge», op. cit., réf. 2 et 3.

²⁰⁶² *Ibid.*, réf. 24.

²⁰⁶³ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 217.

²⁰⁶⁴ C. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, op. cit., p. 285.

fit pécuniaire de l'activité concernée²⁰⁶⁵. Ainsi, si le principe du risque découlant de l'activité est admis dans les conditions de l'autorisation, cela ne signifie pas que le titulaire est resté dans les limites du risque autorisé au cours de la mise en œuvre de cette activité autorisée.

D'une part, d'autres risques, étrangers à ceux compris par l'autorisation, peuvent se réaliser et ne pourront pas être couverts par cette dernière. Ce serait le cas dans cet exemple si le dommage n'avait pas eu lieu en raison d'une défaillance de l'intelligence artificielle mais en raison d'une explosion de la navette.

D'autre part, les mesures prescrites par l'autorisation restent générales et ne peuvent pas prendre en considération toutes les circonstances particulières qui peuvent survenir au cours de l'exercice de l'activité. Il sera donc encore nécessaire de vérifier dans les stades ultérieurs du raisonnement que la mise en œuvre de cette action permet bien de demeurer dans le cadre du risque autorisé. La portée d'une autorisation exceptionnelle n'est donc pas absolue; elle pose simplement un premier cadre qui doit être respecté pour que l'activité puisse éventuellement être ensuite couverte par le risque autorisé.

Une fois l'activité autorisée en son principe, les différents domaines d'activité sont généralement eux-mêmes régis par un ensemble de règles de conduite. Si ces règles de conduite ne jouent aucun rôle dans l'autorisation de prendre part à une activité, elles permettent de préciser les contours du risque autorisé au cours de l'exercice de l'activité. Elles définissent ainsi le deuxième cadre d'analyse du risque autorisé. Il s'agit d'un cadre resserré, qui s'insère à l'intérieur du premier en ce que l'application de ces règles présuppose que l'activité soit autorisée.

II Le respect des règles de conduite

469. Deuxième cadre

Pour être couvert par le risque autorisé, un comportement doit, en plus d'appartenir à une sphère d'activité autorisée, respecter les règles de conduite qui visent à protéger les biens juridiques en présence²⁰⁶⁶.

Certes, parfois, une partie de ces règles peut déjà se déduire du droit pénal accessoire (*Nebenstrafrecht*), c'est-à-dire des lois non codifiées qui comportent des dispositions pénales. Il existe en effet de nombreuses dispositions répressives qui ne se situent pas dans le Code pénal mais qui se trouvent dans les « *autres lois fédérales* »²⁰⁶⁷, relatives

²⁰⁶⁵ S. GLESS, E. SILVERMAN et T. WEIGEND, «If robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability», *New criminal law review*, 2016, vol. 19, N° 3, p. 16.

²⁰⁶⁶ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, p. 232.

²⁰⁶⁷ Art. 333 CPS relatif à l'application de la partie générale du Code pénal aux autres lois fédérales.

par exemple à la circulation routière, aux stupéfiants, ou encore à la protection de l'environnement²⁰⁶⁸.

Pourtant, dans la plupart des cas, il s'agit de normes qui doivent être recherchées en dehors du champ pénal, c'est-à-dire de règles de conduite extra-pénales, que REHBERG qualifie de «règles de comportement pré-pénales» («*vorstrafrechtliche Verhaltensregeln*»)²⁰⁶⁹, en ce que le juge devrait les étudier antérieurement au texte d'incrimination *stricto sensu*. Pour ce faire, la théorie du risque autorisé se réfère aux «règles de conduite»²⁰⁷⁰ qui sont généralement reconnues par la communauté juridique²⁰⁷¹. Elles correspondent à «des ensembles de règles spécifiques régissant les domaines d'activité à risque»²⁰⁷², qui normalisent la mise en œuvre de la volonté individuelle²⁰⁷³. Ces règles, tantôt publiques, tantôt privées, «portent [toutes] le costume de la technicité et ont pour ambition commune la volonté de tracer la frontière du risque admissible»²⁰⁷⁴. Le renvoi à ces règles souligne la fonction normative du risque autorisé dans les sphères d'activité trop techniques pour que le droit pénal puisse efficacement les régler.

Certains domaines d'activité sont donc réglementés par l'État à travers les autres branches du droit (A), les autres, à défaut, sont régulés par des organismes privés et par la pratique (B).

A Les domaines réglementés par l'État

470. Réglementation étatique

Dans certains domaines, l'État produit des règles de conduite en dehors du droit pénal (1). La réception de ces règles par le droit pénal se fonde sur le principe d'unité de l'ordre juridique (2).

1 Les règles étatiques

471. Explication terminologique

La doctrine alémanique range généralement les règles de conduite étatiques dans la catégorie du «*Verwaltungsrecht*», qui peut se traduire littéralement par «droit administratif». Cependant, cette traduction prêterait à confusion pour le juriste français,

²⁰⁶⁸ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 27.

²⁰⁶⁹ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, p. 134.

²⁰⁷⁰ Terminologie romande employée par le Professeur R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, *op. cit.*, p. 31.

²⁰⁷¹ C. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, *op. cit.*, p. 293.

²⁰⁷² R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, *op. cit.*, p. 3.

²⁰⁷³ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, p. 217.

²⁰⁷⁴ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, *op. cit.*, p. 3.

puis que ce terme fait référence, selon la terminologie suisse, aux réglementations de sécurité prévues par la loi et l'ordonnance ainsi qu'aux réglementations internationales alors qu'en France, le droit administratif est un droit d'origine prétorienne qui ne se confond pas avec les réglementations de sécurité qui existent dans toutes les branches du droit. C'est pour cette raison que la traduction de « règles de conduite étatiques » sera préférée ici.

472. Mise en balance effectuée par le législateur

Dans les différentes branches du droit, le législateur *lato sensu*²⁰⁷⁵ détermine démocratiquement ces normes, en procédant – avec le concours d'experts – « à une mise en balance des intérêts et en comparant les avantages avec les risques »²⁰⁷⁶. Il faut bien le reconnaître, cette mise en balance présente nécessairement une teinte politique. Toutefois, « quels que soient les intérêts réellement pris en compte dans les différentes procédures ou l'importance du travail de *lobbying* qui a permis le décret, cela aboutit pour finir à un corpus de règles qui est légitimé démocratiquement »²⁰⁷⁷.

473. Contenu des règles étatiques

Ces règles de conduite sont fondées sur « des principes tirés de l'expérience, qui font le lien entre certains comportements et certains risques particuliers, [ainsi que sur des] principes empiriques relatifs aux mesures les plus appropriées pour éviter ces dangers »²⁰⁷⁸. Leur but est donc de « limiter les risques *ex ante*, en régulant par le corpus de normes les comportements abstraitement dangereux »²⁰⁷⁹.

Elles font abstraction des circonstances et particularités personnelles pour se fonder essentiellement sur une mesure objective, axée sur le modèle d'une personne moyenne et dans une situation normale²⁰⁸⁰. C'est le cas par exemple des règles de circulation – alcoolémie, limitations de vitesse –, qui s'appliquent indifféremment à tout conducteur, quelle que soit par exemple son expérience de la conduite²⁰⁸¹.

²⁰⁷⁵ Sens matériel : créateur d'une règle de droit.

²⁰⁷⁶ N. ZURKINDEN, « Crash beim Testbetrieb selbstfahrender Fahrzeuge », *op. cit.*, réf. 19: « [Zunächst nimmt der Gesetzgeber diese] Interessensabwägung vor und stellt etwa den Nutzen dem Risiko gegenüber ».

²⁰⁷⁷ *Ibid.*, réf. 19: « Unabhängig davon, welche Interessen tatsächlich in den jeweiligen Verfahren gegeneinander abgewogen werden und wieviel Lobbyarbeit hinter einem Erlass steht, liegt am Ende ein Regelwerk vor, das demokratisch legitimiert ist ».

²⁰⁷⁸ H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, De Gruyter, Berlin, 11^e édition, 1969, p. 133: « Erfassungsgrundsätze über die Verknüpfung bestimmter Verhaltensweisen mit bestimmten ihnen eigentümlichen Gefahren und Erfahrungssätze über die geeigneten Maßnahmen zur Abwendung dieser Gefahren ».

²⁰⁷⁹ N. ZURKINDEN, « Strafrecht und selbstfahrende Autos », *op. cit.*, p. 148: « [Ein Ziel des Verwaltungsrechts ist] es gerade, Risiken *ex ante* zu begrenzen, indem Regelwerke abstrakt gefährliches Verhalten regulieren ».

²⁰⁸⁰ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, p. 220.

²⁰⁸¹ *Ibid.* C'est encore le cas par exemple des recommandations de l'Office fédéral de la santé en matière d'utilisation du préservatif lorsque la personne est vectrice du VIH. Voir K.-L. Kunz,

Selon REHBERG, leur contenu s'attache «aux exigences qui peuvent raisonnablement être exigées d'un citoyen et devrait se modeler sur la base des possibilités générales de décision et de réalisation de l'action»²⁰⁸². La norme ne doit donc pas être excessive, comme le rappelle MAIHOFER: «tout ce qui devrait socialement être (*Sollen*) trouve sa limite dans ce qui peut socialement être fait (*Können*)»²⁰⁸³.

Ainsi, ces règles offrent «un instrument possible avec lequel les risques socialement adéquats, et donc autorisés, peuvent être déterminés»²⁰⁸⁴: elles fixent «des exigences minimales quant au contrôle à observer sur le résultat final»²⁰⁸⁵ et définissent des directives (*Richtlinie*) qui permettent de caractériser la conduite à tenir dans le cas individuel²⁰⁸⁶. Encore faut-il déterminer la portée de ces normes de sécurité en matière pénale.

2 La réception de ces règles

474. Unité de l'ordre juridique

«Lorsqu'un citoyen agit dans le cadre de ce [que la loi] autorise (*Dürfen*), son action ne peut être illicite»²⁰⁸⁷ même lorsqu'elle est risquée. Le droit pénal ne peut donc pas la réprimer. Ceci «découle [directement] de l'idée d'unité (...) de l'ordre juridique (*Einheit der Rechtsordnung*)»²⁰⁸⁸. Selon ce principe, l'ordre juridique est un ensemble indivisible qui assure une cohérence dans les rapports entre les différentes branches du droit qui coexistent²⁰⁸⁹.

«Fahrlässige HIV-Übertragung nach Risikokontakten», *Forum poenale*, Stämpfli, 1/2009, p. 44 et s.

²⁰⁸² J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 134: «[Solche Bestimmungsnormen wären im Inhalt ihrer Forderungen] an das gebunden, was vom Bürger sinnvollerweise verlangt werden kann, und hätten sich an den allgemeinen Möglichkeiten der Willensbildung und des Handlungsvollzuges zu orientieren».

²⁰⁸³ W. MAIHAFER, «Der Unrechtsvorwurf», *Festschrift für Theodor Rittler zum 80. Geburtstag*, Verlag scienta, 1957, p. 152. La pensée de cet auteur est résumée par J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 134, de la manière suivante: «alles soziale Sollen findet seine Grenzen am sozialen Können».

²⁰⁸⁴ N. ZURKINDEN, «Strafrecht und selbstfahrende Autos», op. cit., p. 148: «Das Verwaltungsrecht ist ein mögliches Instrument, mit dem sozialadäquate und damit erlaubte Risiken adäquat bestimmt werden können».

²⁰⁸⁵ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 227: «Minimalanforderungen hinsichtlich der einzuhaltenden Finalsteuerung».

²⁰⁸⁶ *Ibid.*, p. 193.

²⁰⁸⁷ H. WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1961, p. 9: «Wo der Bürger sich im Rahmen dieses Dürfens bewegt, kann Handlung nicht rechtswidrig sein». Voir également A. GÜNGERICH et A. WALPEN, «Rechtliche Aspekte eines risiko- und effizienzbasierten Sicherheitskonzepts», *Sicherheit & Recht*, N° 2, 2011, p. 110.

²⁰⁸⁸ N. ZURKINDEN, «Crash beim Testbetrieb selbstfahrender Fahrzeuge», op. cit., réf. 19: «[Dass strafrechtlich grundsätzlich nicht verfolgt wird, was ein Gesetz erlaubt – auch wenn es riskant ist –] ergibt sich aus der Idee einer einheitlichen, [kohärenten] Rechtsordnung».

²⁰⁸⁹ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, op. cit., p. 42.

Ce principe, omniprésent dans la pensée pénale suisse, se dessine «en toile de fond»²⁰⁹⁰ de l'analyse du risque autorisé. Il apparaît ainsi qu'un comportement qui respecte les règles de conduite présentes dans d'autres branches du droit ne peut pas être sanctionné par le droit pénal au titre de la négligence pour la simple raison qu'il a été entrepris. Autrement dit, il s'agit d'un mécanisme de transposition selon lequel «celui qui se comporte comme la loi le demande ou l'autorise agit de manière licite»²⁰⁹¹ dans toutes les branches du droit. Ces réglementations vont ainsi permettre d'ériger un premier standard de comportement exigible²⁰⁹².

475. Illustration par les produits dangereux

Par exemple, «il existe des règles particulièrement strictes de diligence pour la fabrication et la vente de produits potentiellement dangereux, qui peuvent en grande partie être transférées du droit civil au droit pénal»²⁰⁹³. La jurisprudence pénale du Tribunal fédéral, en opérant cette transposition, a fini par bâtir un régime prétorien particulièrement sévère en la matière²⁰⁹⁴.

Ainsi, «un fabricant diligent ne peut mettre sur le marché que les produits dont la sécurité est conforme à l'état de la technique et de la science et qui ont été vérifiés avant leur distribution par des tests appropriés. Même après que le producteur a mis le produit sur le marché, il doit continuer à le surveiller en permanence en fonction des commentaires des consommateurs. Si des dommages ou des risques inattendus surviennent, alors le fabricant est tenu d'en avertir les utilisateurs et si nécessaire de rappeler ses produits»²⁰⁹⁵.

Ce standard issu du droit civil peut aider le juge répressif à définir la conduite requise dans le cas d'espèce. Cela est tout particulièrement utile lorsque des questions nouvelles se présentent à lui, comme en matière d'innovations technologiques. «Pour les

²⁰⁹⁰ *Ibid.*, p. 13.

²⁰⁹¹ N. ZURKINDEN, «Strafrecht und selbstfahrende Autos», *op. cit.*, p. 148.; «*wer handelt, wie es das Gesetz gebietet oder erlaubt, verhält sich [strassenverkehrsrechtlich] rechtmässig*».

²⁰⁹² G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I – die Straftat*, Stämpfli, 4^e édition, 2011, p. 497.

²⁰⁹³ S. GLESS et R. JANAL, «Hochautomatisiertes und autonomes Autofahren – Risiko und rechtliche Verantwortung», *Juristische Rundschau*, 2016, p. 565: «*Grundsätzlich gelten dort für die Herstellung und den Vertrieb potentiell gefährlicher Produkte besonders strenge Sorgfaltsregeln, die weitgehend aus dem Zivilrecht ins Strafrecht transferiert worden sind*».

²⁰⁹⁴ S. GLESS et T. WEIGEND, «Intelligente Agenten und das Strafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2014, vol. 126, p. 582.

²⁰⁹⁵ *Ibid.*: «*Danach darf ein sorgfältiger Hersteller nur solche Produkte auf den Markt bringen, deren Sicherheit dem Stand von Wissenschaft und Technik entspricht und vor dem Vertrieb durch ausreichende Tests überprüft worden ist. Auch nachdem der Produzent das Produkt in den Verkehr gebracht hat, muss er es anhand von Rückmeldungen der Verbraucher fortlaufend beobachten. Zeigen sich dabei unerwartete Schäden oder Risiken, so ist der Hersteller zur Warnung der Verbraucher und nötigenfalls zum Rückruf des Produkts verpflichtet*».

voitures intelligentes, même si aucun standard constant n'a encore été établi, il résulte en principe du droit applicable en matière de responsabilité du fait des produits un devoir d'observation (*Beobachtungspflicht*) – par exemple sur la base des retours des utilisateurs²⁰⁹⁶ – qui est reçu en droit pénal au titre de l'obligation d'agir du garant.

476. Autonomie pénale

Il ne faut néanmoins pas oublier que, s'il existe une « unité [...] dans la construction de l'édifice juridique », il existe également une « autonomie, et donc une souplesse, dans la manière de meubler la partie de l'édifice réservée au droit pénal »²⁰⁹⁷ pour l'adapter aux spécificités de la matière. Les décisions judiciaires dans les autres domaines du droit n'ont ni la portée éthico-sociale ni les effets stigmatisants qu'a la condamnation pénale²⁰⁹⁸. Le juge répressif, qui peut condamner à une peine d'emprisonnement, conserve donc la possibilité de donner un contenu un peu différent aux notions définies par les autres branches du droit au cours de la transposition.

477. Mesure de la réception

Ces règles de conduite étatiques extra-pénales revêtent un caractère accessoire au droit criminel (*Verwaltungsrechtsakzessorietät*). Elles participent à consolider la prévisibilité des condamnations pour négligence – et donc la sécurité juridique – en esquissant les instructions normalement opportunes qu'il convient de suivre pour réduire le risque. Toutefois, ce caractère accessoire n'implique pas nécessairement une valeur contraignante: le juge répressif dispose encore d'une marge d'appréciation dans la mesure de la réception de ces normes; la prévisibilité annoncée n'est donc pas absolue.

La violation des règles de conduite n'entraîne pas automatiquement la sortie du cadre du risque autorisé: si le non-respect de ces règles crée, « dans des circonstances normales, un accroissement inacceptable et évitable du risque de dommage »²⁰⁹⁹, il peut arriver, dans des hypothèses spécifiques, que leur violation ne soit pas illicite et demeure autorisée. Il est en effet d'abord possible que, au stade de l'autorisation de la sphère d'activité, une autorisation exceptionnelle (*Ausnahmebewilligung*) permette expressément d'y déroger pour les besoins d'une expérimentation, comme c'est le cas avec les voitures autonomes²¹⁰⁰. Il reste ensuite toujours possible que, dans des circonstances particulières, la transgression de ces règles ne puisse pas être évitée. Il est

²⁰⁹⁶ S. GLESS et R. JANAL, « Hochautomatisiertes und autonomes Autofahren – Risiko und rechtliche Verantwortung », *op. cit.*, p. 565: « Auch wenn sich für intelligente Autos noch keine festen Standards etabliert haben, folgt aus dem geltenden Produkthaftungsrecht grundsätzlich eine Beobachtungspflicht – etwa anhand von Rückmeldungen durch Verbraucher ».

²⁰⁹⁷ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, *op. cit.*, p. 43.

²⁰⁹⁸ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 54.

²⁰⁹⁹ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, p. 227: « deren Mißachtung unter normalen Umständen eine unzulässige und vermeidbare Erhöhung des Schädigungspotentials (...) in sich schließt ».

²¹⁰⁰ N. ZURKINDEN, « Strafrecht und selbstfahrende Autos », *op. cit.*, p. 153.

enfin possible que, dans la situation concrète, la violation de la règle soit même plus appropriée pour réduire le risque de dommage. Par exemple, il peut arriver qu'un accident puisse être évité par le conducteur en montant avec sa voiture sur le trottoir vide, alors même que la loi réserve en principe celui-ci exclusivement aux piétons²¹⁰¹. Cela s'explique par le fait que l'abstraction des règles de conduite implique qu'elles ne peuvent pas toujours coïncider avec le comportement qui permet d'éviter le dommage dans le cas concret. Dans ces situations exceptionnelles, le juge se doit donc d'écarter l'indice qu'apportaient ces règles sur la conduite à observer, pour confirmer lui-même la valeur du comportement alternatif choisi pour éviter le danger.

A contrario, l'observation des règles de conduite prescrites ne signifie pas automatiquement que l'agent a respecté les limites du risque autorisé. Il peut avoir dépassé le risque autorisé «alors même qu'il n'a enfreint aucune règle de sécurité, puisque, en plus du respect de ces règles, il incombe à toute personne d'éviter tout danger inutile lors de la réalisation d'une action risquée et de faire preuve de la plus grande prudence pour prévenir toute atteinte à des biens juridiques»²¹⁰². Les actes accomplis conformément aux obligations légales bénéficient donc simplement d'une «présomption de licéité»²¹⁰³, qui devra être confirmée par des éléments supplémentaires.

En définitive, «ces normes de sécurité constituent donc la «limite supérieure» de la mesure du risque autorisé en ce sens que, d'une part, sans les avoir enfreintes, un risque évitable peut exister et que, d'autre part, leur violation [caractérise en principe un comportement négligent], sauf si des circonstances particulières rendent le comportement prescrit impossible ou le font apparaître inapproprié dans le cas d'espèce pour éviter une atteinte à un bien juridique»²¹⁰⁴.

Tous les domaines n'étant pas réglementés par l'État, il faut se demander si d'autres règles de conduite peuvent venir préciser cette limite supérieure.

²¹⁰¹ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 220.

²¹⁰² *Ibid.*, p. 222: «(...) wenn der Täter keine Sicherheitsvorschriften missachtet hat, da neben ihnen die allgemeine Pflicht weiterbesteht, bei der Vornahme von Risikohandlungen jede unnötige Gefährdung zu vermeiden und eine höchstmögliche Vorsicht zur Verhütung von Rechtsverletzungen zu beobachten».

²¹⁰³ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, op. cit., p. 101.

²¹⁰⁴ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 223: «Diese Sicherheitsvorschriften stellen daher die «obere Grenze» für das Ausmaß der zulässigen Gefährdung dar in dem Sinne, dass einerseits auch ohne ihre Missachtung ein vermeidbares Risiko vorliegen kann, andererseits in ihrer Verletzung regelmäßig eine Sorgfaltswidrigkeit liegt, sofern nicht besondere Umstände das vorschriftsgemäße Verhalten verunmöglichen oder im konkreten Fall als zur Vermeidung von Rechtsverletzungen ungeeignet erscheinen lassen».

B Les domaines non réglementés par l'État

478. Règlementation non étatiques

«Nombre d'activités grosses de risques pour la personne d'autrui ont jusqu'à présent échappé à l'intervention du législateur, sans qu'il en aille (...) toujours de sa faute»²¹⁰⁵ car la création d'une réglementation étatique n'est pas nécessaire dans toutes les disciplines. Dans ces cas, la responsabilité des acteurs se détermine à l'enseigne de l'article 12 alinéa 3 du Code pénal suisse et des «*précautions commandées par les circonstances*». Ce renvoi aux «*circonstances*» marque l'ouverture des incriminations de négligence aux règles de conduite non étatiques, c'est-à-dire celles qui sont produites par des pouvoirs sectoriels²¹⁰⁶. En Suisse romande, le Professeur ROBERT ROTH a mis en évidence leur rôle fondamental dans les infractions de négligence et pour la détermination du risque autorisé: elles permettent de préciser le standard de comportement attendu. Il convient dès lors de s'intéresser à ces normes non étatiques afin d'une part de déterminer celles qui sont susceptibles d'influer sur la détermination des «*circonstances*» pénales (1) et d'autre part de vérifier comment celles-ci sont réceptionnées par le droit répressif (2).

1 Les règles non étatiques

479. Identification des règles de conduite

Hors du champ des sources officielles, de nombreuses prescriptions sont amenées à régir les comportements des acteurs dans leur sphère d'activité mais toutes ne sont pas des règles ayant une force juridique. Sans anticiper sur leur réception par le droit pénal, il convient d'identifier les qualités qui permettent à ces prescriptions d'acquérir le caractère de règle de droit.

Selon la doctrine classique, la juridicité d'une norme s'apprécie en droit suisse en se fondant sur deux critères de fond: la généralité et l'abstraction d'une part, et l'effectivité d'autre part²¹⁰⁷. Tout d'abord, la règle doit prétendre à la généralité en proposant un modèle de comportement et ne doit viser que des catégories abstraites d'individus ou de situations²¹⁰⁸. Ensuite, la règle doit être effective, ce qui signifie qu'elle doit présenter un modèle de comportement conçu et reconnu comme obligatoire²¹⁰⁹ dans le secteur d'activité. Il en va tout particulièrement ainsi lorsque la norme a été formalisée par le pouvoir social qui régit l'ordre professionnel ou sportif en question²¹¹⁰, même si

²¹⁰⁵ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, op. cit., préface PH. GRAVEN.

²¹⁰⁶ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 34.

²¹⁰⁷ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, op. cit., p. 34.

²¹⁰⁸ *Ibid.*

²¹⁰⁹ *Ibid.*

²¹¹⁰ *Ibid.*

celui-ci n'est pas étatique. Il existe en effet des ordres sectoriels (privés) en matière professionnelle comme dans la pratique des sports qui ont vocation à réguler le bon fonctionnement de l'activité en établissant des règles de conduite qui font autorité.

De manière concrète, les règles de l'art et les règles du jeu constituent les principales règles de conduite non étatiques que le juge prendra en compte pour déterminer le standard de comportement attendu.

480. Règles de l'art (1)

Si la référence aux «règles de l'art» (*Kunstregeln*) est bien intégrée dans les discours scientifiques et dans le langage courant²¹¹¹, elle ne doit pas induire en erreur sur la réalité qu'elle recouvre. La jurisprudence helvétique définit les règles de l'art comme des «*principes établis par la science, généralement reconnus et admis, communément suivis et appliqués par les praticiens*»²¹¹². Cette définition appelle deux commentaires.

D'une part, le terme «art» (*Kunst*) ne doit pas être compris de manière trop restrictive, puisqu'il englobe tout autant l'art du praticien que les techniques scientifiques reconnues dans le domaine concerné²¹¹³. En cas de violation des règles de l'art (*Kunstfehler*), la terminologie allemande se réfère d'ailleurs volontiers à l'expression de «*Behandlungsfehler*» – ce qui signifie littéralement «faute de traitement»²¹¹⁴ – et n'emploie pas le terme d'«art» (*Kunst*).

D'autre part, selon cette définition, les règles de l'art respectent bien les exigences de généralité et d'effectivité présentées précédemment comme les critères de la juridicité. Par conséquent, une simple recommandation scientifique ne suffit pas; la règle doit de surcroît être appliquée de manière effective dans «le cercle des spécialistes»²¹¹⁵. «Ce qui sera déterminant, c'est le caractère incontesté de ces règles en l'état de la science»²¹¹⁶.

Les règles de l'art sont pour certaines formalisées par les organes de régulation du domaine dans lequel elles font autorité. En matière médicale par exemple, certaines de ces règles sont édictées par l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM)²¹¹⁷.

²¹¹¹ F. MÜLLER, *Repetitorium zum Schweizerischen Strafrecht, Allgemeiner Teil und Jugendstrafrecht*, Stämpfli, 4^e édition, 2014, p. 191 et R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, op. cit., p. 62.

²¹¹² ATF 108 II 61.

²¹¹³ ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, op. cit., p. 63.

²¹¹⁴ *Ibid.*

²¹¹⁵ F. BENDEL, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei der Verletzung der Regeln der Baukunde*, thèse, Genève, 1960, p. 52 et 53 «den Kreisen der Techniker» et R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, op. cit., p. 52.

²¹¹⁶ JT 1982 IV 9, 10 = ATF 106 IV 264, 268, 269..

²¹¹⁷ Directives médico-éthiques : <www.samw.ch/fr/Publications/Directives.html>.

Il s'agit d'une instance de réflexion et de régulation des pratiques médicales, soutenue financièrement par des subventions de la Confédération, qui émet notamment des directives médico-éthiques. D'autres peuvent encore émaner de conférences de consensus. Dans tous les cas, ces règles visent à apporter une aide concrète aux professionnels de la santé dans leur pratique quotidienne. Elles ont vocation à dire le droit²¹¹⁸ et ont en conséquence une véritable portée normative²¹¹⁹.

Il serait toutefois naïf de croire que toutes les règles de l'art qui font autorité dans un domaine d'activité professionnel peuvent être formalisées. En réalité, une grande partie de ces règles est issue de la pratique, et s'impose au professionnel en raison de la reconnaissance dont elles font l'objet dans le milieu d'activité. Si elles ont reçu une reconnaissance incontestable et universelle dans le secteur en question, il semble que ces règles non formalisées possèdent alors la même valeur que les règles de l'art formalisées²¹²⁰.

481. Règles du jeu (2)

En matière sportive, ce sont les règles du jeu qui constituent les règles de conduite applicables. Chaque sport, qu'il soit individuel, de combat ou encore collectif, est soumis à des règles du jeu qui le régissent. Si ces règles sont substantiellement différentes selon les disciplines sportives, elles ont toutes «pour but commun d'assurer la pratique correcte de l'activité qu'elles concernent»²¹²¹. Ce sont des règles abstraites, qui ont vocation à s'appliquer à toutes les situations qui peuvent se présenter dans la pratique de ce sport²¹²².

Ces règles ont en outre la particularité d'être édictées avec une grande indépendance normative. Elles proviennent de fédérations internationales spécifiques au sport en question, telles que la Fédération internationale de ski²¹²³ ou le Conseil international du football association²¹²⁴. Ces instances déterminent et font évoluer les règles du jeu, qui servent ensuite de référence dans la pratique du sport au sein des fédérations nationales.

Leur force contraignante est considérable pour les sportifs. Selon la comparaison du Professeur ROBERT ROTH, «elles commandent le comportement des acteurs sur un terrain de football ou un champ de ski avec autant d'effectivité que les règles de la circulation sur les routes»²¹²⁵. En effet, «pour que le match soit possible, que ses acteurs

²¹¹⁸ H. SCHULTZ, *Aktuelle Probleme des Arztrechts*, Bull. des médecins suisses, 1984, p. 1020.

²¹¹⁹ Directives médico-éthiques: <www.samw.ch/fr/Publications/Directives.html>.

²¹²⁰ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, op. cit., p. 49.

²¹²¹ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, op. cit., p. 1.

²¹²² R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, op. cit., p. 34.

²¹²³ FIS: <www.fis-ski.com/en>.

²¹²⁴ IFAB: <www.theifab.com/home>.

²¹²⁵ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, op. cit., p. 37.

ne s'entre-nuisent pas et que son résultat ne soit pas faussé, les règles doivent donc prendre la forme d'impératifs, non de recommandations que les joueurs pourraient à leur gré observer ou violer»²¹²⁶. Elles ont donc force normative.

Le respect de ces règles fait ainsi l'objet d'une autorégulation et ce, notamment, grâce à des sanctions. Ce sont ces sanctions qui confèrent à la règle son caractère obligatoire, en rappelant à «celui qui prendrait des libertés avec [elle qu'il serait] contraint d'en subir les conséquences»²¹²⁷. Sur le terrain de football, c'est à l'arbitre que revient ce rôle de juge puisqu'il est investi par l'«ordre sportif» du pouvoir de faire appliquer ces règles²¹²⁸ et que ces dernières demeurent en dehors du champ pénal. Toutefois, en cas d'accident conduisant à un résultat pénal, l'analyse effectuée par le juge du fait de savoir si le sportif est resté dans le cadre du risque autorisé, ne peut se concevoir qu'en se référant aux règles du jeu²¹²⁹.

Toutefois, à l'inverse des règles de l'art, toutes les règles du jeu ne sont pas prises comme référence pour déterminer le risque autorisé²¹³⁰. «En effet, alors que l'objectif des règles de l'art est en principe toujours identique à celui des normes pénales sur la protection de la vie et de l'intégrité corporelle, il n'en va pas nécessairement de même pour toutes les règles de conduite sportives»²¹³¹. Toutes les règles du jeu ne sont pas des règles de sécurité et il faut distinguer d'un côté les règles organisationnelles et relatives au déroulement du jeu, qui donnent au sport son identité en le distinguant des autres, et de l'autre celles qui visent le comportement mutuel des protagonistes sur le terrain²¹³². Seules les secondes peuvent être prises en compte pour établir le risque admis dans la pratique d'un sport²¹³³, en ce qu'elles déterminent le standard de comportement qu'il convient d'adopter pour assurer la sécurité des sportifs.

Reste à déterminer comment ces règles non étatiques, qu'elles soient issues de l'art professionnel ou du jeu sportif, peuvent être reçues par l'ordre pénal.

2 La réception de ces règles

482. Principe de cohérence

«L'État consent à l'existence parallèle d'ordres juridiques»²¹³⁴ qui font œuvre normative, tels que les ordres juridiques sportif et médical. Il accepte ainsi de ne pas avoir

²¹²⁶ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 2.

²¹²⁷ *Ibid.*

²¹²⁸ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, *op. cit.*, p. 37.

²¹²⁹ *Ibid.*, p. 105.

²¹³⁰ S.-L. HÄUPTLE, «Nicht jede Regelverletzung im Fussball ist strafbar», *Haftung und Versicherung*, 2020, p. 184 et s.

²¹³¹ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, *op. cit.*, p. 107.

²¹³² PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, p. 1.

²¹³³ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, *op. cit.*, p. 107.

²¹³⁴ *Ibid.*, p. 102.

«le monopole de la création des normes juridiques»²¹³⁵ dans les domaines concernés. Par conséquent, l'État, au travers de l'application du droit pénal, «ne peut être indifférent à cette coexistence»²¹³⁶. Au contraire, il doit procéder à une reconnaissance de ces ordres en se fondant sur le principe de cohérence dans les rapports entre les ordres juridiques étatique ou non étatique qui coexistent avec son assentiment²¹³⁷. Ce principe constitue «le pendant de l'unité de l'ordre juridique»²¹³⁸, qui, comme cela a déjà été montré²¹³⁹, permet la réception en droit pénal des règles de conduite étatiques extra-pénales (cohérence à l'intérieur de l'ordre juridique étatique).

Pour être harmonieuse, la cohérence des rapports entre les ordres juridiques s'organise grâce à des mécanismes de délégation par l'État de sa compétence normative à des ordres non étatiques.

483. Délégation étatique

Selon la théorie du risque autorisé, l'État autorise certaines activités socialement dangereuses car il en reconnaît le caractère bénéfique²¹⁴⁰. Il lui revient donc soit de «réglementer lui-même les modalités de l'activité considérée», soit de déléguer, explicitement ou implicitement, tout ou partie de la compétence de régulation à des ordres sectoriels²¹⁴¹. Le juge pénal peut donc s'appuyer sur des «règles de conduite [qui sont] parfois étatiques, plus souvent extra-étatiques»²¹⁴². Pour distinguer le premier cas du second, le Professeur ROBERT ROTH formule un mécanisme de subsidiarité: «plus libre est le régime de l'activité, plus grande est l'autonomie déléguée par l'État et plus important est le rôle que les règles de conduite édictées dans le cadre de l'ordre non étatique seront appelées à jouer dans la démarche du juge pénal»²¹⁴³. Dans le choix de la norme, il existerait une primauté des règles de conduite étatiques sur les règles non étatiques. C'est pourquoi, en l'absence des premières, c'est aux secondes qu'il convient de se référer; la valeur de la norme privée, qu'elle soit formalisée ou non, peut alors être «quasiment mise sur le même plan»²¹⁴⁴ que la norme publique, sous réserve de sa reconnaissance dans son domaine²¹⁴⁵.

En cas de délégation, ce renvoi aux règles non étatiques se produit parfois explicitement dans le texte. C'est le cas par exemple de l'incrimination de «violation des règles

²¹³⁵ *Ibid.*, p. 42.

²¹³⁶ *Ibid.*, p. 102.

²¹³⁷ *Ibid.*, p. 42.

²¹³⁸ *Ibid.*

²¹³⁹ Voir 2^e partie, titre 2, chapitre 1, section 1, II, A, 2: La réception de ces règles, n° 474.

²¹⁴⁰ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, op. cit., p. 42.

²¹⁴¹ *Ibid.*, p. 46.

²¹⁴² *Ibid.*

²¹⁴³ *Ibid.*, p. 44.

²¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 40.

²¹⁴⁵ *Ibid.*

de l'art de construire», prévue à l'article 229 du Code pénal suisse, qui sanctionne en son second paragraphe «*l'observation des règles de l'art due à une négligence*». En visant expressément les «*règles de l'art*», l'énoncé de fait légal instaure un «régime extraordinaire» en ayant recours à un «processus de réception quasi direct»²¹⁴⁶ de la norme non étatique.

Dans la majorité des cas néanmoins, les normes publiques ne renvoient pas directement à des normes privées et la délégation se fait donc implicitement, grâce à une certaine tolérance étatique vis-à-vis des ordres juridiques autonomes. Du reste, la doctrine trouve le plus souvent un fondement juridique permettant de consolider la valeur juridique ainsi accordée à la norme privée, comme la liberté d'association²¹⁴⁷ et le caractère contraignant des conventions pour les personnes qui y sont partie, afin de fonder l'obligation de respecter les règles du jeu entre les joueurs par exemple²¹⁴⁸.

484. Portée des règles non étatiques

C'est donc par ce mécanisme indirect de la délégation que se produit la réception par l'ordre pénal des normes non étatiques.

Ces règles présentent une valeur indicielle en ce qu'elles présument simplement l'adoption d'une conduite conforme au standard de comportement requis par le risque autorisé²¹⁴⁹. Le juge garde toutefois une marge d'appréciation, qu'il convient de préciser du point de vue tant des règles de l'art que des règles du jeu.

En ce qui concerne les règles de l'art d'abord, leur valeur purement indicielle a pour conséquence que leur respect «ne garantit pas à l'auteur l'impunité et ne le met pas à l'abri d'une accusation d'imprévoyance»²¹⁵⁰. En effet, si leur observation permet à l'auteur d'éviter les imprévoyances professionnelles, elle ne le protège pas des imprévoyances humaines, c'est-à-dire de ses fautes, qui peuvent jouer un rôle considérable dans des champs tels que la chirurgie²¹⁵¹.

En ce qui concerne les règles du jeu ensuite, la doctrine majoritaire leur fait jouer un rôle plus déterminant. Le juge peut exiger le standard de comportement correspondant aux règles du jeu, voire exiger un standard moins élevé, mais il ne semble pas pouvoir aller au-delà²¹⁵². «La majorité de la doctrine suisse refuse au juge cette possibilité et l'estime lié par un plafond, même s'il ne l'est pas par un plancher»²¹⁵³. Sauf s'il a

²¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 39.

²¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 33.

²¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 38.

²¹⁴⁹ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, p. 31.

²¹⁵⁰ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, *op. cit.*, p. 71.

²¹⁵¹ *Ibid.*

²¹⁵² *Ibid.*, p. 106.

²¹⁵³ *Ibid.*

connaissance d'un risque particulier²¹⁵⁴, le sportif ne devrait donc en principe pas pouvoir se voir reprocher une négligence lorsqu'il cause un dommage tout en respectant les règles du jeu. *A contrario*, même lorsque le sportif les enfreint, le juge pénal peut, pour écarter le reproche de négligence, utiliser «le filtre du risque autorisé [pour] trier parmi les violations des règles du jeu celles qui ne remettent pas en question le diagnostic d'adéquation sociale»²¹⁵⁵.

Bien que les règles de l'art et les règles du jeu soient toutes deux affectées d'une valeur indicielle et qu'elles permettent de situer les contours du risque autorisé, seules les secondes déterminent précisément le standard maximum exigible, au-delà duquel le juge ne saurait aller.

Ainsi, le bon respect des règles de l'art, à l'image du chef de tir qui n'a pas dépassé la quantité maximum d'explosif pour le périmètre de sécurité donné ou du médecin qui a bien eu recours à la radiologie pulmonaire pour vérifier le trajet de la voie veineuse centrale, constitue un indice de risque autorisé, sans pour autant permettre à ce stade de l'établir fermement.

485. Conclusion de la section 1

Les deux premiers cadres permettent d'établir les contours normatifs du risque autorisé. Pour que le premier cadre du risque autorisé soit rempli, il faut que l'agent ait agi dans le cadre d'une sphère d'activité autorisée. La loi suisse ne connaît pas d'interdiction générale des actes dangereux. Ainsi, toutes les sphères d'activité sont licites en l'absence d'interdiction explicite. Cette autorisation inconditionnelle ne préfigure cependant aucunement de la valeur de l'action ou de la détermination ultérieure des diligences. La principale utilité de ce principe doctrinal d'autorisation inconditionnelle est que les règles extra-pénales n'ont pas à être invoquées pour justifier d'une autorisation de l'activité. Il reste toutefois loisible au législateur de restreindre l'exercice de certaines sphères d'activité spécifiques s'il les considère trop dangereuses, en n'en autorisant l'exercice que sous la condition d'obtenir une autorisation administrative – autorisation de police ou autorisation exceptionnelle. Ces autorisations deviennent alors nécessaires pour demeurer dans le risque autorisé. En définitive, l'exercice d'une activité peut donc être autorisé à différents titres. S'il s'agit d'une autorisation inconditionnelle, la condition est remplie abstraitement, ouvrant la voie à la suite du raisonnement. Si une autorisation de police est requise, elle constitue alors la condition *sine qua non* de l'autorisation du risque. En son absence, le risque ne saurait être admis. Cependant, les contours du risque autorisé devront être spécifiés au cours des étapes ultérieures. Enfin, si c'est une autorisation exceptionnelle qui est requise, les règles

²¹⁵⁴ A. DONATSCH, «Zur strafrechtlichen Beurteilung des Foulspiels beim Eishockey», *Forum-poenale*, 3/2008, p. 178 et s.

²¹⁵⁵ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, op. cit., p. 109.

de sécurité qu'elle prescrit doivent également être respectées pour que l'activité puisse relever du risque autorisé. Toutefois, le respect de ces règles ne suffit pas en lui-même et il faudra encore vérifier que la réalisation concrète de l'activité est bien restée dans les limites du risque autorisé. Dans ces trois hypothèses, la participation à l'activité est autorisée dans son principe, ce qui permet de passer à la suite du raisonnement.

Pour que le deuxième cadre du risque autorisé soit rempli, il faut que l'agent ait respecté les règles de conduite qui régissent le domaine d'activité. Ces règles, qu'elles soient étatiques ou non, permettent de délimiter un domaine du risque autorisé au sein de chaque sphère d'activité. Le juge répressif doit ainsi se référer en premier lieu aux règles de conduite publiques, qui se trouvent dans la réglementation issue de la loi et de l'ordonnance, comme les réglementations en matière de construction ou de produits dangereux. Ce n'est qu'à défaut de l'existence de telles règles qu'il peut subsidiairement se reporter à des règles de conduite non étatiques. Ces dernières sont des règles générales et abstraites qui font l'objet d'une reconnaissance sociale dans l'ordre concerné, telles que les règles de l'art ou les règles du jeu. Ces règles seront prises en compte par le juge pénal lorsqu'il devra dire si l'agent est resté dans le cadre du risque autorisé. La réception des règles de conduite étatiques se fait sur le fondement du principe d'unité de l'ordre juridique, en vertu duquel ce qui est réglementé dans une branche du droit provoque nécessairement des effets en droit pénal. Les règles de conduite non étatiques sont prises en compte eu égard à la nécessaire cohérence entre l'ordre juridique étatique et les différents ordres juridiques sociaux autonomes, tels que l'ordre sportif ou l'ordre médical. Dans les deux hypothèses, les règles de conduite participent à limiter le risque *ex ante*, en normalisant la prudence à respecter au cours de l'action. Elles donnent une certaine prévisibilité au standard requis dans l'exercice d'une activité dangereuse. En se fondant sur les règles de conduite, il est alors possible d'édicter abstraitement les limites du comportement moyen requis. Toutefois, le cas d'espèce correspondant rarement au cas moyen, la doctrine n'attribue qu'une valeur indiciaire au respect des règles de conduite. En conséquence, l'auteur peut être autorisé, lorsque les circonstances le commandent, à enfreindre exceptionnellement une règle de conduite pour éviter la réalisation d'un dommage. A l'inverse, dans d'autres situations, l'agent peut se voir reprocher de ne pas avoir pris plus de précaution que ce que la règle de conduite réclamait. Cela s'explique par le fait que le respect ou le non-respect des règles de conduite passe forcément après le respect des objectifs du droit pénal et, « plus spécifiquement, des dispositions en cause ici, vouées à la protection de la vie et de l'intégrité corporelle des individus »²¹⁵⁶.

²¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 123.

C'est pour cette raison que le juge pénal conserve une certaine marge d'appréciation dans la détermination du risque autorisé, qui doit être précisé au titre du troisième cadre.

Section 2 La détermination judiciaire du risque autorisé

486. Troisième cadre

Étant donné que le respect du cadre normatif général ne peut à lui seul déterminer le risque autorisé, il revient en dernier lieu au juge de vérifier que les limites du risque autorisé n'ont pas été excédées dans le cas d'espèce. Les contours du risque autorisé sont ainsi circonscrits dans un troisième et dernier cadre, particularisé, qui s'intègre à l'intérieur des deux premiers. Ce cadre-ci permet de conclure définitivement à l'existence concrète ou non d'un risque autorisé dans la situation que le juge a à connaître.

La mission du juge est alors parfaitement complémentaire à celle du législateur²¹⁵⁷ puisque le juge ne fait que parachever dans le cas particulier le travail de « mise en balance préstructuré par le législateur et l'administration, en y incluant [cette fois-ci] le déroulé des événements et la personne de l'auteur »²¹⁵⁸.

Dans ce cadre, le juge étudie les conditions précises dans lesquelles l'activité s'est concrètement déroulée. Il vérifie ainsi que l'agent a, autant que raisonnablement possible, diminué le risque général de son activité (I). Ce risque une fois diminué ne peut être apprécié qu'en fonction de sa valeur dans le cas concret (II).

I La diminution du risque général

487. Gestion du risque

Pour entrer dans le cadre du risque autorisé, le risque généré par le comportement doit avoir fait l'objet d'une gestion appropriée. Le risque autorisé ne peut correspondre qu'à un risque général (A) qui doit avoir été diminué jusqu'à sa part résiduelle (B).

²¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 121.

²¹⁵⁸ N. ZURKINDEN, « Crash beim Testbetrieb selbstfahrender Fahrzeuge », *op. cit.*, réf. 28: « [Ein Gericht würde] dann die durch Gesetz- und Bewilligungsgeber vorstrukturierte Interessenabwägungen fortführen und dabei die Umstände des Geschehensablaufs und die Person des Täters einbeziehen ».

A La généralité du risque

488. Identification du risque général

L'identification du risque général peut s'effectuer tant en recourant au principe de confiance²¹⁵⁹ lorsque l'on s'intéresse aux faits de l'espèce sous l'angle de la pluralité des participants (1) qu'en excluant le risque spécial si l'on traite la situation du point de vue des circonstances propres à l'agent (2).

1 Le recours au principe de confiance

489. Cadre des interactions humaines

Quel que soit le domaine considéré, il est désormais bien rare qu'une activité s'effectue de manière solitaire : les automobilistes empruntent ensemble les voies de circulation ; les entreprises de fabrication sous-traitent presque toujours une partie de leur production à d'autres entreprises, particulièrement dans le processus de fabrication de voitures intelligentes ; les médecins travaillent dans des centres de santé, au sein desquels le patient passe entre les mains de plusieurs spécialistes ; les chirurgiens sont secondés par des personnels soignants au cours des opérations, etc. Ces activités sont donc menées grâce à la collaboration entre les différents acteurs du domaine en question.

Toutefois, comme nous l'avons rappelé en introduction²¹⁶⁰, la matière pénale repose sur un principe de responsabilité personnelle, selon lequel nul ne peut être tenu pénalement responsable que de son propre fait, et ce même si l'action a été accomplie au sein d'un groupe²¹⁶¹. Il en découle que les fautes des uns ne peuvent en principe pas être reprochées aux autres au motif qu'ils ne les ont pas anticipées. C'est le principe dit «de confiance».

490. Origines du principe de confiance

Le principe de confiance trouve son origine dans le fonctionnement de la circulation routière²¹⁶². Dans ce domaine, si l'on se fondait sur la seule exigence de prévoyance en matière de circulation, un conducteur ne devrait pouvoir échapper à la responsabilité pénale que lorsque la conduite du tiers qui a contribué à l'accident était attribuable «à un comportement tellement absurde que, dans le cours normal des choses, per-

²¹⁵⁹ J.-B. ACKERMANN, P. VOLGER, L. BAUMANN et S. EGLI, «Fahrlässige Tötung (Art. 117)», *Strafrecht Individualinteressen, Gesetz, System und Lehre im Lichte der Rechtsprechung*, Stämpfli, 2019, p. 40 et M. PIETH, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Helbing Lichtenhahn, 2^e édition, 2018, p. 27.

²¹⁶⁰ Voir introduction, n^o 36.

²¹⁶¹ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, op. cit., p. 88.

²¹⁶² M. R. HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips im Strassenverkehr und für das Fahrlässigkeitsdelikt*, thèse, Zurich, 1996, p. 93 et s.

sonne n'aurait pu s'y attendre»²¹⁶³. «Il résulterait inversement de cette règle que chacun serait obligé d'anticiper toutes les défaillances potentielles d'un tiers qui apparaissent dans une certaine mesure comme n'étant pas complètement insensées ou inhabituelles»²¹⁶⁴, ce qui aurait pour conséquence de rendre la conduite considérablement compliquée. «Si les carrefours devaient, par exemple, n'être traversés qu'à une allure permettant de s'arrêter à temps en cas de violation d'une règle de priorité, cela viendrait en contradiction avec le principe même de la priorité à droite»²¹⁶⁵.

C'est pour cela que «la prévisibilité du danger ne [suffit] pas à décrire les contours du risque autorisé»²¹⁶⁶ et que s'est développé, dans un premier temps pour ce domaine de la conduite, le fameux principe de confiance (*Vertrauensgrundsatz*).

Il a tout d'abord émergé «dans les pays de langue allemande»²¹⁶⁷ et s'est rapidement imposé dans la jurisprudence²¹⁶⁸ et la doctrine suisses comme un principe fondamental²¹⁶⁹ dans ce domaine car la circulation automobile doit s'exécuter dans un «climat de confiance réciproque»²¹⁷⁰. Ce principe peut être défini de la manière suivante: «chaque usager de la route qui se comporte lui-même conformément aux règles de la circulation peut, sauf circonstances particulières contraires, avoir confiance dans le fait que les autres usagers de la route se comporteront eux aussi de manière conforme à l'ordre juridique et qu'ils ne vont donc ni l'entraver ni le mettre en danger»²¹⁷¹. Il peut ainsi «légitimement s'attendre à ce que les autres participants au <jeu de la circulation> respectent

²¹⁶³ G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, op. cit.*, p. 510: «(...) einem derart unsinnigen Verhalten zuzuschreiben wäre, dass nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge damit schlechthin nicht hätte gerechnet werden müssen».

²¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 511: «Aus jener Regel ergäbe sich umgekehrt, dass der Einzelne verpflichtet wäre, mit jedem Fehlverhalten eines Dritten zu rechnen, das noch als einigermaßen voraussehbar, nicht geradezu als <unsinnig> oder doch ganz aussergewöhnlich erscheint».

²¹⁶⁵ S. MAEDER et M. A. NIGGLI, «Art. 12», *Basler Kommentar, Strafrecht I*, dirigé par M. A. NIGGLI et H. WIPRÄCHTIGER, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 4^e édition, 2019, p. 204: «*Dürften etwa Kreuzungen nur so schnell überfahren werden, dass man in nahezu jedem Fall einer Vorfahrtsverletzung noch rechtzeitig anhalten könnte, so stünde dies im Widerspruch zum Vorfahrtsrecht selbst*».

²¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 309: «[Indessen] kann auch hier nicht schon die Vorhersehbarkeit der Gefahr die Grenze des erlaubten Risiko bezeichnet (...)».

²¹⁶⁷ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels, op. cit.*, p. 89.

²¹⁶⁸ ATF 118 IV 280; ATF 120 IV 310 = JdT 1996 IV 96; ATF 125 IV 87 = JdT 1999 I 854. Dans ce sens, F. BURGNER, «La responsabilité pénale du chef d'entreprise: à l'ère de la gouvernance d'entreprise», *Revue pénale suisse*, tome 133, 2015, p. 393.

²¹⁶⁹ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels, op. cit.*, p. 89.

²¹⁷⁰ F. BURGNER, «La responsabilité pénale du chef d'entreprise: à l'ère de la gouvernance d'entreprise», *op. cit.*, p. 393.

²¹⁷¹ ATF 120 IV 252: «*darf jeder Strassenbenützer, der sich selbst verkehrsgemäss verhält, sofern nicht besondere Umstände dagegen sprechen, darauf vertrauen, dass sich die anderen Verkehrsteilnehmer ebenfalls ordnungsgemäss verhalten, ihn also nicht behindern oder gefährden*». Dans le même sens, voir également 120 IV 310; ATF 118 IV 277; ATF 104 IV 280; ATF 101 IV 240; ATF 97 IV 127, 243; ATF 98 IV 275 et ATF 99 IV 189.

(...) les règles de la circulation routière et la prescription générale de prudence»²¹⁷². «Cette attente doit [bien entendu] être adaptée à la qualité des participants en question; en particulier, la confiance accordée aux enfants et donc l'imprévisibilité d'un écart de conduite de leur part sont à atténuer»²¹⁷³. Ainsi donc, «l'usager de la route qui conduit de manière conforme à l'ordre juridique n'a pas à s'attendre [constamment] à ce que les autres se comportent d'une manière contraire aux règles de la route, sauf s'il voit clairement que c'est le cas»²¹⁷⁴. Un conducteur ne pourra par conséquent pas se voir imputer une imprévoyance pour ne pas avoir su éviter un autre automobiliste qui aura commis un manquement. L'usager non fautif continuera ainsi à demeurer dans le cadre du risque autorisé, quand bien même il serait lui-même impliqué dans l'accident.

En application de ce principe, il apparaît que, durant la période de cohabitation entre les véhicules autonomes et les véhicules traditionnels, les constructeurs de voitures autonomes pourront s'appuyer sur ce principe pour justifier le fait que leurs voitures n'ont pas à anticiper les erreurs commises par des conducteurs humains qui provoqueraient un accident²¹⁷⁵.

491. Extension

Peu à peu, le champ d'application du principe de confiance a été étendu en dehors de la circulation automobile²¹⁷⁶, jusqu'à devenir «un principe général qui doit valoir dans tous les domaines où les comportements de plusieurs personnes se recoupent dans la vie sociale, c'est-à-dire où l'on dépend de l'ajustement aux actions des autres»²¹⁷⁷. Le principe trouve une application toute particulière dans le domaine médical, dans lequel les activités se réalisent aujourd'hui très souvent dans le cadre d'une logique de division du travail²¹⁷⁸. Le principe se décline de deux manières, selon qu'il est appliqué à une situation de division du travail *horizontale* ou bien *verticale*.

²¹⁷² R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, op. cit., p. 89.

²¹⁷³ *Ibid.* Voir également M. R. HEIERLI, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips im Strassenverkehr und für das Fahrlässigkeitsdelikt*, thèse, Zurich, 1996, p. 139 et s.

²¹⁷⁴ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 225: «[Er besagt, daß] der ordnungsgemäß fahrende Verkehrsteilnehmer auch nicht mit dem verkehrswidrigen Verhalten anderer zu rechnen braucht, solange es für ihn nicht deutlich ersichtlich ist».

²¹⁷⁵ Pour une application de ce principe en matière de robots intelligents en matière médicale, voir J. CHAN LOK YIN, «Machine learning in medical diagnostics – inadequacy of existing legal regimes», Jusletter-IT, 2019.

²¹⁷⁶ Pour une formulation générale du principe de confiance qui couvre tous les champs d'activité, voir J. HURTADO POZO et T. GODEL, *Droit pénal général*, Schulthess, 3^e édition, 2019, p. 372, qui énonce que «tout participant à une activité comportant un risque (conduire, voler, naviguer, activités sportives, etc.) peut attendre des autres qu'ils respectent les règles en vigueur».

²¹⁷⁷ G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, op. cit., p. 511: «(...) dass es sich um ein allgemeines Prinzip handelt, das überall dort gelten muss, wo sich das Verhalten mehrerer Personen im sozialen Leben überschneidet, wo man also darauf angewiesen ist, sich auf das Handeln anderer einzustellen».

²¹⁷⁸ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, op. cit., p. 91.

492. Division horizontale

La division du travail est horizontale «lorsque le travail est réparti entre divers spécialistes complémentaires ou, plus rarement, entre médecin établi en ville et médecin exerçant dans un cadre hospitalier»²¹⁷⁹. Chaque acteur peut alors «légitimement s'attendre à ce que son confrère [respecte] ses devoirs, tant qu'aucune circonstance [particulière] ne laisse présumer le contraire»²¹⁸⁰. Lorsque le chirurgien collabore avec l'anesthésiste, chacun est responsable de la partie de l'intervention qui ressort de sa spécialité et peut donc légitimement s'attendre à ce que son confrère applique correctement toutes les règles de l'art et respecte le devoir général de prudence dans l'accomplissement de sa charge²¹⁸¹. La question demeure dans ce cas particulier de savoir comment s'applique le principe de confiance puisque cette phase nécessite une synergie entre deux spécialistes. Pour ce cas précis, le Professeur ROBERT ROTH considère que la responsabilité du chirurgien prend fin à la sortie de la salle d'opération. Durant la phase de réveil, il en va donc de la responsabilité de l'anesthésiste. Plus encore, durant «l'opération elle-même (...), c'est sous le contrôle et la responsabilité de l'anesthésiste que le chirurgien procède à des actes relevant de la spécialité de celui-ci»²¹⁸². Est ainsi instituée une répartition des tâches fondée sur la confiance, à savoir une présomption de pratique correcte, digne de confiance, de sa spécialité par chacune des parties, l'autre partie n'ayant pas à rechercher un manque de diligence chez son confrère pour se conformer à son propre devoir de prudence. Le principe de confiance constitue ainsi une limite indispensable au devoir de surveillance du patient²¹⁸³.

493. Division verticale

A contrario, la division est dite verticale en cas de répartition du travail s'effectuant dans un contexte hiérarchisé²¹⁸⁴, soit en raison d'un niveau de formation inégal entre les praticiens (le médecin titulaire et l'interne ou encore le chirurgien et le personnel auxiliaire), soit en raison d'un statut administratif supérieur (chef de service)²¹⁸⁵. Dans un cas comme dans l'autre, la personne occupant la position la plus élevée hiérarchiquement se voit imposer, au titre de son obligation de prévoyance, d'une part des obligations primaires, qui sont directement liées à sa pratique personnelle de la médecine et correspondent à ses devoirs classiques, et d'autre part des obligations secondaires, lorsqu'elle effectue une délégation²¹⁸⁶. Dans cette dernière hypothèse, le

²¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 92.

²¹⁸⁰ F. BURGNER, «La responsabilité pénale du chef d'entreprise: à l'ère de la gouvernance d'entreprise», *op. cit.*, p. 393.

²¹⁸¹ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, *op. cit.*, p. 92.

²¹⁸² *Ibid.*

²¹⁸³ F. BURGNER, «La responsabilité pénale du chef d'entreprise: à l'ère de la gouvernance d'entreprise», *op. cit.*, p. 393.

²¹⁸⁴ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, *op. cit.*, p. 92.

²¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 93.

²¹⁸⁶ *Ibid.*

médecin qui délègue certaines tâches est en droit de faire légitimement confiance au délégataire, à condition de ne pas commettre, au cours de cette délégation, une « imprévoyance pénale secondaire [dans] le choix, la surveillance, la formation et l'information » du délégataire²¹⁸⁷. A cet égard, la doctrine identifie classiquement trois types d'obligation secondaire²¹⁸⁸ : la *cura in eligendo*, caractérisée lorsque le délégant s'est assuré que les délégataires « disposent des connaissances et des qualités nécessaires pour la bonne exécution de la tâche confiée »²¹⁸⁹ ; la *cura in instruendo*, constituée lorsque le délégataire a été précisément instruit sur tout ce qui devait lui permettre d'effectuer le travail attendu de sa part²¹⁹⁰ ; et enfin la *cura in custodiendo*, dans laquelle le délégant a contrôlé « de manière appropriée et raisonnable que le délégataire [effectuait] ses tâches de manière conforme » et est immédiatement intervenu lorsqu'il a réalisé que ce dernier manquait à ses devoirs²¹⁹¹. « L'intensité du contrôle du subordonné par son supérieur ne dépend pas uniquement du risque en lien avec l'activité précise du délégataire, mais également de la confiance acquise par ce dernier avec le temps grâce à ses actes »²¹⁹².

Le principe de confiance permet dans cette hypothèse de limiter la responsabilité du supérieur hiérarchique pour imprévoyance personnelle du fait des actes de son subordonné dès lors qu'il a mis en œuvre les trois obligations secondaires permettant de minimiser le risque inhérent à une telle délégation²¹⁹³. Lorsque ces conditions sont respectées, le délégant agit dans le cadre du risque autorisé. Cette solution permet de prendre en compte l'« impératif socio-économique »²¹⁹⁴ que représente la division du travail en admettant « la part des risques que comporte nécessairement, pour l'acteur le plus compétent, la délégation ou le partage du travail avec moins compétent [ou expérimenté] que lui »²¹⁹⁵.

494. Synthèse sur le principe de confiance

Le principe de confiance (*Vertrauensgrundsatz*) permet d'évaluer le risque général du point de vue de l'imprévisibilité des actes d'autrui en cas de pluralité d'agents qui agissent dans une même sphère d'activité. Le manque de diligence des uns ne saurait ainsi caractériser l'imprévoyance des autres en dehors de circonstances particulières.

²¹⁸⁷ *Ibid.*

²¹⁸⁸ Dans ce sens, voir L. MOREILLON, *L'infraction par omission, étude des infractions à la vie et à l'intégrité corporelle en droit anglais, français, allemand et suisse*, Librairie Droz, 1993, p. 154 et R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, *op. cit.*, p. 92.

²¹⁸⁹ F. BURGNER, « La responsabilité pénale du chef d'entreprise : à l'ère de la gouvernance d'entreprise », *op. cit.*, p. 391.

²¹⁹⁰ *Ibid.*

²¹⁹¹ *Ibid.*, p. 392.

²¹⁹² *Ibid.*, p. 393.

²¹⁹³ *Ibid.*

²¹⁹⁴ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, *op. cit.*, p. 94.

²¹⁹⁵ *Ibid.*

Ce principe permet d'empêcher une diffusion de la responsabilité au sein du groupe, en évitant de reprocher une imprévoyance aux uns pour ne pas avoir anticipé les insuffisances des autres. Cependant, le risque général ne saurait être limité à l'anticipation de l'action d'autrui et peut également provenir d'une multitude de facteurs. Pour appréhender le risque général de manière intégrale, il convient dès lors de s'intéresser également au point de vue de l'agent afin de vérifier s'il a exclu tout risque spécial lié à son activité.

2 L'exclusion du risque spécial

495. Risque général et risque spécial

Même si le reproche de négligence est fondé sur la notion d'imprévoyance²¹⁹⁶, il faut prendre en considération le fait que « devant la multitude des dangers de la vie sociale d'aujourd'hui, l'agent ne peut pas prévoir tous les dommages potentiels imaginables et décider d'agir ou non en fonction de l'évaluation de la probabilité de leur réalisation »²¹⁹⁷. Sur la base de ce constat, la théorie du risque autorisé permet une limitation de la responsabilité pénale pour négligence, en opérant une distinction selon que le résultat était prévisible à titre général ou spécial, seul le résultat prévisible à titre général pouvant relever du risque autorisé.

La prévisibilité générale du résultat correspond au risque qui est abstraitement induit par la mise en œuvre de l'activité elle-même. On parlera de risque général²¹⁹⁸. A l'inverse, la prévisibilité est spéciale lorsqu'une connaissance particulière (*Sonderwissen*)²¹⁹⁹ existait quant à l'existence d'un risque spécifique dans la situation. On parlera alors de risque spécial. Ainsi, c'est l'existence d'une connaissance particulière qui transforme le risque général en risque spécial²²⁰⁰. Si l'agent prend un risque malgré cette connaissance, cette prise de risque lui sera nécessairement reprochée, puisqu'il n'aura pas adapté son action de manière à éviter la réalisation du risque ni ne l'aura suspendue lorsque c'était l'unique solution pour éviter ce risque, pour un temps ou définitivement.

En effet, celui qui peut prévoir que son action risque de porter atteinte de manière concrète à des biens juridiques, tels que la vie ou l'intégrité physique, doit s'en abste-

²¹⁹⁶ Art. 12 al. 3 CPS.

²¹⁹⁷ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 241 : « Bei den vielfältigen Schädigungsmöglichkeiten des heutigen sozialen Lebens wird und kann der Tätige sich nicht eine unbestimmte Anzahl einzelner möglicher Verletzungen vorstellen und je nach der Beurteilung der Wahrscheinlichkeit ihres Eintrittes handeln oder nicht handeln ».

²¹⁹⁸ V. LAUBE, « Der schmale Grat der Fahrlässigkeit – Einige Überlegungen zum Jungfrau-Drama », *Jusletter*, 16 novembre 2009, réf. 11.

²¹⁹⁹ N. ZURKINDEN, « Strafrecht und selbstfahrende Autos », op. cit., p. 154.

²²⁰⁰ *Ibid.*, p. 153.

nir²²⁰¹. A défaut, la réalisation du risque devient la manifestation de l'imprévoyance coupable de l'auteur au sens de l'article 12 alinéa 3 du Code pénal suisse et ne peut plus être couverte par le risque autorisé²²⁰².

496. Application dans les domaines soumis à une autorisation administrative

Cette distinction est d'autant plus parlante qu'elle s'applique aux activités qui nécessitent une autorisation de police ou une autorisation exceptionnelle. C'est justement parce que ces activités comportent un risque général élevé qu'elles ne peuvent être entreprises qu'à condition que l'administration autorise ce risque, en raison du bénéfice escompté. A travers cette autorisation, l'administration admet l'existence d'un risque général, qui ne pourra pas être reproché à l'agent. Il n'est en effet pas possible de reprocher à un individu d'avoir fait courir un risque à autrui lorsque ce risque n'est finalement rien d'autre que le risque général lié à l'activité elle-même et en raison duquel une autorisation était nécessaire pour son exercice – exploitation d'une usine ou d'une carrière, exercice de la médecine, participation à la circulation routière ou expérimentation d'une voiture autonome par exemple. Ce risque général ne pourrait être éradiqué qu'en cessant définitivement l'exercice de l'activité elle-même, ce que le législateur n'a justement pas jugé nécessaire, en raison de l'utilité de cette activité.

Dans cette hypothèse, la répression pénale peut être «exclue dans le cadre du risque autorisé lorsque le risque de la survenance du résultat est seulement prévisible à titre général»²²⁰³. Le titulaire de l'autorisation doit donc rester dans le cadre de ce risque général et ne doit pas créer un risque spécial.

497. Domaines soumis à une autorisation de police (1)

La participation à la circulation routière est soumise à une autorisation de police. Cette autorisation permet au conducteur de prendre le risque général de la conduite, tel qu'encadré par les règles de circulation. L'automobiliste qui conduit sur une route à la vitesse maximale autorisée sait, d'une manière générale, qu'un événement inattendu peut survenir à tout moment sur la route et qu'il n'aura pas nécessairement le temps de réagir. Deux hypothèses permettent d'illustrer ce risque général de la conduite du fait de la vitesse.

La première est donnée par le Professeur MARTIN SCHUBARTH, qui relève qu'une majorité de conducteurs conduit de nuit avec les seuls feux de croisement à une vitesse trop élevée pour être en mesure de s'arrêter à temps en cas d'obstacle. En effet, «avec des feux de croisement, quand aucune autre source d'éclairage n'est présente, la

²²⁰¹ S. GLESS, E. SILVERMAN et T. WEIGEND, «If robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability», *op. cit.*, p. 15.

²²⁰² J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, p. 31.

²²⁰³ N. ZURKINDEN, «Strafrecht und selbstfahrende Autos», *op. cit.*, p. 153: «(...) ist aber im Rahmen eines erlaubten Risikos dann ausgeschlossen, wenn das Risiko eines Erfolgsintritts nur generell vorhersehbar ist».

visibilité s'étend à 50 mètres, de telle sorte que, dans des conditions optimales et selon la capacité de freinage du véhicule, la vitesse devrait être située au maximum entre 60 km/h et 80 km/h»²²⁰⁴. En réalité, au-delà de cette vitesse, un obstacle sur la route ne saurait être évité par le conducteur.

La seconde est proposée par NADINE ZURKINDEN, qui considère l'hypothèse dans laquelle un enfant, pas spécialement distrait, marcherait tranquillement le long d'un trottoir avant de surgir subitement sur la chaussée²²⁰⁵ et de se faire renverser.

Dans ces deux hypothèses, «il ne peut pas être attendu de la part du conducteur qu'il diminue sa vitesse de telle sorte que tous les accidents, dans toutes les circonstances, soient évités, simplement en raison de la possibilité abstraite, qu'un [individu ou un obstacle], qu'il n'a pas vu ou qu'il n'a pas pu voir, puisse surgir sur la route»²²⁰⁶. «A défaut, un trafic raisonnable avec des engins motorisés serait en pratique impossible dans les zones habitées comme dans celles non dégagées»²²⁰⁷. Chacun devrait alors tellement abaisser sa vitesse que cela paralyserait complètement la circulation²²⁰⁸. C'est pour cette raison que, si un accident se produit alors que le conducteur roulait diligemment à la vitesse maximale autorisée, le résultat ne pourra pas lui être imputé sur le fondement de sa vitesse car il s'agit d'un risque général de la conduite qui entre dans le cadre du risque autorisé²²⁰⁹.

Il en va différemment si le conducteur habite le quartier et sait qu'à tel endroit se trouve par exemple une sortie d'école ou de boîte de nuit et qu'à telle ou telle heure, des individus y traversent la route de manière imprudente ou alcoolisée. Le conducteur ne peut alors plus légitimement continuer de rouler à la vitesse maximale autorisée mais doit au contraire modérer son allure pour parer à l'éventualité concrète de voir se réaliser le risque qu'une personne traverse soudainement la chaussée. En raison de cette connaissance spéciale, s'il continue à rouler à la vitesse maximale autorisée, le conducteur ne pourra alors plus invoquer le risque autorisé pour sa défense en

²²⁰⁴ M. SCHUBARTH, «Gedanken zur Risikogesellschaft und zum Recht auf Leben im Straßenverkehr», *Strassenverkehr*, 2011, n° 2, p. 8: «*beim Fahren mit Ablendlicht, wenn nicht weitere Lichtquellen vorhanden sind, die Sichtweite rund 50 m, so dass bei günstigsten Verhältnissen je nach Bremsverzögerung des eigenen Fahrzeuges höchstens mit 60 bis 80 km/h gefahren werden dürfte*».

²²⁰⁵ N. ZURKINDEN, «Strafrecht und selbstfahrende Autos», *op. cit.*, p. 147.

²²⁰⁶ *Ibid.*: «*[Denn] dem Motorfahrzeugführer kann nicht zugemutet werden, bloss wegen der entfernten Möglichkeit, dass ein Kind, das er nicht sieht und nicht sehen kann, [unbedacht] in die Fahrbahn laufen oder fahren könnte, die Geschwindigkeit so stark herabzusetzen, dass Unfälle unter allen Umständen vermieden werden*».

²²⁰⁷ *Ibid.*: «*Ein vernünftiger Verkehr mit Motorfahrzeugen wäre sonst praktisch in besiedeltem oder sonst wie unübersichtlichem Gebiete überhaupt unmöglich*».

²²⁰⁸ *Ibid.*

²²⁰⁹ *Ibid.*, p. 153.

cas d'accident, en alléguant le fait que le danger n'était pas identifiable pour un non-initié²²¹⁰.

Ce risque général de la conduite existe également en raison des manœuvres de la conduite. Lorsqu'un automobiliste effectue le dépassement d'un cycliste le long d'une route cantonale, il doit respecter une distance latérale de sécurité raisonnable lui permettant de ne pas mettre le cycliste en danger²²¹¹. Cependant, alors que l'automobiliste effectue régulièrement sa manœuvre de dépassement, il demeure un risque, propre à tout dépassement, que le cycliste fasse soudainement un écart et soit renversé par l'automobiliste. Il s'agit à nouveau d'un risque général. Même s'il se réalise, il n'excédera pas la mesure autorisée. Il ne sera pas possible de reprocher au conducteur de ne pas avoir prévu une plus grande distance de sécurité avec le cycliste. En revanche, si l'ivresse du cycliste est manifeste, l'automobiliste ne pourra le dépasser qu'en laissant une distance de sécurité plus grande que d'habitude. Cette connaissance particulière l'oblige à adapter son comportement pour rester dans le cadre du risque autorisé²²¹².

Cette distinction entre prévisibilité générale et spéciale peut être étendue à tous les domaines nécessitant une autorisation de police : en génie civil, le constructeur d'un tunnel peut avoir une connaissance particulière d'un danger pour les ouvriers ; de même en matière de fabrication industrielle, le fabricant peut avoir connaissance de l'existence, sur une série de son produit, d'une défaillance particulière qui, dans certaines circonstances d'utilisation, met concrètement en danger l'utilisateur²²¹³. Pour rester dans le cadre du risque autorisé, l'agent devra éliminer ce risque spécial en suspendant le chantier le temps nécessaire pour le sécuriser ou en rappelant les produits concernés par le défaut.

498. Domaines soumis à une autorisation exceptionnelle (2)

Le même raisonnement peut être tenu dans les situations dans lesquelles le risque découle d'une activité qui est permise à raison d'une autorisation administrative exceptionnelle. «L'autorisation crée la sécurité juridique et a *a priori* un effet de légalisation, de telle sorte que, en principe, celui qui agit sur le fondement d'une autorisation ne commet pas d'infraction pénale»²²¹⁴. L'action ne fait courir qu'un risque général, qui est accepté par le législateur et rentre dans le champ du risque autorisé. Toutefois,

²²¹⁰ *Ibid.*, p. 154.

²²¹¹ Art. 35 al. 3 LCR : « celui qui dépasse doit avoir particulièrement égard aux autres usagers de la route, notamment à ceux qu'il veut dépasser ».

²²¹² N. ZURKINDEN, « Strafrecht und selbstfahrende Autos », *op. cit.*, p. 153.

²²¹³ *Ibid.*, p. 146.

²²¹⁴ *Ibid.*, p. 149 : « Die Bewilligung schafft Rechtssicherheit und hat grundsätzlich Legalisierungswirkung, sodass sich grundsätzlich nicht strafbar macht, wer aufgrund einer Bewilligung handelt ».

cette autorisation ne donne pas un blanc-seing à son titulaire, ce dernier devant continuer à adapter son comportement, au-delà des exigences requises par l'administration, dès lors qu'il a connaissance de l'existence d'un risque spécial. A défaut, le titulaire de l'autorisation sort à nouveau du cadre du risque autorisé.

HEINE et PHILIPP TRUNIGER²²¹⁵ illustrent cette hypothèse avec l'exemple de l'organisation d'un concert. Si l'organisateur d'un concert est administrativement autorisé à monter entre 93 et 100 décibels, il peut légitimement croire qu'il agit conformément au droit s'il respecte les conditions de l'autorisation. Si, en raison du volume du concert, un spectateur souffre d'une perte d'audition, l'organisateur ne pourra pas se voir reprocher pénalement une atteinte corporelle car il s'agira alors simplement de la réalisation du risque autorisé, tel que prévu par l'autorisation exceptionnelle. Cependant, l'autorisation de ce risque n'est pas absolue: si l'organisateur a connaissance d'une source de danger particulier qui pourrait porter atteinte à un bien juridique concret, il doit ajuster les conditions dans lesquelles se déroule le concert. S'il reçoit par exemple des avertissements sérieux du public sur d'éventuelles lésions auditives, il devra adapter différemment le matériel de sonorisation du concert²²¹⁶. Si, en dépit de cette connaissance particulière, il s'obstine à maintenir la puissance sonore au niveau maximal autorisé par l'administration et que le risque se réalise, l'organisateur sera alors sorti du cadre du risque autorisé et aura commis une imprévoyance coupable. Il devra alors répondre pénalement des pertes d'audition.

De même, dans notre cas relatif à l'exploitation d'une carrière de granulats, la quantité d'explosif utilisée pour le tir de mine ne pourra entrer dans le cadre du risque autorisé que si le chef de tir n'avait ou ne pouvait avoir aucune connaissance particulière de l'existence d'une faille argileuse. Ainsi, si la première série de tirs avait mis en évidence l'existence d'argile sur ce front de taille, il s'agirait alors d'un risque spécial qui exigeait que la manipulation soit adaptée à cette connaissance. A l'inverse, si l'observation des sols et les connaissances géologiques ne permettaient pas de prévoir l'existence d'une telle faille, laquelle reste toujours possible à titre exceptionnel, alors il ne s'agissait que d'un risque général lié à l'exploitation.

499. Cas particulier de l'expérimentation des voitures autonomes (3)

La prévisibilité du risque revêt une difficulté particulière en présence d'une technologie qui recourt à l'intelligence artificielle, comme c'est le cas pour les voitures autonomes.

²²¹⁵ G. HEINE et P. TRUNIGER, «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Konzertveranstalters», *Revue pénale suisse*, tome 128, 2010, p.94 dont la pensée est résumée chez N. ZURKINDEN, «Strafrecht und selbstfahrende Autos», *op. cit.*, p. 150.

²²¹⁶ G. HEINE et P. TRUNIGER, «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Konzertveranstalters», *op. cit.*, p. 96, résumé chez N. ZURKINDEN, «Strafrecht und selbstfahrende Autos», *op. cit.*, p. 154.

Lorsqu'une voiture autonome conduit sur les routes, elle exploite de manière autonome les informations collectées par les capteurs à partir de l'environnement dans lequel elle évolue et les interprète de manière à adapter son comportement sans aucune interférence humaine²²¹⁷. Toutefois, malgré le soin apporté tout au long de sa conception, il reste très difficile d'anticiper avec certitude la façon dont une telle voiture va relier «les différentes opérations de traitement des données»²²¹⁸ et réagir face aux situations qu'elle rencontre. Pour illustrer cette difficulté, le Professeur WOLFGANG WOHLERS²²¹⁹ prend l'exemple d'une situation de circulation banale sur une autoroute à trois voies : une voiture autonome roule sur la voie de droite et souhaite dépasser un véhicule qui roule trop lentement sur la voie du milieu. Au même moment, un véhicule roulant à plus vive allure arrive sur la voie de gauche et cherche à se rabattre sur la voie du milieu. Ici, il n'existe aucune règle de priorité particulière et c'est normalement la courtoisie et le devoir général de prudence qui permettent aux conducteurs de gérer une telle situation. Dans ce cas de figure, tant que la voiture autonome n'a pas été confrontée à cette situation particulière, il est bien difficile de prévoir de manière précise la façon dont elle va réagir²²²⁰.

La prévisibilité du comportement est d'autant plus difficile que, au fil des trajets, la voiture autonome apprend de manière autodidacte, à partir des données qu'elle collecte et partage avec les autres véhicules autonomes²²²¹. Elle optimise ainsi ses connaissances par un apprentissage issu de l'expérience, qui lui permet de tirer ses propres conclusions en réaction à des situations de conduite qui n'avaient pas été prévues initialement²²²². Il s'agit en effet d'un système, dans lequel les règles de prise de décision préétablies sont forcément lacunaires, puisque toutes les situations de circulation de la vie réelle ne sauraient être anticipées. Le système est alors amené, au cours de son fonctionnement, à apprendre par lui-même de manière empirique, sur la base de son algorithme. C'est donc au système lui-même qu'il revient de s'ajuster dans ces situations²²²³. Dès lors, même si l'homme derrière la machine vérifie les réactions de l'intelligence artificielle, il ne pourra bien souvent ni prévoir l'ensemble des éléments que le robot prend en compte ni anticiper de manière certaine ce que le robot va décider dans une situation nouvelle²²²⁴. Lors-

²²¹⁷ S. GLESS et T. WEIGEND, «Intelligente Agenten und das Strafrecht», *op. cit.*, p. 581.

²²¹⁸ *Ibid.*, p. 564 : «durch die Verknüpfung der unterschiedlichen Datenverarbeitungsvorgänge».

²²¹⁹ W. WOHLERS, «Individualverkehr im 21. Jahrhundert: das Strafrecht vor neuen Herausforderungen», *Basler Juristische Mitteilungen*, N° 3, 2016, p. 130.

²²²⁰ N. ZURKINDEN, «Strafrecht und selbstfahrende Autos», *op. cit.*, p. 151.

²²²¹ S. GLESS, E. SILVERMAN et T. WEIGEND, «If robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability», *op. cit.*, p. 2.

²²²² S. GLESS et T. WEIGEND, «Intelligente Agenten und das Strafrecht», *op. cit.*, p. 4.

²²²³ *Ibid.*, p. 21.

²²²⁴ *Ibid.* Pour des auteurs qui parlent d'une «imprévisibilité prévisible» («vorhersehbare Unvorhersehbarkeit»), voir S. GLESS et W. WOHLERS, «Strafrechtliche Verantwortlichkeit für «smarte» Produkte», *Revue pénale suisse*, tome 137, 2019, p. 374.

qu'il interviendra, il sera généralement trop tard et le contrôle ne pourra se faire que pour l'avenir. C'est donc une véritable dose d'imprédictibilité qui est intégrée à la programmation des systèmes d'apprentissage autonome et cela induit nécessairement un risque pour les tiers²²²⁵.

A partir de ce constat, deux écueils doivent être évités²²²⁶. On ne pourra, d'une part, pas admettre la position laxiste qui consisterait à dire qu'aucune négligence ne peut être retenue puisque le dommage provoqué par la machine grâce à son propre traitement des informations n'est pas prévisible. En effet, cette solution reviendrait à laisser impuni celui qui met ou conserve sur le marché un robot dont la maîtrise n'est pas encore suffisamment aboutie, ce qui n'est pas acceptable. On ne pourra, d'autre part, pas davantage accepter une position trop sévère, consistant par exemple à considérer que celui qui exploite l'agent intelligent doit prévoir toute éventualité et engage automatiquement sa responsabilité pénale en cas de dommage, ce qui conduirait à se positionner contre l'innovation.

C'est pour cela que plusieurs auteurs, à l'instar de NADINE ZURKINDEN, proposent d'étendre la distinction entre prévisibilité générale et prévisibilité spéciale du résultat au risque lié à l'introduction de voitures intelligentes. L'auteure argue du fait qu'il existe un risque général dans la mise en circulation d'une voiture autonome car le détenteur de l'autorisation (*Bewilligungsinhaber*), de même que l'utilisateur lorsqu'il doit surveiller la conduite du véhicule (*Begleitperson*), sait d'une manière générale qu'une voiture-robot peut se comporter de manière inattendue²²²⁷. «Cependant, même les autorités qui ont délivré l'autorisation d'essai de conduite avec des voitures robotisées pouvaient prévoir toutes les conséquences dommageables imaginables, exactement de la même manière [que les bénéficiaires de l'autorisation]. S'il n'existe donc aucune connaissance particulière, ni de la part de l'utilisateur (*Begleitperson*) ni de celle du détenteur de l'autorisation (*Bewilligungsinhaber*), alors ni pour l'un ni pour l'autre le risque autorisé sous condition n'est devenu un risque interdit»²²²⁸. Il reste un risque général intrinsèque à l'essai de tels véhicules.

²²²⁵ N. ZURKINDEN, «Strafrecht und selbstfahrende Autos», *op. cit.*, p.154et S. GLESS et T. WEIGEND, «Intelligente Agenten und das Strafrecht», *op. cit.*, p. 21.

²²²⁶ S. GLESS et T. WEIGEND, «Intelligente Agenten und das Strafrecht», *op. cit.*, p. 21et S. GLESS et R. JANAL, «Hochautomatisiertes und autonomes Autofahren – Risiko und rechtliche Verantwortung», *op. cit.*, p. 564.

²²²⁷ N. ZURKINDEN, «Strafrecht und selbstfahrende Autos», *op. cit.*, p. 154.

²²²⁸ *Ibid.*: «Aber auch die Behörde, die die Bewilligung für Testfahrten mit Roboterautos erteilt hat, könnte alle denkbaren Schadensfolgen im genau gleichen Maß voraussehen. Es lag mithin weder ein Sonderwissen der Begleitperson noch ein Sonderwissen des Bewilligungsinhabers vor, sodass weder für die eine noch für den anderen das bedingt erlaubte Risiko zu einem verbotenen geworden ist».

Le risque sort en revanche du cadre autorisé dès lors qu'une information particulière portée à la connaissance de l'agent lui permet, au moment des faits, de reconnaître une mise en danger concrète²²²⁹. «Celui qui a connaissance d'une source de danger pouvant porter atteinte à un bien juridique se rend punissable lorsqu'il fait malgré tout usage formel de son autorisation»²²³⁰. C'est une limitation qui est ici apportée aux effets de l'autorisation: dès lors que l'agent a connaissance d'une défaillance particulière de la voiture autonome, il doit être mis fin au test de conduite sur voie publique, afin que le défaut puisse être corrigé.

500. Exemple des bornes d'îlots (4)

NADINE ZURKINDEN²²³¹ illustre son propos en prenant un exemple très proche du quatrième cas que nous avons présenté en tête de ce titre, dans lequel elle s'intéresse à la façon dont la voiture autonome traite les «bornes d'îlots» (*Inselpfosten*). Il s'agit de panneaux de signalisation en Suisse qui présentent la particularité d'être portés par des poteaux épais à rayures alternées jaunes et noires. Une voiture autonome de niveau quatre, c'est-à-dire pouvant prendre en charge tous les aspects de la conduite²²³², s'approche d'une de ces balises. Croyant détecter un enfant en raison de l'important diamètre de ces balises, elle réduit alors fortement sa vitesse jusqu'à s'arrêter à la hauteur du plot pour ne pas renverser ce qu'elle a identifié comme étant un enfant. Cette erreur interrompant inutilement le trafic, les concepteurs du logiciel de la voiture autonome corrigent le défaut, en indiquant à l'autopilote que ces balises ne sont pas des enfants et que le véhicule ne doit plus s'arrêter dans le futur lorsqu'il les rencontre. La nouvelle version du logiciel est ensuite testée sur des circuits non publics, avant d'être remise en circulation. Très vite, la voiture arrive à la hauteur d'un enfant avec un pull à capuche rayé violet et vert, qui attend sur le bas-côté. Elle analyse cet enfant immobile en une balise et poursuit tranquillement sa trajectoire. Malheureusement, l'enfant déboule brusquement sur la chaussée et se fait renverser par le véhicule.

Pour déterminer si le détenteur de l'autorisation (*Bewilligungsinhaber*) doit être tenu pour responsable, il faut, selon cette auteure, déterminer si le risque qui s'est réalisé était prévisible à titre spécial ou général. Ici, aucune information particulière ne permettait au constructeur de déceler de faille dans le système intelligent puisque rien ne l'avait fait apparaître durant la batterie de tests que le constructeur a effectuée en circuit fermé. C'est un concours de mauvaises circonstances qui a conduit l'intelligence

²²²⁹ L. KUHLEN, «Sorgfaltspflichten beim Inverkehrbringen autonomer Fahrzeuge», *Revue pénale suisse*, tome 137, 2019, p. 369.

²²³⁰ N. ZURKINDEN, «Strafrecht und selbstfahrende Autos», *op. cit.*, p. 153: «Wer rechtsgutsverletzende Gefahrenquellen erkennt, macht sich strafbar, wenn er trotzdem formal von (...) seiner Bewilligung Gebrauch macht».

²²³¹ *Ibid.*, p. 151 et s.

²²³² Pour une explication des différents niveaux d'autonomisation selon la classification *SAE international*, voir l'ANNEXE.

artificielle à effectuer une assimilation fallacieuse, à savoir la position immobile de l'enfant, sa taille moyenne, son positionnement en bordure de route, le vêtement qui couvrirait sa tête d'une capuche et les motifs à rayure. Cette défaillance correspond à un risque général lié à l'expérimentation des voitures intelligentes car aucune connaissance particulière n'a permis au constructeur d'anticiper la réalisation du risque. Interdire la prise d'un tel risque général reviendrait tout simplement à interdire le développement des voitures autonomes. Il en irait probablement différemment si, après quelques semaines de mise en circulation de la voiture, le constructeur avait été informé de dysfonctionnements de son produit à l'approche de piétons portant un certain motif ou un certain coloris de vêtements. Il aurait alors accédé à une connaissance particulière du risque, qui l'aurait obligé, au titre de son devoir de surveillance, à rapeler les modèles concernés afin d'écarter le risque spécial avant qu'il ne se réalise²²³³.

Il conviendra vraisemblablement de raisonner de la même manière dans notre quatrième cas, dans lequel une voiture autonome renverse un cycliste en prenant le *K-way* porté par celui-ci pour un simple sac plastique. Dès lors que l'homme derrière la machine a respecté toutes les conditions de mise en circulation, il ne pourra s'agir que d'un risque général inhérent à l'expérimentation et au développement des voitures autonomes²²³⁴.

501. Faute par acceptation

Certains auteurs, enfin, ont vu les éléments d'une faute par acceptation (*Übernahmeverschulden*)²²³⁵ dans l'imprédictibilité de la conduite d'une voiture autonome. L'argument consiste à dire que le constructeur ou l'utilisateur n'a pas les compétences suffisantes pour s'assurer que la conduite se passera convenablement. Il sait ou devrait savoir qu'à partir du moment où la voiture conduit en autopilote, il ne peut plus contrôler suffisamment le cours des événements ou prévenir un dommage et dépasse ainsi de manière prévisible le risque dont il a la maîtrise²²³⁶.

Suivre ce raisonnement reviendrait à détourner la notion de faute par acceptation de son véritable sens, puisqu'elle concerne les cas dans lesquels la prise en charge d'une action dangereuse nécessite des connaissances, des compétences ou une organisation particulière afin que le risque soit diminué le plus possible²²³⁷. Dans ce sens, la tâche est parfaitement faisable en soi mais la personne, en raison de ses circonstances per-

²²³³ S. GLESS et T. WEIGEND, «Intelligente Agenten und das Strafrecht», *op. cit.*, p. 585.

²²³⁴ Dans ce sens, A. SCHORRO, «Autonomes Fahren – erweiterte strafrechtliche Verantwortlichkeit des Fahrzughalters?», *Revue pénale suisse*, Stämpfli, 2017, p. 81 et s.

²²³⁵ Voir 1^{re} partie, titre 2, chapitre 1, section 2, I: «L'appréciation de l'imprévoyance en droit suisse», n° 216.

²²³⁶ S. GLESS, «Strafrechtliche Produkthaftung», *recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, vol. 31-2, 2013, p. 236.

²²³⁷ *Ibid.*, p. 237.

sonnelles, n'est pas à même de la remplir et l'entreprend quand même. La faute par acceptation n'a donc pas pour but de faire peser sur une personne la mission de superviser une activité risquée dont la parfaite surveillance est en réalité impossible²²³⁸, comme en matière de conduite autonome. Ici, le constructeur ne s'est pas livré à une action dangereuse en se surestimant lui-même ou en sous-estimant l'ampleur de la tâche. Il n'est pas allé au-delà de ses compétences personnelles mais a au contraire, grâce à ses compétences, pris en pleine conscience le risque autorisé par l'autorisation exceptionnelle, mobilisant toutes ses forces pour faire face à l'ampleur du défi à relever. Par sa diligence, il a fait en sorte que seul persiste le risque général inhérent au développement de la voiture autonome.

Il apparaît donc que seul le risque général lié à l'activité saurait être accepté par le juge pénal. Cette condition n'est toutefois pas suffisante, puisque l'agent doit en outre prendre toutes les mesures raisonnablement envisageables pour diminuer ce risque général.

B La diminution du risque

502. Moyens de la diminution

Quel que soit le domaine concerné, lorsqu'un agent entreprend une action à risque, il doit s'assurer de réduire autant que possible le risque général pour pouvoir demeurer dans le cadre du risque autorisé. Un risque ne peut ainsi pas être considéré comme autorisé s'il était possible de mettre en place un autre comportement (*anders Handelnkönnen*)²²³⁹ qui aurait fait courir un risque moindre tout en parvenant à un résultat tout aussi satisfaisant. REHBERG résume cette idée de la manière suivante: «celui qui agit est tenu d'abaisser le risque de causer une atteinte à un bien juridique à un minimum tel que, s'il se réalise, ce risque ne pourra plus être considéré comme les conséquences typiques d'une violation du devoir de diligence»²²⁴⁰ et pourra ainsi relever du risque autorisé.

Aussi propose-t-il trois critères²²⁴¹ pour vérifier que la voie choisie est bien la moins risquée pour réaliser l'action et que les moyens mis en place sont les plus à même de prévenir le risque dans les circonstances de l'espèce.

²²³⁸ *Ibid.*

²²³⁹ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 206.

²²⁴⁰ *Ibid.*, p. 29: «Der Handelnde ist [jedoch] verpflichtet, [die unter Aufrechterhaltung des nützlichen und daher erlaubten Betriebes] die Gefahr der zur Verletzung von Gütern [geeigneten Betriebshandlungen und -ereignisse] auf ein solches Minimum zurückzuführen, dass sie, wenn sie dennoch eintreten, nicht mehr als typische Folge einer Sorgfaltspflichtverletzung gelten können».

²²⁴¹ *Ibid.*, p. 196.

503. Contre-mesures (1)

Premièrement, l'agent doit mettre en œuvre des contre-mesures pour contenir le risque. Ce critère ressort du fait que le risque qu'un comportement cause un dommage est déterminé non seulement en fonction des moyens mis en œuvre pour atteindre l'objectif escompté mais aussi et surtout en fonction des contre-mesures que l'agent a simultanément adoptées dans la situation concrète pour éviter la réalisation du risque²²⁴². «Par exemple, une action généralement décrite comme dangereuse, telle que le dynamitage, peut, au moyen de contre-mesures appropriées, perdre [une grande partie de son] aptitude à causer des dommages – par exemple, si l'accès à la zone à risque est complètement fermé [au public]»²²⁴³ comme c'était le cas dans notre exemple de la carrière, même si un risque général subsiste.

Ce premier critère trouve toutefois une limite économique. En ce sens, la doctrine majoritaire considère qu'il ne peut être demandé à l'agent «de limiter le danger qu'au minimum qui ne peut être exclu, ou seulement au prix d'une dépense disproportionnée, si l'on veut permettre l'activité correspondante»²²⁴⁴. Si le risque doit effectivement être abaissé par des contre-mesures, cette obligation ne saurait avoir pour conséquence de rendre économiquement impossible l'activité utile²²⁴⁵ car, si les possibilités de contre-mesures sont illimitées, le budget reste quant à lui restreint par la viabilité économique du projet. L'exigence doit donc être modérée en fonction du *ratio* qui existe entre le coût de la mesure permettant une diminution du risque et la part de risque que ce coût permettra d'éliminer. Il ne peut pas être attendu de l'agent qu'il engage des sommes considérables si un tel investissement n'aurait pour effet qu'une infime réduction du risque général.

504. Maîtrise des moyens (2)

Deuxièmement, l'agent doit conserver la maîtrise des moyens qu'il met en œuvre. La négligence n'est pas nécessairement fondée «sur le choix de moyens d'action imprudents mais peut aussi consister en une absence de maîtrise des facteurs causaux utilisés de manière licite dans le monde réel»²²⁴⁶. Autrement dit, l'auteur peut ne

²²⁴² *Ibid.*, p. 197.

²²⁴³ *Ibid.*: «So kann eine gemeinhin als gefährlich bezeichnete Tätigkeit, wie beispielsweise das Sprengen, durch geeignete Gegenvorkehrungen jede Eignung für Schädigungen verlieren (so wenn das gefährdete Gebiet vollkommen abgeriegelt wird)».

²²⁴⁴ G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, op. cit., p. 171: «[An die Stelle des Verbots jeglicher Gefährdung tritt hier das Gebot,] die Gefahr auf dasjenige Minimum einzuschränken, das gar nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand ausgeschlossen werden kann, wenn man die entsprechende Tätigkeit überhaupt zulassen will».

²²⁴⁵ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 206.

²²⁴⁶ *Ibid.*, p. 197: «[Wie bereits früher dargelegt, braucht die Sorgfaltsverletzung beim fahrlässigen Verletzungsdelikt nicht] auf der Wahl sorgfaltswidriger Handlungsmittel zu beruhen, sondern kann auch in einer mangelnden finalen Determination der in der Realwert zulässigerweise eingesetzten Kausalfaktoren bestehen».

pas suffisamment maîtriser les effets du risque qu'il crée. En l'absence d'une telle maîtrise, une action peut devenir extrêmement dangereuse. «Ainsi, le fait de brûler des déchets du jardin peut devenir dangereux si l'auteur ne maîtrise pas l'incendie»²²⁴⁷. Cette maîtrise dépend notamment des capacités physiques, psychologiques et techniques de l'agent au moment de l'action. «Par exemple, un dispositif inoffensif entre les mains d'un expert devient dangereux si l'expert est remplacé par un profane. De même, une opération de routine peut devenir dangereuse si le chirurgien est ivre ou trop fatigué»²²⁴⁸. Dans notre cas de la pose d'une voie veineuse centrale par exemple, le médecin avait bien une bonne maîtrise des moyens puisqu'il avait toutes les compétences requises et avait déjà réalisé la manipulation à de nombreuses reprises.

505. Protection de la sphère d'influence (3)

Troisièmement et dernièrement, l'agent doit vérifier l'existence de biens juridiques dans la sphère d'influence raisonnablement prévisible des moyens qu'il met en œuvre (*Wirkungsbereich der Handlungsmittel*). «L'aptitude d'une action à porter atteinte à la vie ou à l'intégrité physique dépend de la mesure dans laquelle des biens juridiques sont soumis à la sphère d'influence au sein de laquelle les effets des moyens utilisés peuvent se produire, soit directement, soit par le biais d'autres facteurs causals»²²⁴⁹. «Par exemple, une action communément décrite comme dangereuse, comme le tir à l'arme à feu, s'avère [normalement] inoffensive lorsqu'aucun bien juridique à protéger ne se trouve dans sa sphère d'influence, par exemple si les tirs sont effectués dans le désert»²²⁵⁰. Tel est le cas dans l'exemple de l'exploitation d'une carrière lorsque le chef de tir s'assure que tout le monde est placé dans le périmètre de sécurité déterminé. «Inversement, une action généralement inapte à porter atteinte à un bien juridique peut voir sa portée amplifiée par l'ajout d'autres facteurs causals et devenir hautement dangereuse. L'augmentation du risque rend alors l'action illicite. C'est ce qu'illustre l'exemple de l'individu qui fume dans un village alors qu'il y a une tempête de Foehn (vent sec et chaud en Suisse) ou à proximité de substances explosives»²²⁵¹.

²²⁴⁷ *Ibid.*: «So wird möglicherweise das Verbrennen von Gartenabfall gefährlich, wenn der Täter das Feuer nicht überwacht».

²²⁴⁸ *Ibid.*: «So wird etwa ein in der Hand des Fachmannes harmloses Mittel riskant, wenn an seine Stelle ein Laie tritt. Das gleiche gilt z.B. für eine an sich ungefährliche Operation, wenn der Arzt angetrunken oder übermüdet ist».

²²⁴⁹ *Ibid.*: «[Endlich hängt die] Eignung einer Tätigkeit zur Herbeiführung von Schädigungen an Leib und Leben davon ab, inwieweit Rechtsgüter unmittelbar oder durch Vermittlung weiterer Kausalfaktoren dem Wirkungsbereich der Handlungsmittel unterliegen».

²²⁵⁰ *Ibid.*: «So ist eine gemeinhin als gefährlich bezeichnete Tätigkeit, wie etwa das Schießen mit Feuerwaffen, harmlos, wenn sich in ihrem Wirkungsbereich keine zu schützende Rechtsgüter befinden, z.B. die Schüsse in der Wüste abgegeben werden».

²²⁵¹ *Ibid.*: «Umgekehrt kann auch eine zur Verletzung von Rechtsgütern regelmäßig ungeeignete Handlung höchst gefährlich werden, wenn sich ihre Wirksamkeit durch das Hinzutreten weite-

C'est donc en fonction des circonstances de l'action et des qualités de l'agent qu'il est possible de déterminer de manière concluante si les moyens mis en œuvre étaient aptes à abaisser au maximum le risque général et s'il n'existait pas d'autre voie moins risquée permettant la réalisation du même objectif. Lorsque c'est le cas, le risque a été ramené à sa part résiduelle.

506. Acceptation du risque résiduel

Une fois le risque ramené dans ces conditions à son plus bas niveau, il ne reste plus qu'une part résiduelle de risque. Seul ce risque général résiduel peut être accepté au titre du risque autorisé²²⁵². En effet, puisque la théorie du risque autorisé vise à encadrer le risque utile, elle ne peut en aucun cas couvrir un risque qui n'était pas nécessaire à la poursuite de l'activité. Elle n'embrasse que les risques qui ne pouvaient pas être évités²²⁵³. «Ce qui ne peut être évité ne saurait être interdit et il faut par conséquent l'admettre»²²⁵⁴ lorsque c'est utile.

Ce risque résiduel inévitable est finalement intrinsèquement lié à la vie en société: «un certain risque est inévitable dans la vie»²²⁵⁵ car «seuls les morts ne risquent plus rien»²²⁵⁶. Ce principe transparait dans la formule allemande «*lebensgefährliches Leben*»²²⁵⁷, qui exprime cette dangerosité axiomatique de la vie pour elle-même. Le risque résiduel doit être toléré et peut appartenir au risque autorisé.

507. Illustration en matière de voitures autonomes

En matière de conduite autonome, les titulaires de l'autorisation exceptionnelle ne doivent pas seulement respecter les mesures prescrites par celle-ci, mais doivent également veiller de manière constante à la diminution du risque général. Que ce soit durant la phase expérimentale ou après la commercialisation, le constructeur doit contrôler de manière continue l'expérience acquise sur le produit²²⁵⁸, afin de continuer à l'améliorer, de façon à réduire le risque général. Ce devoir du constructeur résulte de sa position de garant puisque, par la mise en circulation d'une voiture autonome, il crée une «ingérence dormante»²²⁵⁹ («*schlafende Ingerenz*»): «en introduisant ou en utilisant un agent intelligent qui, de par sa nature, n'est pas entièrement contrôlable, le

rer Kausalfaktoren erweitert. Dies erhellt etwa am Beispiel des Rauchens in einem Dorf bei Föhnsturm oder in der Nähe explosiver Stoffe».

²²⁵² G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, op. cit., p. 171 et C. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, op. cit., p. 318.

²²⁵³ C. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, op. cit., p. 283.

²²⁵⁴ *Ibid.*, p. 289: «Was unvermeidlich ist, das kann auch nicht verboten werden, muss also erlaubt sein».

²²⁵⁵ *Ibid.*: «ein gewisses Risiko ist im Leben unvermeidlich».

²²⁵⁶ *Ibid.*: «nur wer nicht lebt, riskiert nichts».

²²⁵⁷ *Ibid.*

²²⁵⁸ S. GLESS et T. WEIGEND, «Intelligente Agenten und das Strafrecht», op. cit., p. 585.

²²⁵⁹ *Ibid.*

constructeur crée – également dans son propre intérêt économique – un risque accru pour le grand public²²⁶⁰, ce qui renforce son obligation de surveiller continuellement le produit et de tirer les conséquences nécessaires des dangers reconnus ultérieurement²²⁶¹. Cette surveillance permet de limiter le risque général de dommage qui découle de la mise en circulation de ces véhicules.

Un certain risque résiduel demeure malgré tout « parce que les véhicules automatisés peuvent faire des erreurs, et qu'ils feront des erreurs, mais aussi parce que les véhicules automatisés peuvent tout autant se retrouver dans des situations dans lesquelles il n'y a aucun de moyen d'éviter l'accident »²²⁶². Ce risque doit être accepté pour permettre ensuite à l'autopilote de ces voitures d'optimiser ses réactions²²⁶³.

En définitive, il ressort de ces constatations que le risque autorisé ne peut correspondre qu'à un risque général qui a été diminué autant que raisonnablement possible. Toutefois, ce risque résiduel n'en reste pas moins élevé dans certaines situations. Tout risque raisonnablement diminué ne doit pas pour autant être systématiquement admis par le juge pénal. Pour qu'un risque puisse être autorisé, encore faut-il l'apprécier en fonction de sa valeur.

II La valeur du risque général

508. Intérêt social du risque

La valeur du risque général dépend directement de son intérêt social. Pour déterminer le risque autorisé, il incombe d'abord au juge pénal d'examiner l'utilité de l'action de l'agent au regard de l'activité (A) puis d'en évaluer l'intérêt par le biais d'une analyse bénéfice-risque dans le cas particulier (B).

²²⁶⁰ Voir 1^{re} partie, titre 1, chapitre 2, section 1, II, A, 2 : Les sources situationnelles, n° 138 et B, 2 : Les formes d'obligation particulière, n° 149.

²²⁶¹ S. GLESS et T. WEIGEND, «Intelligente Agenten und das Strafrecht», *op. cit.*, p. 585 : «Diese Handlungspflicht des Betreibers ergibt sich (...) aus einer <schlafenden Ingerenz>: Durch die Einführung oder den Einsatz eines der Natur der Sache nach nicht vollkommen beherrschbaren Intelligen Agenten schafft der Betreiber (auch im eigenen wirtschaftlichen Interesse) ein erhöhtes Risiko für die Allgemeinheit, was seine Pflicht verschärft, das Produkt fortlaufend zu überwachen und die notwendigen Konsequenzen aus (nachträglich) erkannten Gefahren zu ziehen ».

²²⁶² W. WOHLERS, «Individualverkehr im 21. Jahrhundert: das Strafrecht vor neuen Herausforderungen», *op. cit.*, p. 117 : «(...), weil auch automatisierte Fahrzeuge Fehler machen können und Fehler machen werden, weil auch automatisierte Fahrzeuge in Situationen kommen können, in denen es keinen unfallfreien Ausweg gibt ».

²²⁶³ S. GLESS et R. JANAL, «Hochautomatisiertes und autonomes Autofahren – Risiko und rechtliche Verantwortung», *op. cit.*, p. 563.

A L'utilité de l'action

509. Critère de l'utilité

Pour déterminer l'étendue du risque qui peut être admis dans un comportement individuel, le juge doit d'abord prendre en considération la valeur positive de l'action (*Handlungswert*) dans la situation concrète. Cette valeur positive favorise un élargissement de la circonférence du risque autorisé par le juge répressif²²⁶⁴ : plus l'action risquée est indispensable ou socialement utile, plus la tolérance du juge envers le risque général qui a été pris sera grande. Inversement, plus l'action risquée est superflue, plus la tolérance manifestée par le juge s'en trouve diminuée²²⁶⁵, le périmètre du risque autorisé s'en trouvant alors rétréci d'autant.

L'évaluation de l'utilité sociale de l'action risquée doit se faire sans chercher à sonder les motivations profondes de son auteur mais de manière objective, c'est-à-dire en prenant en compte objectivement l'utilité de l'action dans les circonstances de la cause. L'utilité peut être caractérisée à deux titres : d'une part lorsqu'elle apporte une plus-value pour la société, d'autre part lorsqu'elle permet de protéger un bien juridique.

La première hypothèse peut correspondre par exemple aux actions indispensables à la conduite automobile – telles qu'une manœuvre de dépassement, une marche arrière ou le fait de rouler à la vitesse maximale autorisée –, qui permettent la bonne mobilité de la vie moderne. Elle peut également correspondre à l'utilisation d'explosifs dans le cadre du fonctionnement d'une carrière de granulats. Elle peut encore correspondre au nécessaire entraînement de danseurs professionnels.

La seconde hypothèse correspond par exemple au choix d'un traitement médical qui vise à protéger l'intégrité corporelle du patient. Le Professeur ROBERT ROTH retient deux critères objectifs pour caractériser l'utilité d'un traitement : il doit être curatif et indiqué médicalement. Tout d'abord, l'acte doit être curatif, c'est-à-dire « objectivement à même de soigner, [autrement dit] d'améliorer directement ou indirectement l'état de santé du patient (*Heileingriff*) »²²⁶⁶. « Le but curatif est dit objectif, dans la mesure où il est déterminé par une analyse de ses effets les plus vraisemblables menée *ex ante*, au moment de l'intervention. Pour le juge, il s'agit donc d'établir rétrospectivement un pronostic et non d'évaluer *a posteriori* les effets concrets du traitement »²²⁶⁷. Ensuite, le traitement doit être indiqué médicalement, c'est-à-dire que « les moyens choisis doivent être à même d'atteindre le but thérapeutique visé »²²⁶⁸. L'ap-

²²⁶⁴ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 198.

²²⁶⁵ K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. 4, Felix Meiner Verlag, 1919, p. 440. Voir également C. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, op. cit., p. 299.

²²⁶⁶ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, op. cit., p. 56.

²²⁶⁷ *Ibid.*

²²⁶⁸ *Ibid.*, p. 57.

préciation des moyens mis en œuvre se fait également *ex ante* et non en fonction du résultat obtenu²²⁶⁹. Lorsque ces critères sont remplis, le constat de l'utilité du traitement médical permet une augmentation de la marge de tolérance vis-à-vis du risque qu'il a fait courir.

En revanche, un risque inutile est nécessairement non autorisé car les intérêts juridiques des tiers ne peuvent pas être mis en danger en vain ou pour s'amuser²²⁷⁰. Par exemple, le fait de jeter de gros cailloux du haut d'une falaise alors qu'il existe un chemin de randonnée en contre-bas, ou de retirer une chaise sous les fesses de quelqu'un avant qu'il ne s'assie, constituent des risques qui ne présentent aucune utilité. Presque aucun risque ne saurait alors être autorisé dans de telles hypothèses.

Le cadre prétorien du risque autorisé se détermine donc notamment en fonction du bénéfice escompté du fait de la prise de risque²²⁷¹. Ce même raisonnement peut également être appliqué aux expérimentations des voitures autonomes.

510. Utilité de l'action concrète dans le cadre de l'expérimentation des voitures autonomes

L'expérimentation des véhicules autonomes, à l'image des « *Smartshuttles* » à Sion²²⁷², présente une utilité de principe qui a été reconnue par l'autorité administrative lorsque cette dernière a attribué l'autorisation exceptionnelle. Le juge pénal n'a donc pas à revenir sur l'utilité de l'expérimentation, qui est présumée par l'autorisation. Lors de la mise en œuvre de l'expérimentation, le juge pénal doit toutefois confirmer, dans le cas d'espèce, l'utilité d'entreprendre ou de continuer l'action qui a finalement conduit au dommage. S'il n'y trouve aucune utilité pour l'expérimentation, il décidera que l'agent est sorti de la sphère du risque autorisé. Par exemple, le juge peut considérer qu'il était utile de laisser l'intelligence artificielle de la voiture poursuivre la conduite malgré une foule importante dans les rues de Sion afin de vérifier la capacité de l'autopilote à accélérer et décélérer au moment opportun, en fonction des conditions particulières d'occupation des rues.

En revanche, alors même que l'agent a respecté les conditions de l'autorisation exceptionnelle, le juge peut considérer que l'action entreprise ne présentait aucune utilité pour l'expérimentation. Par exemple, l'autorisation peut exiger la présence d'un agent de bord dans la navette sans préciser l'attitude exacte qu'il doit adopter. Si celui-ci consulte son téléphone portable pendant le trajet, le juge pourra considérer son action

²²⁶⁹ *Ibid.*

²²⁷⁰ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, p. 42 et F. RIKLIN, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Verbrechenlehre*, Schulthess Juristische Medien, 3^e édition, 2007, p. 42.

²²⁷¹ F. RIKLIN, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Verbrechenlehre*, *op. cit.*, p. 170.

²²⁷² Voir 2^e partie, titre 2, chapitre 1, section 1, I, B, 1 : Les autorisations administratives, n° 465.

comme inutile pour l'expérimentation, bien qu'elle ne soit pas expressément interdite. L'agent de bord sera alors sorti du cadre du risque autorisé.

Même lorsque l'action est utile, le risque général résiduel qu'elle engendre peut être élevé dans certaines situations. Pour déterminer le seuil final du risque acceptable, le juge peut alors procéder à une analyse du rapport «bénéfice-risque».

B L'analyse du rapport «bénéfice-risque»

511. Mise en balance

Il convient tout d'abord de présenter l'analyse du rapport «bénéfice-risque» (1) avant de s'intéresser à son application (2).

1 La présentation du rapport «bénéfice-risque»

512. Fondement du conflit

Dans la dernière étape du raisonnement, le juge doit procéder à une mise en balance «bénéfice-risque» («*die Nutzen-Risiko-Abwägung*»)²²⁷³ dans la situation concrète. Cette mise en balance trouve son fondement dans le devoir du juge de protéger deux droits constitutionnels situés à l'article 10 de la Constitution: le droit à la vie au premier alinéa et le droit à la liberté personnelle et de mouvement au second, qui renvoie à la liberté d'action (*Betätigungsfreiheit*), c'est-à-dire à la liberté d'entreprendre une activité, d'effectuer des recherches, d'innover et d'utiliser les progrès techniques.

Lorsqu'il apprécie les circonstances concrètes de l'espèce, le juge doit chercher à garantir au mieux l'un et l'autre de ces droits puisqu'ils ont tous deux une valeur constitutionnelle²²⁷⁴. Cependant, ces droits protègent souvent des intérêts qui entrent en opposition, puisque nombreuses sont les actions susceptibles de mettre en danger la vie ou l'intégrité corporelle d'autrui et que restreindre ces actions porterait atteinte à la liberté d'action elle-même. Il est donc difficile de préserver pleinement l'un de ces droits sans que cela se fasse au détriment de l'autre. Ceci est particulièrement manifeste dans les domaines dans lesquels il existe des risques du métier (*Berufsrisko*), comme en matière chirurgicale, de génie civil, de sport de haut niveau, ou encore d'innovations technologiques.

Par conséquent, lorsque le juge évalue l'action, il détermine dans quelle mesure les biens juridiques tels que la vie et l'intégrité physique d'autrui peuvent être mis en danger pour garantir la liberté d'action. Cette mesure ultime se fixe grâce à une mise en balance entre

²²⁷³ N. ZURKINDEN, «Crash beim Testbetrieb selbstfahrender Fahrzeuge», *op. cit.*, réf. 28.

²²⁷⁴ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, p. 194.

le bénéfice concret espéré du fait de l'action entreprise et le risque général résiduel qui en découle pour les biens juridiques. Selon le Tribunal fédéral²²⁷⁵, le juge doit en vérifier le bilan favorable dans le cas d'espèce concerné pour que l'action de l'agent soit considérée comme licite et entre définitivement dans le cadre du risque autorisé.

513. Formule

Pour que le résultat de cette mise en balance soit favorable à l'auteur de l'action, «la valeur positive du comportement (*Handlungswert*) – c'est-à-dire le bénéfice de l'activité, estimé indépendamment du préjudice causé – [doit dépasser strictement] la valeur négative de l'action, qui se trouve dans sa dangerosité»²²⁷⁶. L'évaluation réalisée à cette ultime étape peut être résumée grâce à la formule suivante :

Valeur positive de l'action > Valeur négative de l'action ⇒ Balance favorable

Puisque les valeurs positive et négative de l'action ne sauraient être appréciées d'après une méthode mathématique, le juge les apprécie en son âme et conscience dans le cas concret, *ex ante*.

C'est à partir de leur comparaison que le juge peut déterminer le résultat de la mise en balance : ainsi, «plus l'objectif de l'action présente un intérêt social fort, plus le droit de créer un danger nécessaire à la réalisation de cet objectif sera largement admis»²²⁷⁷. Inversement, plus l'objectif de l'action est superflu, plus le risque autorisé pour la réalisation de cet objectif diminue²²⁷⁸.

Le juge est donc invité à réaliser une mise en balance globale dans la situation, en prenant en considération l'ensemble des avantages et des inconvénients présentés par l'action, pour se prononcer sur l'existence d'un risque autorisé.

514. Portée de la formule

La portée de cette formule doit être bien comprise puisqu'elle ne revient pas à dire que, lorsque la valeur de l'action est élevée, la protection des biens juridiques concernés diminue à raison de la nécessité de mener l'action. Bien au contraire, les intérêts fondamentaux des parties potentiellement lésées ne doivent jamais être méconnus²²⁷⁹

²²⁷⁵ Voir par ex. ATF 117 IV 58, qui est notamment cité chez N. ZURKINDEN, «Crash beim Testbetrieb selbstfahrender Fahrzeuge», *op. cit.*, réf. 28.

²²⁷⁶ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, p. 232 : «[Maßgebendes Kriterium für den Ausschluss der Verantwortlichkeit ist dabei (...) materiell] das Bestehen eines Handlungswertes (d.h. der soziale Nutzen der für sich allein, ohne Rücksicht auf die herbeigeführte Verletzung, betrachteten Tätigkeit), der den in ihrer Gefährlichkeit bestehenden Unwert der Handlung übersteigt».

²²⁷⁷ *Ibid.*, p. 27 : «Je sozialer der Zweck der Handlung, umso weitgehender gestattet das Recht eine Gefährdung, die für die Erreichung jener Zwecke notwendig ist».

²²⁷⁸ C. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, *op. cit.*, p. 299.

²²⁷⁹ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, p. 201 et s.

et c'est bien pour cette raison que la mise en balance ne peut être effectuée qu'à partir de la valeur d'un risque général résiduel, c'est-à-dire d'un risque qui a été raisonnablement réduit au moment de l'exécution de l'action²²⁸⁰. Lorsque le risque général aurait raisonnablement pu être diminué dans la situation, le risque pris ne peut être autorisé, quelle que soit l'utilité de l'action.

Il convient à présent d'envisager la façon dont le rapport «bénéfice-risque» s'applique dans le cas concret.

2 L'application du rapport «bénéfice-risque»

515. Application

L'application du rapport «bénéfice-risque» peut être distinguée selon qu'il s'agit d'un cas général (a) ou d'un cas présentant des risques multiples (b).

a L'application dans le cas général

516. Marge d'appréciation du juge

Puisqu'il n'existe aucune échelle ayant force obligatoire pour estimer les valeurs positive et négative de l'action dans un cas d'espèce²²⁸¹, c'est au juge qu'il revient de réaliser librement cette mise en balance en s'appuyant sur les circonstances concrètes de l'espèce qui lui est soumise. Cela fait partie de la marge d'appréciation laissée au juge: il détermine le périmètre final du risque autorisé en fonction des circonstances de la cause et décide de l'existence ou non d'un risque autorisé dans l'espèce.

517. Cas de l'entraînement de danse

Dans le cas de la danseuse professionnelle qui heurte mortellement son partenaire, le juge pénal peut prendre en considération le fait qu'il est indispensable pour des danseurs professionnels de s'entraîner à des figures périlleuses et comparer l'utilité de l'action avec le risque pris. Dans notre exemple, il semble que les danseurs aient pris toutes les mesures nécessaires pour diminuer le risque au point de le rapprocher de zéro, notamment en se fixant des repères sur la musique et en restant concentrés au moment de l'exécution de la figure. Si le risque est presque nul dans le cas d'espèce, l'utilité de l'action, même si elle n'était pas vitale, parvient à surpasser strictement le risque pris et permet à la danseuse d'être couverte par le risque autorisé en cas d'accident. A l'inverse, si l'accident trouvait sa cause dans un changement de geste décidé par la danseuse au cours de l'exécution de la figure à l'insu de ses partenaires ou si la danseuse s'est montrée dissipée au moment d'en réaliser l'exécution, le risque pourra alors être considéré comme trop important au vu de l'utilité de l'action pour pouvoir admettre un risque autorisé.

²²⁸⁰ *Ibid.*

²²⁸¹ M. SCHUBARTH, «Gedanken zur Risikogesellschaft und zum Recht auf Leben im Strassenverkehr», *op. cit.*, p. 6.

518. Cas du dépassement du cycliste

Dans l'exemple de l'automobiliste qui dépasse régulièrement un cycliste et le renverse en raison d'un écart fatal commis par le cycliste, le juge doit de nouveau procéder à une mise en balance. Il ne doit pas situer la mise en balance au niveau du principe même de la manœuvre de dépassement, puisque le législateur a déjà reconnu l'utilité de la manœuvre pour la bonne fluidité de la circulation. En revanche, il doit confirmer ce bilan favorable dans les circonstances concrètes dans lesquelles l'accident a eu lieu, ces circonstances faisant l'objet d'une appréciation *ex ante*. Le juge prend donc en compte les éléments circonstanciés de l'espèce, de manière à comparer l'utilité d'un dépassement immédiat avec le risque causé à ce moment-là. Pour ce faire, il devra se poser les questions suivantes : y avait-il une file de voitures derrière le véhicule du conducteur, de nature à l'inciter à effectuer rapidement le dépassement pour préserver une certaine fluidité dans la circulation ? La chaussée allait-elle visiblement bientôt s'élargir et permettre un dépassement du cycliste sur une section plus large ? La manœuvre a-t-elle été entreprise alors qu'un poids-lourd arrivait sur la voie d'en face et empêchait l'automobiliste de prendre une distance latérale de sécurité plus grande en cas de besoin ? En fonction des réponses à ces questions, le juge effectuera son appréciation globale et pourra déterminer si le choix de dépasser le cycliste à ce moment-là peut ou non être couvert par le risque autorisé.

519. Cas de l'expérimentation des navettes autonomes

Dans l'exemple des « *Smartshuttles* » de Sion, il est possible d'envisager que les auteurs de l'expérimentation poursuivent l'exploitation des navettes autonomes dans les rues bondées de la zone piétonne. Pour déterminer s'ils sont restés dans le cadre du risque autorisé, le juge devra alors s'assurer que l'utilité de ce choix pour l'expérimentation surpasse effectivement le risque général de causer un accident dans la situation concrète. Par exemple, le juge pourra considérer que le maintien de l'expérimentation d'une navette autonome dans ces conditions est nécessaire pour donner un retour d'expérience complet aux constructeurs sur l'adaptabilité du système intelligent en fonction de l'affluence dans les rues. Le juge pourra en outre estimer que le risque général résiduel n'a pas été augmenté au-delà du seuil admissible. Tel sera tout particulièrement le cas, si dans le cas concret, les auteurs de l'expérimentation ont par exemple fait le choix, durant l'heure de pointe, de diminuer d'un quart la vitesse maximale du véhicule autorisée par l'administration, de manière à conserver un niveau de risque raisonnable.

b L'application dans les cas à risques multiples

520. Accroissement de la difficulté dans les situations complexes

La doctrine a toutefois souligné la difficulté particulière à effectuer cette mise en balance dans les situations complexes, c'est-à-dire les situations dans lesquelles il existe une multitude de risques qui ne sont pas toujours faciles à évaluer. C'est la raison pour

laquelle certains auteurs²²⁸², à l'instar d'ENGISCH²²⁸³, ont cherché à pallier ce vide en proposant une méthode doctrinale pour aider le juge à évaluer le rapport «bénéfice-risque» dans ces situations. Le raisonnement se présente en trois temps, qui correspondent à trois critères qu'il propose de mettre en balance successivement: la valeur, l'ampleur et la probabilité.

521. Valeur (1)

Premièrement, «la valeur de l'objectif recherché [doit être comparée] à la gravité du risque encouru par le bien juridique – s'agit-il par exemple de sauver des vies humaines ou simplement d'éliminer un défaut? Le risque encouru est-il seulement un léger préjudice corporel ou une atteinte à la vie?»²²⁸⁴.

Dans le domaine médical, ce critère se traduit par l'exigence d'un traitement médicalement indiqué²²⁸⁵, c'est-à-dire dont l'objectif thérapeutique est supérieur à la gravité de l'atteinte que le médecin fait courir à son patient. Dans notre exemple de la pose d'une voie veineuse centrale, l'objectif était bien de sauver la vie d'un malade du Covid-19 en le plaçant en réanimation même si la pose de ce cathéter pouvait également elle-même causer la mort du patient.

Dans le cas de la carrière de granulat, la décision du chef de tir d'augmenter légèrement la quantité d'explosif visait à éviter que des roches mal détachées ne porte atteinte à la vie ou à l'intégrité des ouvriers en s'ébouyant sur eux. En revanche, cette augmentation ne changeait pas la nature du danger qui avait été autorisé par l'administration.

522. Ampleur (2)

Deuxièmement, «l'ampleur du résultat recherché [doit être comparée] à l'étendue de la menace d'atteinte à un bien juridique»²²⁸⁶. Il s'agit ici de mettre en balance l'ensemble des bienfaits que l'action promet avec le nombre de biens juridiques mis en danger.

²²⁸² Voir J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, op. cit., p. 202; S. FLACHSMANN, *Fahrlässigkeit und Unterlassung*, thèse, Zurich, 1992, p. 99 et s.; et N. ZURKINDEN, «Crash beim Testbetrieb selbstfahrender Fahrzeuge», op. cit., réf. 36 et s.

²²⁸³ K. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, op. cit., p. 288 et s.: «Die grössere oder geringere Bedeutung des erstrebten Zwecks»; «Der Umfang»; «Die Wahrscheinlichkeit». Voir également, N. Zurkinden, «Crash beim Testbetrieb selbstfahrender Fahrzeuge», op. cit., réf. 37.

²²⁸⁴ K. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, op. cit., p. 288: «Die größere oder geringere Bedeutung des erstrebten Zwecks (handelt es sich um die Rettung von Menschenleben, handelt es sich bloß um die Beseitigung eines Schönheitsfehlers usw.?) und auf der anderen Seite die größere oder geringere Bedeutung der Rechtsgüterverletzung (steht nur eine leichte Körperverletzung zu befürchten oder gar eine Tötung?)».

²²⁸⁵ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, op. cit., p. 84.

²²⁸⁶ K. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, op. cit., p. 288: «Der Umfang, in dem der erstrebte Erfolg eintreten wird und der Umfang der drohenden Rechtsgüterverletzung».

Dans le cadre d'un traitement, le médecin ne doit en principe pas effectuer un acte qui porte davantage atteinte à l'intégrité du patient que ne le fait naturellement la maladie. Lorsque l'atteinte est localisée à un organe, le traitement ne doit pas mettre inutilement en danger plusieurs autres organes de même importance. Dans le cas du patient atteint du Covid-19, les organes respiratoires se trouvaient déjà atteints de telle sorte que la pose de la voie veineuse centrale visait justement à permettre au patient de recevoir les médicaments dont il avait besoin de manière vitale.

Dans notre exemple de l'exploitation d'une carrière, l'augmentation des quantités d'explosifs visait la sécurisation du chantier local dans lequel évoluaient les ouvriers. A l'inverse, cette augmentation agrandissait raisonnablement la sphère d'influence du tir de mine.

523. Probabilité (3)

Troisièmement, « la probabilité de réalisation du bienfait escompté [doit être comparée] à la probabilité que survienne l'atteinte au bien juridique »²²⁸⁷. Cette dernière comparaison revient à se demander si la probabilité d'atteindre le résultat souhaité est plus grande que celle de voir le risque se réaliser.

Pour pouvoir entreprendre un traitement médical, la probabilité de succès de ce traitement doit en principe être plus grande que la probabilité que se réalise le risque qu'il fait courir au patient. Tel est clairement le cas de la pose d'une voie veineuse centrale puisqu'il s'agit d'un geste médical courant qui est effectué pour la plupart des patients en réanimation. Le risque que la pose de ce cathéter cause un dommage est très faible alors que l'utilisation de celui-ci permet d'augmenter considérablement les chances de survie du patient.

De même, dans l'exemple de la carrière de granulat, le choix d'augmenter la quantité d'explosif permettait assurément de donner à la seconde série de tirs sa nécessaire intensité afin que les roches se décrochent directement et d'augmenter ainsi la sécurité du chantier. Au temps de l'action, ce choix ne semblait pas spécialement augmenter le risque de blesser autrui dès lors que toutes les mesures de sécurité normales avaient été prises.

524. Portée de ces critères

Dans cette proposition faite au juge pénal, aucun critère n'est prépondérant. Il revient alors au juge de décider si ces critères sont adaptés à l'espèce qui lui est soumise et, le cas échéant, de déterminer leur poids dans la mise en balance globale. Cette méthode présente l'intérêt de décomposer les différents enjeux présentés par la situation pour

²²⁸⁷ K. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, op. cit., p. 288 et s. : « Die Wahrscheinlichkeit, mit der auf der einen Seite der erstrebte Erfolg zu erwarten ist, mit der auf der anderen Seite die riskierte Rechtsgutverletzung droht ».

permettre au juge une meilleure appréciation globale du rapport «bénéfice-risque» dans ces situations complexes. Elle permettra ainsi au juge de conclure définitivement sur le fait de savoir s'il existait ou non un risque autorisé dans le cas d'espèce. Il pourra ainsi vraisemblablement retenir un risque autorisé dans les différents cas présentés en tête de ce titre.

525. Conclusion de la section 2

Lors de la troisième étape du raisonnement, le juge pénal trace le périmètre final du risque autorisé. Pour ce faire, il doit tout d'abord vérifier s'il existait bien dans le cas d'espèce seulement un risque général de causer une atteinte à la personne. En cas de pluralité d'acteurs, ce risque correspond aux limites du principe de confiance, qui consiste à dire que chaque agent n'a pas à anticiper les imprévoyances d'autrui sauf circonstances particulières. Dans les autres cas, le risque général se détermine simplement en excluant les risques spéciaux, c'est-à-dire ceux pour lesquels il existait une connaissance particulière permettant de prévoir leur réalisation concrète dans la situation. Seul doit ainsi subsister le risque général qui est intrinsèquement lié à l'action menée.

Le juge doit ensuite s'assurer que ce risque général a été diminué autant qu'il peut raisonnablement l'être, de sorte que les biens juridiques concernés soient protégés le mieux possible. Il pourra ainsi examiner si l'agent a bien pris les contre-mesures adaptées pour contenir le risque, s'il a conservé une maîtrise suffisante des moyens employés ou encore s'il a écarté autant que faire se peut les biens juridiques de la sphère d'influence de son activité. Toutefois, même ramené à sa part résiduelle, le risque général peut rester assez élevé dans certaines situations.

C'est la raison pour laquelle le juge doit enfin évaluer la valeur du risque général en procédant à une analyse du rapport «bénéfice-risque» pour savoir s'il peut être admis. Il doit alors rechercher dans le cas concret si le bénéfice social de l'action était bien strictement supérieur au risque général que cette action faisait courir aux biens juridiques en présence. Il peut notamment comparer l'objectif recherché au résultat redouté en s'intéressant à leur valeur, à leur ampleur et à leur probabilité. Cette analyse conduit ainsi à considérer que plus le bénéfice de l'action est important, plus le seuil du risque général admissible peut être élevé et inversement. Il s'agit d'une mise en balance globale qui permet au juge d'effectuer une appréciation circonstanciée de l'action. Lorsque la balance est favorable, le juge peut alors exclure la responsabilité de l'agent, en admettant l'existence d'un risque autorisé.

Il apparaît en conséquence que le juge pénal joue un rôle décisif lors de cette dernière étape du raisonnement puisque, fort de la grande marge d'appréciation qui lui reste, c'est à lui qu'il revient de fixer définitivement le cadre concret du risque autorisé dans le cas d'espèce.

526. Conclusion du chapitre 1

La détermination effective du risque autorisé suit un raisonnement qui se décompose en plusieurs étapes successives, à savoir d'abord l'établissement des cadres normatifs puis du cadre judiciaire. Chacune de ces étapes s'inscrit dans une logique générale de mise en balance des intérêts en présence en recourant à différents paramètres d'appréciation objectifs, lesquels sont organisés et hiérarchisés de manière dynamique à chaque niveau de l'analyse.

Pour établir le respect des cadres normatifs, deux types de paramètres doivent être distingués. Le premier type de paramètres renvoie au respect des différentes autorisations administratives, qu'elles soient de police ou exceptionnelle. Si le législateur a soumis la sphère d'activité concernée à une telle autorisation, cela signifie qu'il a estimé que l'activité en question présentait un bénéfice social supérieur au risque encouru à condition que certaines exigences soient respectées. Leur respect est alors nécessaire à l'autorisation du risque. Le second type de paramètres a trait à l'observation de l'ensemble des règles de conduite qui régissent la sphère d'activité concernée. Il peut s'agir de règles étatiques qui se trouvent en dehors du champ pénal. Il peut également s'agir de règles non étatiques qui émanent d'ordres juridiques sectoriels, comme c'est le cas des règles de l'art ou des règles du jeu. Dans tous les cas, l'expérience a montré que le respect de ces règles était nécessaire pour que le bénéfice de l'activité concernée continue de surpasser le danger qu'elles présentent pour la vie ou l'intégrité d'autrui.

Le respect du cadre purement judiciaire est ensuite déterminé par le juge pénal qui doit évaluer une série de paramètres *ex ante*. Il doit tout d'abord établir que l'agent n'avait aucune connaissance particulière que le risque lié à son action se réaliserait dans le cas d'espèce car seule l'existence d'un risque général peut être admise en droit pénal. Ce risque général doit ensuite avoir été diminué jusqu'à un seuil raisonnablement admissible. Le juge procède alors à une dernière mise en balance dans laquelle il analyse le rapport «bénéfice-risque» de l'action de l'agent en se référant aux circonstances concrètes de l'espèce.

Il apparaît dès lors que l'établissement du risque autorisé en pratique a fait l'objet d'une réflexion extrêmement riche et développée par la doctrine suisse. Les auteurs helvètes recourent ainsi à de nombreux paramètres, innovants et audacieux, qui participent par leur complétude à une meilleure prévisibilité des solutions pénales. Ces éléments de réflexion présentent alors un grand intérêt pour le comparatiste français qui cherche à préciser le seuil de la répression du fait non intentionnel dans son propre droit. Après avoir étudié ces éléments de réflexions, il lui est ensuite possible de s'en inspirer pour renouveler sa façon de déterminer l'erreur irréductible, en adoptant une approche plus dynamique et actuelle de ce qui constitue la gestion normalement diligente d'un risque.

Chapitre 2 La détermination renouvelée de l'erreur irréductible

527. Méthode proposée

En droit français, la théorie de l'erreur irréductible n'a pas fait l'objet de grands développements doctrinaux, si bien qu'il n'est pas aisé en pratique d'identifier ce qui n'est que simple erreur. Généralement, la doctrine se détermine en renvoyant simplement à la notion traditionnelle de diligence, sans véritablement en interroger la portée et les applications en matière de gestion du risque. L'objectif du présent chapitre est donc de nourrir ces maigres développements en s'inspirant des réflexions du droit suisse.

A cette fin, comme nous l'avons expliqué en introduction²²⁸⁸, il conviendra d'effectuer une greffe du droit français, en introduisant le greffon de la pensée du risque autorisé dans l'arbre de l'erreur irréductible que nous souhaitons compléter et améliorer. Au cours de cette démarche, le comparatiste français ne doit pas essayer d'importer purement et simplement tout le contenu du risque autorisé dans son droit interne, en tentant de l'introduire tel quel dans la théorie de l'erreur irréductible. D'une part, une telle démarche ne présenterait aucun intérêt pour le lecteur, qui relirait une seconde fois les mêmes développements qu'il a déjà lus à propos du risque autorisé. D'autre part, et c'est la raison la plus importante, une telle démarche risquerait de conduire au rejet du greffon proposé car il ne serait pas suffisamment adapté pour assurer une bonne compatibilité avec le système qui l'accueille. Ainsi, le comparatiste français doit au contraire essayer d'insuffler l'esprit de l'institution étrangère au travers d'une proposition adaptée à la réalité de son droit national, en élaborant sur sa propre rive une construction innovante qui puisse parler aux juristes de son bord. Il doit donc s'autoriser à prendre une certaine liberté par rapport au droit étranger, en ne cherchant pas nécessairement à faire correspondre en tout point sa proposition avec l'institution étrangère, l'erreur irréductible ne correspondant pas directement au risque autorisé. Il peut ainsi librement choisir d'emprunter ou non les éléments de réflexion issus de l'institution étrangère, à condition qu'il en fasse un emploi utile pour sa proposition. Il donne ainsi tout son sens à la démarche comparée, car s'il n'avait pas recouru au droit étranger, il n'aurait pas même eu l'idée de ce qu'il propose. Le droit suisse lui permet alors d'être force de proposition.

En puisant dans les ressources profondes de son propre droit et en s'inspirant des éclairages suisses, le comparatiste pourra dès lors repenser la manière de déterminer l'erreur irréductible en proposant une nouvelle mouture de la notion de diligence en droit français. La démarche se veut plus exploratoire qu'exhaustive, dans la mesure où elle n'a pas la prétention de donner une nouvelle méthode parfaite qui viendrait

²²⁸⁸ Voir introduction, n° 52.

systématiquement remplacer la présentation traditionnelle du fait non intentionnel. Elle cherche plutôt à formuler une proposition pouvant se présenter comme un complément au droit positif, proposition qui vient jeter les bases d'une nouvelle approche prenant en compte la nécessité du risque. Cette proposition vise à assurer une meilleure prévisibilité des solutions en matière non intentionnelle, en donnant aux juges pénaux certains repères pour déterminer de manière mesurée et équilibrée les risques qui doivent être admis par le droit répressif. Elle permettra ainsi d'améliorer en ce domaine la portée préventive du droit pénal, puisque celui-ci ne doit pas seulement servir à réprimer mais aussi à encadrer les activités à risque dans une visée éducative afin d'assurer une meilleure protection des valeurs sociales essentielles.

Pour illustrer notre démarche, nous nous reporterons comme dans le chapitre précédent aux quatre cas qui ont été présentés en tête de ce titre. Il conviendra de déterminer si les différents protagonistes ont seulement commis une erreur irréductible en restant dans le cadre d'une gestion diligente du risque lié à leur activité.

528. Diligences normales pour la détermination de l'erreur

Depuis 1996, le terme de diligence est expressément mentionné au troisième alinéa de l'article 121-3 du Code pénal français et a été maintenu après la réforme de 2000. Ainsi, toute activité à risque doit désormais respecter les « *diligences normales* ». Si l'introduction de ce critère a donné un solide appui textuel à la théorie de l'erreur irréductible, celui-ci a néanmoins fait l'objet de certaines critiques, notamment lors des discussions parlementaires, en raison de ses contours flous et incertains²²⁸⁹. La question se pose en effet de savoir comment l'expression de « *diligence normale* » doit être interprétée dans le cas concret, en particulier dans le cadre d'une activité à risque. Qu'est-ce qui est normal ? Qu'est-ce qui ne l'est pas ?²²⁹⁰

Jusqu'à présent, la doctrine a apporté peu de réponses à ces questions. La tâche nous revient donc d'essayer de préciser le sens de cette expression. Il s'agira de chercher à dégager la logique générale des « *diligences normales* » en mettant en exergue les différents paramètres objectifs qui peuvent contribuer à en établir la réalité dans une espèce donnée. Outre l'énumération exemplative de la loi, il conviendra, à l'aune des découvertes du droit suisse, de proposer de nouveaux paramètres, dynamiques et mieux orientés vers ce que doit être une bonne gestion du risque. Cela sera l'occasion d'étudier globalement la manière dont ces différents paramètres doivent interagir entre eux.

²²⁸⁹ Journal officiel de la République française, séance du 22 février 1996, intervention de P. PÉL-LISARD.

²²⁹⁰ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, thèse, Poitiers, 2006, p. 258.

Pour commencer cette réflexion, l'adjectif «*normal*» qui qualifie les diligences nous semble tout particulièrement éclairant. Ce terme est emprunté au latin *normalis* qui signifie «fait à l'équerre»²²⁹¹. Il évoque ainsi ce qui est droit et adéquat, c'est-à-dire le comportement qui doit être²²⁹². Il s'agit d'un terme polysémique pouvant être compris de deux manières différentes. Il renvoie d'une part à la norme en tant que règle de conduite devant être observée²²⁹³ et, d'autre part, à ce qui est «modéré, moyen, raisonnable, par opposition à ce qui est excessif [ou déraisonnable]»²²⁹⁴.

Ce double sens invite alors le juge pénal à examiner les diligences accomplies en deux temps successifs, qui font écho aux deux temps que nous avons identifiés pour déterminer le risque autorisé en droit suisse. Le juge doit tout d'abord s'assurer que l'agent a bien géré le risque dans le respect des normes qui régissent son domaine d'activité (Section 1). Ces normes ne pouvant pas envisager toutes les situations, le juge doit ensuite évaluer la gestion que l'agent a effectuée du risque lié à son activité dans les circonstances de l'espèce. Il ne doit alors pas attendre de l'agent d'avoir géré ce risque comme une personne idéale, abstraite des servitudes inhérentes à la condition humaine²²⁹⁵, mais seulement d'une manière normale, raisonnable (Section 2).

Section 1 La gestion du risque dans le respect des normes

529. Normalité comme conformité à la norme

Toutes les activités humaines sont régies par un certain nombre de normes qui fixent la conduite à adopter dans le domaine. Chaque individu sait qu'il doit y conformer son comportement, s'il veut atteindre de manière licite et adéquate le résultat proposé à son action²²⁹⁶.

Selon le dictionnaire *Vocabulaire juridique*, la norme peut se définir, dans son acception générale, comme un «terme scientifique, employé (...) comme équivalent de règle de droit – proposition abstraite et générale –, qui évoque (...) la valeur obligatoire attachée à la règle de conduite et qui offre l'avantage de viser d'une manière générale toutes les règles présentant ce caractère, quels qu'en soient la source [:] loi, traité, voire règle de droit naturel (...)»²²⁹⁷.

²²⁹¹ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e édition, entrée «normal».

²²⁹² R. SEILLAN, «Infractions d'imprudence, l'appréciation *in concreto* de la faute depuis la loi du 13 mai 1996», *Recueil Dalloz*, 1997, p. 200 et s.

²²⁹³ KELSEN, *Théorie générale des normes*, Presses universitaires de France, 1979, p. 4.

²²⁹⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, 13^e édition, 2020, entrée «normal».

²²⁹⁵ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, thèse, Paris, 1973, p. 81.

²²⁹⁶ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, Vaillant-Carmanne, 1959, p. 72.

²²⁹⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, entrée «norme». Sur le caractère obligatoire de la norme, voir également F. BRUNET, *La normative en droit*, Mare et Martin, Bibliothèque des thèses, 2011, p. 222 et s.

Cette définition met en évidence le fait qu'il existe une grande diversité de normes, écrites ou non écrites, qui déterminent les règles qui s'imposent à l'agent²²⁹⁸. Parmi ces règles, seules celles qui ont pour objet la prudence et la sécurité de l'activité doivent être prises en considération pour déterminer la bonne gestion du risque par l'agent. Leur respect est nécessaire pour que l'agent puisse invoquer une erreur irréductible. Il s'agit d'« obligations préexistantes »²²⁹⁹ à son action, pour reprendre la formule de PLANIOL, qui permettent au juge pénal d'évaluer le comportement de l'agent sans être influencé par le dommage survenu²³⁰⁰ mais en s'appuyant sur des considérations techniques adaptées au domaine. Ces règles ne doivent intéresser le juge que lorsque leur éventuelle violation est susceptible d'être à l'origine du dommage²³⁰¹.

En droit français, il apparaît que la plupart de ces règles sont prévues par des normes présentant une valeur légale ou réglementaire (I). D'autres, en revanche, n'entrent pas dans ce champ-là, à l'image des règles de l'art, bien qu'elles jouent un rôle essentiel pour fixer la conduite à observer (II).

I Les normes présentant une valeur légale ou réglementaire

530. Présentation de ces normes

Les normes dotées d'une valeur légale ou réglementaire sont les premières qui doivent guider le juge pénal lorsqu'il apprécie les diligences qu'un individu a accomplies pour gérer le risque lié à son activité.

Ces normes sont élaborées par l'autorité compétente qui, après avoir recouru à une certaine analyse bénéfice-risque, estime que l'activité en question ne pourra présen-

²²⁹⁸ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, Presses universitaires de France, 1979, p. 3.

²²⁹⁹ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, Librairie générale de droit & de jurisprudence, 11^e édition, 1931, p. 283. Cet auteur définit la faute comme le «manquement à une obligation préexistence».

²³⁰⁰ C. GRAPIN, *La responsabilité chirurgicale*, Sauramps Médical, 2000, p. 496.

²³⁰¹ Conformément à l'exigence de causalité certaine, la jurisprudence a eu à plusieurs reprises l'occasion de rappeler que la violation d'une norme par un individu ne peut conduire à engager sa responsabilité pénale qu'à condition que ladite violation ait été causale du dommage, ce qui restreint les normes pouvant être envisagées par le juge. A défaut de lien de causalité, aucune infraction d'homicide ou de blessures non intentionnelles ne peut être retenue à l'encontre du prévenu. Voir par exemple CA Grenoble, 18 novembre 2014, n° 14/00600, AJ Pénal 2015. 145, concernant un moniteur de canoë kayak qui, bien qu'interdit d'exercer à la suite d'une condamnation pour consommation de stupéfiants, a accepté d'encadrer une sortie au cours de laquelle est survenu un accident. Dans cette espèce, les juges ont exclu la responsabilité du prévenu car il n'existait aucun lien causal entre sa faute et le dommage, dès lors que l'interdiction qui lui avait été notifiée découlait seulement d'un manquement à l'obligation d'honorabilité des cadres sportifs mais en aucune façon d'un manque de qualification et que, en outre, il avait accompli en l'espèce toutes les diligences normales pour sauver la victime.

ter une balance favorable qu'à condition que certaines prescriptions aient été respectées. Ces normes permettent ainsi aux pouvoirs législatif et réglementaire d'établir ensemble une véritable politique de gestion des risques qui vise à limiter les conséquences potentiellement dommageables des activités jugées nécessaires à la vie de la société.

Ces normes encadrent le risque dans de nombreux domaines d'activité, tels que la circulation routière, les transports aériens, la construction, la médecine, l'industrie ou encore en matière de travail salarié²³⁰². Elles peuvent dès lors se trouver dans différentes branches du droit, comme le droit civil, le droit du travail ou encore celui de la circulation routière. Dans certains cas, elles revêtent une dimension pénale, en ce que leur respect est exigé sous la menace d'une sanction²³⁰³. Le plus souvent néanmoins, il s'agit de normes qui ne sont assorties d'aucune sanction et dont le seul objectif est de fixer les règles de sécurité à observer dans une situation donnée²³⁰⁴.

531. Rôle prescriptif et non justificatif de ces normes

Le rôle de ces normes ne doit pas être confondu avec celui des normes extra-pénales que la doctrine utilise parfois en matière intentionnelle pour justifier, sur le fondement de la permission de la loi ou du règlement²³⁰⁵, certains comportements qui auraient *a priori* dû tomber sous le coup de la loi pénale. Il en va classiquement ainsi de l'acte médical, qui s'apparente techniquement à «un acte d'agression contre l'intégrité corporelle au sens où il consiste à attenter au corps humain par un moyen physique ou chimique»²³⁰⁶. Théoriquement, le délit de violence intentionnelle devrait alors être retenu à chaque fois qu'un médecin effectue volontairement un acte médical²³⁰⁷. Tel n'est heureusement pas le cas du fait, dit-on, qu'il existe un ensemble de lois et de règlements relatifs à l'accès et à l'exercice de la profession qui autorisent tacitement le médecin à effectuer de tel actes²³⁰⁸. L'acte médical normal devient alors licite sous l'effet de la permission de la loi.

Les règles de prudence ou de sécurité présentant une valeur légale ou réglementaire ne jouent absolument pas ce rôle-là en matière non intentionnelle. Comme nous l'avons

²³⁰² R. SEILLAN, «Infractions d'imprudence, l'appréciation *in concreto* de la faute depuis la loi du 13 mai 1996», *op. cit.*, p. 200.

²³⁰³ Il en va ainsi lorsque l'autorité réglementaire a érigé le non-respect de la règle en contravention, comme pour l'obligation de s'arrêter au feu rouge prévue à l'art. R. 412-30 CRF.

²³⁰⁴ Selon l'art. R. 610-5 CPF, toute violation des obligations prévues par les règlements de police constitue une contravention de 1^{re} classe.

²³⁰⁵ Art. 122-4 al. 1 CPF: «*N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires*».

²³⁰⁶ B. PY, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, thèse, Nancy, 1993, p. 3.

²³⁰⁷ S. HOCQUET-BERG et B. PY, *La responsabilité du médecin*, Paris, France, Heures de France, 2006, n° 210 et B. PY, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, *op. cit.*, p. 15 et s.

²³⁰⁸ *Ibid.*, p. 26.

vu en droit suisse²³⁰⁹, ces règles ne visent pas à justifier telle ou telle action risquée dans un domaine donné, et encore moins le dommage qui en découlerait²³¹⁰. Bien au contraire, elles cherchent à encadrer les activités à risque, en prescrivant comment celles-ci doivent être entreprises afin d'éviter qu'un dommage ne se produise. Tel est notamment le cas en matière médicale où ces normes prescrivent certaines règles de conduite à adopter pour ne pas commettre d'imprudance²³¹¹. Elles jouent donc un rôle essentiellement prescriptif.

532. Réception de ces normes

En droit français, il n'existe pas de principe clairement établi comme celui de l'unité de l'ordre juridique en droit suisse²³¹² qui permet au juge pénal de recourir à n'importe quelle norme étatique de l'ordre juridique. En droit répressif français, au contraire, seul un principe d'autonomie de la matière a été formalisé, selon lequel le droit pénal fonctionne au regard de ses propres règles, indépendamment des autres branches du droit. Toutefois, cela ne signifie pas pour autant que le droit pénal français est hermétique aux normes légales et réglementaires issues des autres branches juridiques. En matière non intentionnelle tout particulièrement, la loi pénale ne suffit pas à appréhender l'ensemble des domaines d'activité très variés et souvent trop techniques auquel le juge pénal est confronté. En conséquence, il est obligé, pour évaluer les diligences accomplies, de se référer à d'autres normes édictées par le pouvoir législatif ou réglementaire qui sont spécifiques au domaine concerné. Ces normes étant formellement contraignantes pour l'agent, elles doivent être prises en considération par le juge pénal. Pour s'en convaincre, il suffit d'ailleurs de se référer aux termes de l'article 121-3 du Code pénal français qui renvoient expressément aux obligations « *prévues par la loi ou le règlement* », créant ainsi en matière non intentionnelle un lien de dépendance très étroit entre la loi pénale et les autres branches du droit²³¹³.

533. Normes et portée

Pour éclairer la démarche du juge pénal, il est alors nécessaire d'identifier les normes qui présentent une valeur légale ou réglementaire au sens de l'article 121-3 du Code pénal français (A), afin de pouvoir, ensuite, discuter de leur portée dans l'évaluation de la gestion du risque (B).

²³⁰⁹ Voir 2^e partie, titre 1, chapitre 1, section 2, I, A, 1: Les faits justificatifs légaux, n° 340 et titre 2, chapitre 1, section 1, I, B, 2: Les sphères d'activité ne nécessitant aucune autorisation, n° 459.

²³¹⁰ J. MOULY et C. DUDOGNON, « Sport », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2021, n° 100.

²³¹¹ B. PY, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, op. cit., p. 263 et s.

²³¹² Voir 2^e partie, titre 2, chapitre 1, section 1, II, A, 2: La réception de ces règles, n° 474.

²³¹³ PH. SALVAGE, *Droit pénal général*, Presses Universitaires de Grenoble, 8^e édition, 2016, p. 6.

A Les normes concernées

534. Normes légales et réglementaires

Si au premier abord il peut sembler facile d'identifier les normes ayant une valeur légale ou réglementaire au sens de l'article 121-3 du Code pénal français, il s'avère en pratique que la question est beaucoup plus complexe qu'il n'y paraît, dès lors que les contours des domaines légal et réglementaire sont parfois difficiles à définir. Pour identifier les normes concernées, il s'agira d'abord d'envisager la loi et le règlement dans leur acception traditionnelle (1) avant de s'intéresser aux normes qui peuvent leur être assimilées (2).

1 La loi et le règlement

535. Loi au sens constitutionnel

Formellement, les termes de «loi» et de «règlement» se définissent par référence à leur source. La loi désigne l'acte contraignant qui émane du pouvoir législatif²³¹⁴. En France, elle est l'œuvre du Parlement français, qui la vote selon une procédure spécifique fixée par la Constitution²³¹⁵. Elle doit ensuite être promulguée par le Président de la République pour entrer en vigueur.

La Constitution de 1958 a circonscrit le domaine de la loi, en énonçant qu'elle ne peut intervenir que dans certaines matières énumérées à l'article 34²³¹⁶, les autres appartenant au domaine résiduel du règlement selon l'article 37. Cette liste s'avère assez restrictive, si bien que, hormis le droit du travail, elle ne vise aucune matière qui autoriserait le législateur à établir des règles de sécurité pour régir les activités à risque. Cependant, la jurisprudence libérale du Conseil constitutionnel et la pratique institu-

²³¹⁴ Le terme de «loi» peut également renvoyer aux règlements européens. Possédant une valeur supérieure aux lois du droit interne, le juge pénal les fait alors naturellement entrer dans la catégorie de la «loi» visée par l'article 121-3 du Code pénal français. Il doit les faire primer sur le droit interne lorsque les règles qu'ils édictent sont plus strictes ou détaillées que celles du droit national (J.-L. CLERGERIE, A. GRUBER et P. RAMBAUD, *Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*, Dalloz, 13^e édition, 2020, p. 247 et C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN, J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, Larcier, 2016, p. 142). Voir par exemple Cass. crim., 31 mars 2020, n° 19-82.171, Dalloz actualité, 14 mai 2020, obs. Charlent, AJ Pénal 2020. 356, obs. Lasserre-Capdeville. Cet arrêt retient au titre de la faute délibérée la violation des obligations prévues par le règlement n° 178/2002 du 28 janvier 2002 par une personne qui a sciemment mis sur le marché des steaks hachés potentiellement dangereux sans faire réaliser les analyses qui s'imposaient. Ce raisonnement devrait pouvoir être étendu aux règles de sécurité prévues par un accord ou traité international en vertu de l'art. 55 de la Constitution.

²³¹⁵ P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT et M. TOURBE, *Droit administratif*, Sirey, 17^e édition, 2021, p. 187.

²³¹⁶ *Ibid.*, p. 189.

tionnelle ont progressivement étendu le champ de la loi²³¹⁷, admettant ainsi que le législateur prenne des mesures pour encadrer les domaines d'activité à risque.

Dès lors, le juge pénal peut trouver dans la loi de nombreuses obligations qui édictent des modèles de conduite particuliers afin d'assurer la sécurité de l'activité concernée. Il peut par exemple se référer aux nombreuses règles du Code du travail français qui visent à prévenir les accidents professionnels. L'article L. 4141-2 de ce Code prévoit notamment qu'il incombe à l'employeur d'organiser une formation pratique et appropriée à la sécurité pour ses salariés. Le juge peut donc vérifier que la formation reçue était appropriée aux tâches à accomplir²³¹⁸. De même, le juge pénal peut se référer aux différentes lois relatives à la sécurité sanitaire, qui visent à «réduire les risques iatrogènes, les accidents et les incidents liés aux traitements, aux actes de diagnostic comme aux actions de prévention»²³¹⁹. Généralement, la loi fixe les principes fondamentaux de sécurité qui doivent être respectés et renvoie au règlement pour ce qui est du détail de leur mise en œuvre.

536. Règlement au sens constitutionnel

Comme nous l'avons signalé en première partie²³²⁰, le règlement visé à l'article 121-3 du Code pénal français doit être entendu au sens constitutionnel du terme. Selon cette acception, il désigne un acte contraignant, à caractère général et impersonnel, qui émane «d'une autorité exécutive ou administrative»²³²¹. Cette définition restrictive a pour effet d'exclure du domaine du règlement les textes tels que les circulaires et les instructions ministérielles ou encore les règlements intérieurs d'entreprise ou d'admi-

²³¹⁷ Site de l'Assemblée nationale, Fiche de synthèse n° 31 – le domaine de la loi: www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/role-et-pouvoirs-de-l-assemblee-nationale/les-fonctions-de-l-assemblee-nationale/les-fonctions-legislatives/le-domaine-de-la-loi. En particulier, le Conseil constitutionnel a rendu une décision importante le 30 juillet 1982 (n° 82-143) dans laquelle il a précisé «*que, par les articles 34 et 37, alinéa 1^{er}, la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi, mais a voulu, à côté du domaine réservé à la loi, reconnaître à l'autorité réglementaire un domaine propre et conférer au Gouvernement (...) le pouvoir d'en assurer la protection contre d'éventuels empiètements de la loi*».

²³¹⁸ Voir par exemple Cass. crim., 11 juin 2013, n° 12-84.499, Dr. soc. 2014. 137, chron. Salomon et 269, étude Salomon, qui retient la violation de cette obligation au titre de la faute délibérée, car l'employeur s'était contenté de remettre à ses deux salariés un livret d'accueil et de consignes générales de sécurité qu'il avait commentés durant une demi-heure.

²³¹⁹ C. GRAPIN, *La responsabilité chirurgicale*, op. cit., p. 613. Voir par ex. la loi n° 93-5 du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament, qui dispose à son article 15 que, dans certains territoires d'outre-mer, «*le sang, ses composants et leurs dérivés ne peuvent être distribués ni utilisés sans qu'aient été faits des analyses biologiques et des tests de dépistage de maladies transmissibles, dans les conditions définies par l'autorité territoriale compétente*» (Art. L. 666-4 CSP).

²³²⁰ Voir 1^{re} partie, titre 2, chapitre 1, section 1, II, A : La faute simple, n° 187 et B, 2 : La faute délibérée, n° 190.

²³²¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., entrée «règlement».

nistration²³²². En dépit de ce sens strict, il n'en reste pas moins qu'il existe une grande variété de règlements qui sont susceptibles d'héberger des règles de prudence ou de sécurité, à commencer par les décrets, les arrêtés et les ordonnances.

Les décrets, tout d'abord, sont des actes administratifs réglementaires pris par l'une ou l'autre des deux plus hautes autorités exécutives de l'État, à savoir le Président de République et le Premier ministre²³²³. Nombre d'entre eux prévoient des obligations particulières de prudence ou de sécurité, comme c'est le cas du décret n° 80-331 du 7 mai 1980, portant règlement général des industries extractives (RGIE)²³²⁴, qui prévoit à son article 21 que, avant de déclencher la mine, le chef de tir doit établir un périmètre de sécurité qu'il doit faire évacuer et dont il doit interdire l'accès. Si un dommage survient sur ces chantiers, le juge pénal devra alors vérifier que l'agent a bien respecté ces obligations.

Les arrêtés, ensuite, sont d'autres actes administratifs réglementaires qui peuvent, quant à eux, être pris par diverses autorités administratives telles que par exemple les ministres dans le cadre de leurs attributions ministérielles, les conseils régionaux dans le cadre de leur région, les préfets dans le cadre de leur échelon territorial ou encore par les maires dans celui de leur commune²³²⁵. Ils permettent ainsi d'édicter des règles de sécurité qui s'appliquent spécifiquement à une matière ou à un territoire donné. Tel est le cas de l'arrêté du 12 mai 1997, modifié par l'arrêté du 1^{er} juin 2006, relatif aux conditions techniques d'exploitation d'avions par une entreprise de transport aérien public, dont l'annexe prévoit que l'exploitant doit effectuer un stage d'adaptation. Le juge pénal considère que même si ladite annexe n'est pas elle-même un règlement, cette obligation revêt tout de même un caractère réglementaire dès lors qu'elle tire sa force obligatoire de l'arrêté qui y renvoie expressément. En cas d'accident, pour examiner les diligences du gérant d'une société d'aviation, le juge pénal doit par conséquent vérifier que le pilote de l'avion avait correctement effectué le stage dans les conditions prévues par l'annexe²³²⁶.

²³²² M. BODECHER, « Spécial droit du ski: L'application de la loi du 10 juillet 2000 aux accidents de ski », *Recueil Dalloz*, 2004, p. 559 et s.; J. COHEN, *Droit du sport et droit pénal: recherche d'un équilibre*, thèse, Aix-Marseille, 2015, p. 338 et P. KOLB et L. LETURMY, *Cours de droit pénal général*, Gualino, 7^e édition, 2022, p. 184, n° 842.

²³²³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, entrée « décret ».

²³²⁴ Art. 21 du décret n° 80-331 du 7 mai 1980: le boute-feu (celui qui déclenche le tir de mine, le chef de tir) doit « faire évacuer le chantier et la zone dangereuse environnante définie par l'exploitant, prendre des dispositions pour en interdire l'accès selon les modalités fixées par l'exploitant, annoncer le tir par un signal spécifique, perceptible et connu du personnel concerné ».

²³²⁵ F. TERRÉ et N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 14^e édition, 2022, p. 455, n° 345.

²³²⁶ Voir par ex. Cass. crim., 8 septembre 2020, n° 18-82.150, D. 2020. 1718, JAC oct. 2000, note Steinlé-Feuerbach, Gaz. Pal. 6 oct. 2020. 49, obs. Berlaud, RSC 2020. 929, obs. Mayaud, qui

Il convient enfin de mentionner les ordonnances, qui constituent des actes administratifs originaux puisque, aux termes de l'article 38 de la Constitution, elles ne revêtent une valeur réglementaire que durant un certain laps de temps. Pour l'exécution de son programme ou pour transposer une directive européenne, le Gouvernement peut demander au Parlement de l'autoriser, pour une durée limitée, à édicter par ordonnance des règles « sans avoir à se préoccuper de la distinction des domaines législatifs et réglementaires »²³²⁷. Après avoir reçu l'habilitation, c'est le Conseil des ministres qui prend les ordonnances, qui ont valeur réglementaire à compter de leur publication. Après un certain délai, elles doivent ensuite être ratifiées par le Parlement, qui leur octroie ensuite rétroactivement force de loi²³²⁸. Les règles de sécurité prévues par ces ordonnances devront également être prise en compte par le juge pénal au titre soit du règlement soit de la loi, selon l'étape de la procédure.

537. Normes reprises par l'autorité réglementaire

Il arrive ensuite que certaines règles de prudence ou de sécurité qui n'ont pas été établies par l'autorité réglementaire soient toutefois reprises par le pouvoir réglementaire sous la forme d'un décret ou d'un arrêté. Dès lors, ces règles entrent également dans le champ du règlement visé à l'article 121-3 du Code pénal français.

538. Codes de déontologie (1)

Il en va ainsi, pour commencer, des règles contenues dans les codes de déontologie. Ces codes, autrefois appelés « codes de devoir » ou même « diligences normales »²³²⁹, sont généralement établis par les différents ordres professionnels qui ont pour mission d'assurer l'exercice correct d'une profession²³³⁰. Toutefois, la plupart des ordres professionnels n'ont en réalité aujourd'hui qu'un pouvoir de proposition ou d'avis²³³¹. Ainsi, même si ces ordres « préparent » effectivement ces codes, c'est en revanche le Gouvernement qui les édicte en vertu de la compétence normative qu'il tient de la loi²³³². Par exemple, l'article L. 4127-1 du Code de la santé publique prévoit clairement que, pour les métiers de la santé, « *un code de déontologie est préparé par le conseil national de l'ordre intéressé* » puis est « *édicte sous la forme d'un décret* » pris après avis du Conseil d'État. Les règles de déontologie médicale font ainsi l'objet d'une codification dans la partie régle-

retient la violation de cette obligation au titre de la faute délibérée car c'est en raison de l'incompétence grossière du pilote qu'un accident mortel est survenu.

²³²⁷ P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT et M. TOURBE, *Droit administratif*, op. cit., p. 190.

²³²⁸ *Ibid.*, p. 191 ; S. FOURNIER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 2^e édition, 2021, p. 44, n° 77 et H. RENOUT, *Droit pénal général*, Larcier, 18^e édition, 2013, p. 44.

²³²⁹ F. TERRÉ et N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 557, n° 411.

²³³⁰ J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, 28^e édition, 2020, p. 279.

²³³¹ P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT et M. TOURBE, *Droit administratif*, op. cit., p. 228.

²³³² B. FAURE, « Le problème du pouvoir réglementaire des autorités administratives secondaires », *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 19 (Dossier: loi et règlement)*, janvier 2006.

mentaire du Code de la santé publique sous les numéros R. 4127-1 à R. 4127-112. Outre l'éthique, ces règles prévoient des obligations de prudence et de sécurité qui s'imposent à toute la profession. L'article R. 4127-71 de ce Code énonce par exemple que « *le médecin (...) doit notamment veiller à la stérilisation et à la décontamination des dispositifs médicaux qu'il utilise (...)* ». Le juge pénal doit alors vérifier, au titre du respect des dispositions réglementaires, que ces règles ont été correctement appliquées par le professionnel dans l'espèce qui lui est soumise.

539. Normes Afnor (2)

Il en va également ainsi, pour continuer, des normes élaborées par l'Association française de normalisation (Afnor), qui centralise et coordonne les travaux de normalisation en France. Cet organisme a vocation à fournir aux entreprises, aux administrations et aux associations des documents de référence dans les domaines techniques, qui sont élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées²³³³. Pour ce faire, il édicte alors des normes qui fixent des lignes directrices, des prescriptions techniques ou qualitatives concernant aussi bien des produits, des services que des pratiques²³³⁴. Les normes Afnor présentent la particularité d'être des normes payantes, protégées par *copyright*²³³⁵, qui sont d'application volontaire. Elles servent le plus souvent de référentiel dans les marchés public et ne s'appliquent alors que si le marché s'y réfère²³³⁶. En raison de leur caractère non contraignant, ces normes ne peuvent en principe pas servir à évaluer les diligences accomplies par l'agent. Toutefois, certaines d'entre elles peuvent « *être rendues d'application obligatoire par arrêté signé du ministre chargé de l'industrie et du ou des ministres intéressés* »²³³⁷. Les normes concernées sont alors consultables gratuitement sur le site internet de l'Association française de normalisation²³³⁸. Ces normes doivent alors être prises en considération par le juge pénal au même titre que n'importe quel autre règlement. Elles lui donnent ainsi un cadre pour évaluer la façon dont l'agent a géré le risque lié à son activité en posant des exigences de sécurité minimum à respecter²³³⁹.

540. Règles émanant d'AAI (3)

Il en va encore ainsi, pour terminer, des règles énoncées par certaines autorités administratives indépendantes. Leur mission est d'assurer le fonctionnement harmonieux de secteurs déterminés dans lesquels le Gouvernement ne souhaite pas intervenir di-

²³³³ Art. 1 du décret n° 2009-697 datant du 16 juin 2009.

²³³⁴ Afnor normalisation: normalisation.afnor.org/normes-definition/.

²³³⁵ Afnor normalisation, foire aux questions: normalisation.afnor.org/foire-aux-questions/normes-volontaires-gratuites/#:~:text=Les%20normes%20volontaires%20sont%20des,%C3%A0%20jour%20selon%20les%20besoins.

²³³⁶ Art. 17 al. 1 du décret n° 2009-697 datant du 16 juin 2009.

²³³⁷ Art. 17 al. 2 du décret n° 2009-697 datant du 16 juin 2009.

²³³⁸ Boutique Afnor: www.boutique.afnor.org/.

²³³⁹ A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, L.G.D.J., 1989, p. 220.

rectement²³⁴⁰. Parfois, elles sont elles-mêmes dotées d'un pouvoir réglementaire²³⁴¹ leur permettant d'adopter certaines «mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu»²³⁴². Dans d'autres cependant, les règles édictées ne revêtent un caractère réglementaire qu'après avoir été homologuées par décret. C'est le cas de l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN) qui peut prévoir des dispositions à caractère technique pour «compléter les modalités d'application des décrets et arrêtés pris en matière de sûreté nucléaire ou de radioprotection»²³⁴³. Ces dispositions ne revêtent toutefois un caractère réglementaire qu'après avoir reçu homologation par les «ministres chargés de la sûreté nucléaire, pour celles d'entre elles qui sont relatives à la sûreté nucléaire ou [par les] ministres chargés de la radioprotection, pour celles d'entre elles qui sont relatives à la radioprotection»²³⁴⁴. Lorsque les dispositions homologuées précisent des règles de sécurité, le juge pénal doit alors s'y référer comme à tout règlement.

Les juges pénaux se sont en outre demandés si la loi et le règlement visé à l'article 121-3 du Code pénal français ne pouvaient pas également inclure d'autres règles de sécurité.

2 Les normes assimilées

541. Normes assimilables

Il est possible d'envisager que d'autres règles de sécurité soient assimilées à la loi ou au règlement visé à l'article 121-3 du Code pénal français. Il en va ainsi des règles du jeu en sport (a) et des règles relatives aux autorisations administratives (b).

a Les règles du jeu sportif

542. Valeur des règles du jeu

La question s'est posée de savoir si, en sport, les règles du jeu devaient être considérées comme ayant un caractère réglementaire au sens de l'article 121-3 du Code pénal français. *A priori*, on pourrait être tenté de les écarter du champ réglementaire dès lors que ces règles sont édictées par des fédérations sportives, qui sont constituées sous forme d'association²³⁴⁵, c'est-à-dire de personnes privées.

Toutefois, les personnes publiques n'ont pas le monopole de la fabrication des règlements et il peut arriver que certains pouvoirs réglementaires soient confiés à des orga-

²³⁴⁰ « Quel est le rôle des AAI ou des API en matière de régulation ? » : <www.vie-publique.fr/fiches/20240-aai-et-api-role-de-regulation>.

²³⁴¹ F. TERRÉ et N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 569, n° 425.

²³⁴² P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT et M. TOURBE, *Droit administratif*, op. cit., p. 226.

²³⁴³ ASN, la réglementation : <www.asn.fr/Reglementer>.

²³⁴⁴ *Ibid.*

²³⁴⁵ Art. L. 131-2 al. 1 CS.

nismes privés²³⁴⁶. Le Conseil d'État l'a affirmé dès 1938, en admettant dans son arrêt *Caisse primaire aide et protection*²³⁴⁷ «qu'un service public [peut] être confié à un particulier en dehors du système de la concession de service public»²³⁴⁸. A la suite de cet arrêt, de nombreux organismes privés ont été reconnus «comme gérant un service public administratif ou participant à l'exécution d'une mission de service public administratif»²³⁴⁹. Les actes accomplis dans le cadre de leur mission de service public constituent alors des actes administratifs pouvant présenter un caractère réglementaire²³⁵⁰.

543. Fédérations sportives délégataires

Il en va ainsi de certaines fédérations sportives agréées, qui bien qu'étant des organismes privés exerçant en toute indépendance²³⁵¹, participent «à la mise en œuvre des missions de service public relatives au développement et à la démocratisation des activités physiques et sportives»²³⁵². Ces fédérations agréées peuvent, pour certaines d'entre elles, devenir délégataires de l'État²³⁵³. C'est ce que la loi prévoit à l'article L. 131-14 du Code du sport en disposant que, «dans chaque discipline sportive et pour une durée déterminée, une seule fédération agréée reçoit délégation du ministre chargé des sports». La fédération délégataire de chaque discipline est alors la seule à pouvoir prendre l'appellation de «Fédération française de» ou «Fédération nationale de»²³⁵⁴. Ce sont elles, qui, aux termes de l'article L. 131-16 du Code du sport, «éditent les règles techniques propres à leur discipline (...)», dans le respect des règlements internationaux²³⁵⁵.

544. Règles édictées par ces fédérations

Ces règles constituent une véritable «législation miniature» pour reprendre l'expression du Professeur JEAN HONORAT²³⁵⁶. Elles présentent un intérêt capital car elles fixent l'essentiel des prescriptions relatives à l'hygiène, à la sécurité et au bon fonctionnement des activités sportives²³⁵⁷. Dans le domaine des sports d'hiver par exemple, la Fédération française de ski énonce les différentes règles qui régissent la

²³⁴⁶ J. - F. LACHAUME, «Violation de la règle de droit, notion de règle de droit», *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 2013, n° 7.

²³⁴⁷ CE, 13 mai 1938, n° 57302, *Caisse primaire aide et protection*, GAJA, n° 47

²³⁴⁸ J. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, p. 268.

²³⁴⁹ *Ibid.*

²³⁵⁰ *Ibid.*

²³⁵¹ Art. L. 131-1 al. 2 CSF.

²³⁵² Art. L. 131-9 al. 1 CS.

²³⁵³ J. MOULY et C. DUDOGNON, «Sport», *op. cit.*, n° 18.

²³⁵⁴ Art. L. 131-17 CSF.

²³⁵⁵ P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT et M. TOURBE, *Droit administratif, op. cit.*, p. 228.

²³⁵⁶ J. HONORAT, «La répression des atteintes à l'intégrité corporelle consécutive à l'exercice des sports», *Recueil Dalloz*, 1969, p. 207.

²³⁵⁷ J. COHEN, *Droit du sport et droit pénal: recherche d'un équilibre, op. cit.*, p. 229.

conduite du skieur à la descente. Elle dispose notamment à la règle numéro 3, relative à la maîtrise de la direction, que le « *skieur amont, dont la position dominante permet le choix d'une trajectoire, doit prévoir une direction qui assure la sécurité du skieur et/ou du snowboarder aval* ». Ces règles permettent ainsi d'encadrer la conduite du sportif.

545. Caractère réglementaire de ces règles

Selon le Professeur GÉRALD SIMON, l'ensemble des règles édictés par les fédérations sportives délégataires revêtent alors « un statut comparable à celui des règlements autonomes pris dans le cadre de l'article 37 de la Constitution »²³⁵⁸. En raison de leur portée générale, elles doivent ainsi être comprises comme des actes administratifs réglementaires qui s'imposent à tous²³⁵⁹. Cette analyse est confortée par l'arrêt *FIFAS* du Conseil d'État, qui, en 1974, a reconnu à une fédération sportive délégataire le pouvoir d'émettre des actes administratifs à caractère réglementaire²³⁶⁰. La matière sportive est donc juridiquement couverte par le relais de ces structures délégataires²³⁶¹.

546. Confirmation par le juge pénal

A plusieurs reprises, les juges répressifs ont eu l'occasion de tirer les conséquences de cette analyse sur le plan pénal, en confirmant que les règles du jeu édictées par les fédérations sportives délégataires revêtent bien un caractère réglementaire au sens de l'article 121-3 du Code pénal français.

C'est tout d'abord le cas des juges pénaux de la Cour d'appel d'Anger qui, dans un arrêt du 11 décembre 2001²³⁶², ont admis la valeur réglementaire des règles édictées par la Fédération française des sports automobiles²³⁶³. Pour évaluer le comportement d'un directeur de course et de l'organisateur d'une épreuve de *karting*, ces juges se sont ainsi référés aux articles 7 et 31 du règlement national de *karting* qui prévoyaient respectivement, d'une part, la procédure à suivre et les raisons justifiant leur modification dans le

²³⁵⁸ G. SIMON, *Puissance sportive et ordre juridique étatique, contribution à l'étude des relations entre la puissance publique et les institutions privées*, L.G.D.J., Bibliothèques de droit public, tome 156, 1990, p. 233.

²³⁵⁹ J.-P. VIAL, « Les dirigeants sportifs à l'épreuve du risque pénal », *Les petites affiches*, 2002, n° 233, p. 12 et s.

²³⁶⁰ CE, 22 novembre 1974, n° 89828, *FIFAS*, au Lebon.

²³⁶¹ Y. MAYAUD, « Violences involontaires : applications et illustrations », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2006, n° 208.

²³⁶² CA Anger, 11 décembre 2001, n° 01/00375. Il convient de remarquer que cette affaire a trait non pas à une infraction d'atteinte non intentionnelle à la personne mais à l'infraction de mise en danger délibérée de la vie d'autrui. Cette dernière suppose la commission d'une faute de mise en danger délibérée au sens du deuxième aliéna de l'art. 121-3 CPF, qui se fonde, tout comme la faute délibérée de l'al. 4, sur la violation d'une loi ou d'un règlement au sens constitutionnel. Le raisonnement qui consiste à inclure les règles des fédérations sportives délégataires au titre du règlement peut alors facilement être transposé en matière d'atteinte non intentionnelle.

²³⁶³ J.-P. VIAL, « Les dirigeants sportifs à l'épreuve du risque pénal », *op. cit.*

cas particulier et, d'autre part, la présence d'une rangée de cônes en plastique souple, placés entre les deux colonnes de concurrents au moment du départ, afin de canaliser la file de pilotes²³⁶⁴. Ces règles doivent avoir été respectées par les prévenus au titre de leurs obligations réglementaires. Le juge pénal doit donc vérifier qu'ils ont bien appliqué la procédure, en disposant correctement lesdits plots au départ de la course.

C'est ensuite le cas des juges du Tribunal correctionnel de Mulhouse, qui, dans un jugement en date du 14 février 2002²³⁶⁵, ont admis que les « *consignes de la Fédération française d'études et de sports sous-marins* » revêtaient également un caractère réglementaire. Ces consignes disposaient notamment que le directeur de plongée doit se soumettre à certaines règles de sécurité lorsqu'il fait effectuer à ses élèves un exercice de remontée sans embout respiratoire. Ces règles s'imposaient alors à lui au même titre que toute autre disposition réglementaire.

Dans ces deux décisions, il ressort que, tout comme en droit suisse²³⁶⁶, le juge pénal prend le soin de se référer uniquement aux règles du jeu qui réglementent les comportements sportifs sur le plan de la sécurité²³⁶⁷, par opposition à celles qui fixent le déroulement du sport concerné. Ces dernières, telles que les règles du hors-jeu, du corner ou de la touche au football²³⁶⁸, n'entrent pas dans le champ pénal.

547. Synthèse sur les règles du jeu

En définitive, en droit français, même si les règles du jeu émanent d'un ordre juridique sportif doté d'une certaine indépendance, elles ne sont pas pour autant déconnectées de l'ordre juridique étatique, étant donné que la délégation expressément reçue par les fédérations qui les édictent permet à ces règles de revêtir une valeur réglementaire au sens constitutionnel.

²³⁶⁴ En l'espèce, le directeur de course et l'organisateur de l'épreuve n'avaient pas disposé les cônes au départ de la course, estimant que leur mise en place présentait plus d'inconvénients que d'avantages en termes de sécurité car les pilotes avaient tendance à les éjecter. Les juges ont considéré que les prévenus avaient commis des fautes de mise en danger délibérée au sens de l'article 121-3 CPF, « *en s'affranchissant des règles [de sécurité] fixées au plan national par une Fédération sportive qui agit, en France, sur délégation expresse des pouvoirs public* ».

²³⁶⁵ Trib. corr. Mulhouse, 14 février 2002, n° 02-213, Bull. inf. C. Cass. 2002, n° 772. Après un accident mortel de surpression pulmonaire survenu à un élève, les juges ont retenu une faute délibérée à l'encontre du directeur de plongée en raison de la violation des règles de sécurité édictées par la fédération: se rend coupable d'homicide non intentionnel « *par violation manifestement délibérée d'une obligation de sécurité ou de prudence, sur le fondement de l'article 121-3 du Code pénal, (...), le directeur de plongée qui, en méconnaissance des consignes de la Fédération française d'études et de sports sous-marins, a imposé à la victime un exercice de remontée de 10 mètres sans embout respiratoire dépassant largement ses capacités et son niveau* ».

²³⁶⁶ Voir 2^e partie, titre 2, chapitre 1, section 1, II, B, 1: Les règles non étatiques, n° 481.

²³⁶⁷ J.-P. VIAL, *Le risque pénal dans le sport*, Lamy, 2012, p. 80.

²³⁶⁸ F. BELLAAROUSSI, « Réflexions sur les rapports entre le droit pénal et le sport: une question renouvelée », *Gazette du Palais*, N° 255, 2004, p. 31 et s.

Il convient à présent de s'interroger sur le caractère légal ou réglementaire d'autres règles de sécurité, celles relatives aux autorisations administratives.

b Les règles relatives aux autorisations administratives

548. Valeur des autorisations administratives

La question s'est par ailleurs posée de savoir si la loi et le règlement visés à l'article 121-3 du Code pénal français pouvaient également comprendre certaines règles relatives aux autorisations administratives.

Par définition, les autorisations administratives ne constituent pas des actes réglementaires, dotés d'un caractère impersonnel et général, mais des actes individuels, qui concernent, personnellement, un ou plusieurs sujets nommément désignés²³⁶⁹. On pourrait alors penser que les règles relatives à ces autorisations doivent en conséquence être écartées du champ réglementaire. Ce n'est pourtant pas ce que décide le juge pénal qui, dans bien des cas, les assimile au règlement.

Il convient de distinguer selon qu'il s'agit de règles qui exigent l'obtention d'une autorisation administrative en elle-même ou bien de règles qui sont contenues dans cette autorisation.

549. Règles exigeant une autorisation administrative (1)

Il arrive que le pouvoir étatique décide de réguler l'accès à certaines activités qu'il juge particulièrement dangereuses pour la sécurité des personnes. Comme en droit suisse²³⁷⁰, il soumet alors l'exercice de ces activités à l'obtention d'une autorisation administrative qui lui permettra de s'assurer du respect d'un certain nombre de garanties pour encadrer le risque. Ces garanties peuvent par exemple concerner le niveau de compétence de celui qui entreprend l'activité, en exigeant notamment qu'il ait passé un examen préalable, comme c'est le cas pour l'obtention du permis de conduire²³⁷¹. Elles peuvent également concerner le respect d'un certain nombre de paramètres techniques qui visent à assurer la sécurité, comme c'est le cas de l'autorisation d'exploiter certaines installations.

La valeur des règles prévoyant de telles autorisations ne pose alors pas de difficultés particulières, car elles sont toujours expressément prévues par une loi ou un règlement. Le juge pénal peut alors s'y référer à ce titre pour évaluer les diligences accomplies, dès lors que ces autorisations permettent d'assurer la sécurité des personnes dans l'exercice de l'activité concernée.

²³⁶⁹ P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT et M. TOURBE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 231.

²³⁷⁰ Voir 2^d Partie, titre 2, chapitre 1, section 1, I, B, 1: Les autorisations administratives, n° 462 et s.

²³⁷¹ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, *op. cit.*, p. 61.

Le juge pénal a par exemple estimé que revêtait à la fois une valeur légale et réglementaire, la règle, issue de la loi du 19 juillet 1976 et du décret du 21 septembre 1977, selon laquelle les installations classées pour la protection de l'environnement²³⁷² doivent être soumises «à une autorisation accordée au terme d'une procédure appréciant in concerto les dangers résultant des procédés de fabrication et la dangerosité même des produits fabriqués»²³⁷³. En cas d'accident lié à une telle installation, pour déterminer si la personne en charge de la sécurité a bien observé ses obligations légales et réglementaires, le juge pénal doit vérifier que l'activité à l'origine du dommage a bien été démarrée après l'obtention de l'autorisation définitive d'exploitation. La délivrance de cette autorisation constitue dès lors une véritable obligation de sécurité étant donné qu'elle se fonde sur des mesures de protection encadrant l'installation.

Il en ira de même concernant l'autorisation d'expérimenter des voitures autonomes. Elle est prévue par l'ordonnance du 3 août 2016²³⁷⁴ qui dispose, en son premier article, que l'expérimentation de tels véhicules est subordonnée à la délivrance d'une autorisation administrative accordée par le ministre chargé des transports afin d'assurer la sécurité de son déroulement. Les conditions de délivrance de cette autorisation et les modalités de sa mise en œuvre ont été précisées par le décret n°2018-211 du 28 mars 2018²³⁷⁵. Quant à la composition du dossier de demande d'autorisation, elle a été fixée par l'arrêté du 7 avril 2018. Enfin, la loi du 22 mai 2019²³⁷⁶ a apporté des modifications à cette ordonnance, de manière à élargir le périmètre des expérimenta-

²³⁷² La législation des installations classées vise à réduire les dangers ou inconvénients que celles-ci peuvent présenter notamment pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques.

²³⁷³ Voir par exemple CA Lyon, 21 décembre 2000, n°01-202, Bull. inf. C. Cass. 2001. n° 1015. Après un incendie mortel, les juges ont retenu une faute délibérée à l'encontre «du chef d'un dépôt d'hydrocarbure d'une société de pétrole, bénéficiaire d'une délégation de pouvoir en matière de sécurité, qui a fait exécuter d'importants travaux d'aménagement à l'intérieur de ce dépôt tout en y poursuivant sciemment de manière illicite la fabrication d'additifs de carburant. Le dépôt du dossier de la demande d'autorisation définitive d'exploitation [n'autorisait] pas cette société à poursuivre la fabrication au-delà de la date de fin de validité de l'autorisation provisoire». Dans le même sens, voir Cass. crim., 13 juin 2006, n°05-83.261, relatif au caractère réglementaire de l'obligation prévue à l'art. R. 433 du Code de la route qui dispose que les véhicules dont les dimensions ou la masse excèdent certaines limites doivent faire l'objet d'une autorisation préalable à leur mise en circulation.

²³⁷⁴ Ordonnance du 3 août 2016, n°2016-1057, relative à l'expérimentation de véhicules à délégation de conduite sur les voies publiques. Le Gouvernement a pris cette ordonnance après avoir été habilité par la loi du 17 août 2015 n°2015-992 à prendre «toute mesure relevant du domaine de la loi afin de permettre la circulation sur la voie publique de véhicules à délégation partielle ou totale de conduite» (art. 37, IX).

²³⁷⁵ Sur ce décret, voir en particulier M. BENEJAT-GUERLIN, «Les véhicules autonomes et le droit pénal routier», *Risques, études et observations: les véhicules autonomes*, 2018-1, p. 101 et s.

²³⁷⁶ Loi du 22 mai 2019, n°2019-486, relative à la croissance et la transformation des entreprises (Loi PACTE). Voir M. BÉNÉJAT, «Le droit pénal de la route face aux nouveaux modes de transports», *AJ pénal*, Dalloz, 2019, p. 438, 2.1.

tions pouvant faire l'objet d'une autorisation. Pour se conformer à ses obligations légales et réglementaires, le constructeur doit donc obtenir une telle autorisation en amont de la mise en circulation à titre expérimental de son véhicule sur la voie publique.

550. Règles contenues dans l'autorisation administrative (2)

Il peut parfois arriver que l'autorisation délivrée par l'administration conditionne l'exercice de l'activité au respect par le bénéficiaire d'un certain nombre de règles de sécurité, à l'image des autorisations exceptionnelles du droit suisse²³⁷⁷. Ces règles de prudence sont adaptées à la situation particulière dans laquelle l'activité concernée va être mise en œuvre afin d'en diminuer le risque dans le cas concret.

La valeur de ces règles de prudence est plus délicate à appréhender. Étant donné qu'elles sont édictées par des autorisations administratives, elles devraient présenter un caractère individuel et non réglementaire. Toutefois, par un raisonnement astucieux, le juge pénal a considéré que ces règles pouvaient revêtir un caractère réglementaire lorsqu'elles constituent la déclinaison dans le cas concret d'un acte réglementaire. Il s'agit alors d'un acte individuel «incorporant» des obligations réglementaires²³⁷⁸. Ainsi, dans un arrêt du 17 décembre 2019, la Cour de cassation a confirmé le raisonnement des juges, qui avaient retenu, «*qu'en dehors de certaines prescriptions individuelles, l'arrêté préfectoral [autorisant l'exploitation d'une usine] incorporait et adaptait à l'établissement l'arrêté ministériel du 10 mai 2000 (...) imposant des prescriptions relatives notamment aux études de danger, à l'instauration d'un système de gestion de la sécurité, à la politique de prévention des risques majeurs et à la formation et à l'information du personnel*»²³⁷⁹. Par cette solution, les juges pénaux estiment donc que le caractère individuel de l'arrêté d'autorisation ne fait pas «écran» au caractère réglementaire des prescriptions de sécurité qu'il reprend²³⁸⁰.

La Cour de cassation semble toutefois vouloir apporter une limite à cette assimilation, en précisant qu'elle ne peut avoir lieu qu'à condition que le texte réglementaire prévoyant ces prescriptions dispose que leurs modalités doivent être explicitées²³⁸¹. Le re-

²³⁷⁷ Voir 2^e partie, titre 2, chapitre 1, section 1, I, B, 1 : Les autorisations administratives, n° 464.

²³⁷⁸ F. ROUSSEAU, «Épilogue judiciaire de l'affaire AZF, suite et fin!», *La Semaine Juridique Edition Générale*, N° 12, 2020.

²³⁷⁹ Voir par exemple Cass. crim., 17 décembre 2019, n° 17-87.465, JCP G 2020. 342, note Rousseau, Dr. Pén. 2020. 67 et 68, note Conte, relatif à l'infraction de destruction non intentionnelle de biens d'autrui. Dans cet arrêt, les juges ont retenu une faute délibérée en se fondant sur plusieurs manquements commis par le directeur de l'usine AZF à l'arrêté préfectoral autorisant l'exploitation de l'usine, lequel incorporait des obligations réglementaires issues de l'arrêté ministériel du 10 mai 2000. Dans le même sens, voir Cass. crim., 30 octobre 2007, n° 06-89.365, AJ pénal 2008. 91, note Lavric, Dr. Pén. 2008. 65, note Robert, RSC 2008. 75, note Mayaud.

²³⁸⁰ F. ROUSSEAU, «Épilogue judiciaire de l'affaire AZF, suite et fin!», *op. cit.*

²³⁸¹ *Ibid.*

cours à «une obligation réglementaire <par incorporation> serait [ainsi] la conséquence logique de la nécessité de recourir à un acte administratif individuel pour mettre en œuvre une (ou plusieurs) obligation(s) de sécurité contenue(s) dans un acte de nature réglementaire»²³⁸². Au contraire, «la simple reprise sans nécessité d'obligations réglementaires de sécurité dans un acte administratif individuel n'autoriserait [sans doute] pas le même raisonnement»²³⁸³. Le juge pénal devra alors se référer directement à l'acte réglementaire contenant les obligations en question.

551. Synthèse

À l'issue de ces développements, force est de constater que, si les termes de «loi» et de «règlement» visés à l'article 121-3 du Code pénal français doivent être entendus au sens strictement constitutionnel, ceux-ci n'en couvrent pas moins une très grande variété de règles de prudence ou de sécurité²³⁸⁴. Le constat est d'autant plus frappant qu'il apparaît qu'en réalité, la plupart des règles de prudence ou de sécurité sont contenues dans une norme présentant une valeur légale ou réglementaire. En matière non intentionnelle, ces normes constituent donc une mine d'informations techniques essentielles pour le juge pénal. Pour déterminer leur rôle exact toutefois, il faut encore s'intéresser à leur portée dans l'évaluation de la gestion du risque.

B La portée de ces normes

552. Portée des normes légales et réglementaires

Les règles dotées d'une valeur légale ou réglementaire revêtent un caractère contraignant en raison de leur source même. Elles s'imposent à l'agent, qui doit les observer pour gérer convenablement le risque lié à son activité. En conséquence, leur violation permet en principe d'établir qu'une faute a été commise par l'agent dans sa gestion du risque (1). A l'inverse, leur respect ne signifie pas automatiquement que le dommage provient d'une erreur irréductible, exclusive de toute faute, mais en constitue toutefois un indice que le juge doit prendre en compte (2).

1 Le caractère en principe fautif de la violation

553. Valeur de la violation

En principe, l'erreur irréductible ne peut être admise en cas de violation d'une norme de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement (a). Le principe n'est toutefois plus absolu lorsque la violation est inconsciente (b).

²³⁸² *Ibid.*

²³⁸³ *Ibid.*

²³⁸⁴ J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 22^e édition, 2019, p. 494.

a *Le principe*

554. Violation consciente de la norme

Il arrive que l'agent viole la norme en toute conscience. Il connaissait la norme, ou ne pouvait en tout cas pas raisonnablement l'ignorer, et l'enfreint délibérément. Cette violation constitue alors une « marque particulière d'indiscipline et de mépris de la norme »²³⁸⁵ qui atteste d'une indifférence extrême de l'agent vis-à-vis de la vie et de l'intégrité d'autrui²³⁸⁶. Bien souvent, l'agent commet une telle violation lorsqu'elle lui permet de tirer un bénéfice, en lui faisant soit gagner du temps, soit réaliser des économies. Elle est alors constitutive de la faute non intentionnelle la plus grave, la faute délibérée prévue au quatrième alinéa de l'article 121-3 du Code pénal français. Comme nous l'avons vu, cette qualification emporte deux conséquences. D'une part, le juge répressif n'a plus besoin, pour condamner la personne physique, de s'intéresser au caractère direct ou indirect du lien de causalité, un lien de causalité indirect étant suffisant²³⁸⁷. D'autre part, l'extrême gravité de cette faute entraîne également une augmentation du *quantum* de la peine encourue au titre des infractions d'atteinte à la personne²³⁸⁸.

Il est donc essentiel pour le juge pénal d'établir si la violation de la norme est consciente car, le cas échéant, aucune erreur irréductible ne saurait être admise. Il déduit en principe cette conscience de l'attitude générale du prévenu dans les circonstances de l'espèce²³⁸⁹, en considérant par exemple que l'automobiliste qui a brûlé successivement plusieurs feux rouges a agi délibérément ou que le prévenu qui a reçu un rappel exprès de la réglementation du droit du travail applicable, antérieurement à l'accident, ne l'a délibérément pas observée²³⁹⁰. Cependant, dans la plupart des cas, il est difficile de déduire cette conscience de la seule attitude du prévenu. Pour cette raison, le juge pénal admet que la conscience de l'agent soit parfois déduite de sa qualité : il sera considéré que l'employeur, le fabricant, le directeur d'une coopérative, l'organisateur d'une course automobile ou encore le directeur de plongée ne pouvait pas ne pas avoir connaissance des lois et des règlements qui s'appliquent à son champ d'activité, de telle sorte que, s'il les enfreint, il n'aura en principe pu le faire que de manière consciente²³⁹¹. Il pourra toutefois établir le caractère inconscient de la violation si la règle vient d'entrer en vigueur ou s'il s'est mépris sur son sens.

²³⁸⁵ X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, 14^e édition, 2023, p. 234, n° 217.

²³⁸⁶ Y. MAYAUD, « Violences involontaires : théorie générale », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2005, n° 141.

²³⁸⁷ Voir 1^{re} partie, titre 2, chapitre 2, section 2, I, B, 1 : « La limitation de la responsabilité des personnes physiques », n° 269.

²³⁸⁸ Voir 1^{re} partie, titre 2, chapitre 1, section 1, II, B, 1 : « La faute délibérée », n° 193.

²³⁸⁹ J.-P. VIAL, *Le risque pénal dans le sport*, *op. cit.*, p. 338.

²³⁹⁰ Cass. crim., 1^{er} septembre 2009, n° 09-80.091, Dr. pénal 2009. 11, obs. Segonds.

²³⁹¹ A. SÉRIAUX, « L'appréciation de la faute pénale d'imprudence en droit français contemporain », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2017, n° 9.

555. Violation inconsciente de la norme

Lorsque la violation est inconsciente, elle peut également être constitutive d'une faute qui sera alors seulement une faute simple. Si l'auteur est une personne physique, le juge répressif devra démontrer l'existence d'un lien de causalité direct pour entrer en voie de condamnation, même si cette exigence n'est pas très contraignante en pratique, comme nous l'avons vu²³⁹².

La violation est inconsciente tout d'abord lorsque l'agent n'avait pas connaissance de la loi ou du règlement. Dans cette hypothèse, son ignorance n'en reste pas moins fautive dans la mesure où l'adage « nul n'est censé ignorer la loi »²³⁹³ s'applique même en matière non intentionnelle²³⁹⁴. Au mieux l'agent pourra-t-il, dans certains cas, invoquer l'erreur sur le droit visée à l'article 122-3 du Code pénal français²³⁹⁵. Ce sera toutefois un mécanisme complètement différent de celui que nous étudions qui sera à l'œuvre, puisqu'il n'empêchera pas d'établir les éléments constitutifs de l'infraction mais seulement que celle-ci soit imputée à son auteur. Cette cause de non-imputabilité reste en outre très difficile à établir en pratique, comme le déplore régulièrement la doctrine²³⁹⁶,

²³⁹² Voir 1^{re} partie, titre 2, chapitre 2, section 2, II, A, 2: « Les précisions de la jurisprudence », n° 283 et s.

²³⁹³ Y. MAYAUD, « L'erreur en droit pénal », colloque sur *L'erreur*, dirigé par J. FOYER, C. PUIGELIER et F. TERRÉ, Presses universitaires de France, Cahiers des sciences morales et politiques, 2007, p. 137.

²³⁹⁴ D. VIRIOT-BARRIAL, « Erreur sur le droit », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2020, n° 21.

²³⁹⁵ Art. 122-3 CPF: « *N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte* ».

²³⁹⁶ Les critiques portent sur le fait que la présomption de connaissance des règles de droit cède très difficilement devant l'ignorance du prévenu et ce, en dépit du fait que leur accès est devenu de plus en plus ardu en pratique. En premier lieu, il existe une grande difficulté aujourd'hui à répertorier l'ensemble des normes légales ou réglementaires applicables tant leur champ se révèle vaste et minutieux. D'aucuns parlent même de « production normative inflationniste », d'« obésité législative » (F. TERRÉ et N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 483, n° 363) ou d'une « prolifération donnant l'impression d'une végétation inouïe » (A. PIROVANO, *Faute civile et faute pénale, essai de contribution à l'étude des rapports entre la faute des articles 1382-1383 du Code civil et la faute des articles 319-320 du Code pénal*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1966, p. 148, n° 15). En deuxième lieu, la complexité des textes, leur mauvaise qualité rédactionnelle et leurs malfaçons les rendent de plus en plus difficiles à appréhender. Certains auteurs ont ainsi dénoncé l'existence d'« un technicisme parfois exacerbé, voire un souci du détail qui constitue une névrose sans limite » (*Ibid.*, p. 421.). Cela aurait alors pour conséquence que, souvent, la compréhension de ces règles « relève de l'exploit » (*Ibid.*). En troisième et dernier lieu, les changements et évolutions très fréquentes de la réglementation portent gravement atteinte à la sécurité juridique. Le citoyen *lambda* qui s'est renseigné sur la réglementation un jour n'est plus certain qu'elle sera toujours de droit positif le lendemain. D'aucuns parlent même de « lois jetables », « à l'obsolescence programmée », dont « on change à chaque saison » (*Ibid.*, p. 415 et 423.).

à tel point qu'elle semble ne pouvoir être retenue que dans certains cas où l'information erronée a été donnée par l'autorité administrative²³⁹⁷.

La violation peut encore être inconsciente lorsque l'agent, bien qu'il eût connaissance de la norme, l'a violé sans le vouloir, par le seul manque de tension de sa vigilance, comme c'est le cas lorsqu'un automobiliste brûle un feu rouge parce qu'il est distrait²³⁹⁸. Son comportement sera alors considéré comme fautif car il incombe à tout un chacun de garder une attention de chaque instant.

La loi du 13 mai 1996 a toutefois ouvert la porte à la reconnaissance d'une erreur irréductible malgré le non-respect d'une norme.

b Les limites

556. Faute matérielle avant la réforme de 1996

Avant la loi du 13 mai 1996, il suffisait de constater le manquement à une prescription légale ou réglementaire pour établir l'existence d'une faute non intentionnelle. On parlait alors de faute matérielle, en ce que l'indiscipline coupable de l'agent était irréfutablement présumée à partir de la violation matérielle de la prescription²³⁹⁹. Comme en matière contraventionnelle²⁴⁰⁰, il était dès lors impossible pour l'agent de contester l'engagement de sa responsabilité en établissant qu'il avait accompli toute la prudence et la diligence requise²⁴⁰¹. Il pouvait seulement la contester sur le terrain de «son irresponsabilité, en tentant de démontrer l'existence d'une contrainte ou d'un fait justificatif l'ayant empêché de respecter les prescriptions de sécurité»²⁴⁰².

La faute matérielle, également appelée «stricte» par référence à la *strict liability* du droit anglo-saxon²⁴⁰³, a été critiquée par certains auteurs qui trouvaient parfois «exces-

²³⁹⁷ D. GUIHAL, « Art. 221-6 à 221-7, atteintes involontaires à la vie », *JurisClasseur Pénal code*, LexisNexis, 2012, n° 119. Pour un arrêt qui illustre cette sévérité en refusant de reconnaître l'erreur de droit des prévenues bien qu'elles aient eu recours à un conseil extérieur et que, après avoir détaillé leur activité à l'administration, elles aient reçu de cette administration une réponse sur un autre point, voir par ex., Cass. crim., 3 mars 2018, n° 17-82.746, Dalloz actualité, 28 mars 2018, obs. Recotillet. Pour un autre exemple de rejet d'une erreur de droit relative à l'attestation de déplacement, voir Cass. crim., 18 mai 2021, n° 21-80.042, AJ pénal 2021. 366, note Leborne.

²³⁹⁸ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel, vol. 2 – L'infraction et la responsabilité*, Larcier, 4^e édition, 2021, p. 196.

²³⁹⁹ A. D'HAUTEVILLE, « Les transformations de la faute pénale », *Le nouveau Code pénal 10 ans après*, dirigé par D. THOMAS, Pedone, 2005, p. 7.

²⁴⁰⁰ Y. MAYAUD, « De l'article 121-3 du Code pénal à la théorie de la culpabilité en matière », *Recueil Dalloz*, 1997, p. 37 et s. Pour les contraventions, il est possible d'accepter que l'aspect moral s'estompe au profit d'une conception purement matérielle en raison du caractère peu grave de ces infractions et des peines de faible importance qu'elles font encourir.

²⁴⁰¹ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel, vol. 2 – L'infraction et la responsabilité*, *op. cit.*, p. 202.

²⁴⁰² *Ibid.*

²⁴⁰³ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 4^e édition, 2016, p. 125. La *strict liability* correspond à un mécanisme de responsabilité civile et pénale en *common law* selon lequel une per-

sif de poser en principe que la violation de n'importe quel règlement dans n'importe quelle circonstance entraîne automatiquement une condamnation»²⁴⁰⁴. Ils considéraient en outre qu'une telle conception de la faute en matière délictuelle dénaturait la notion de culpabilité, laquelle se fonde en principe sur «un rapport psychique entre l'agent et le fait délictueux»²⁴⁰⁵. Cela portait atteinte, selon eux, «à la force morale du droit pénal tout entier»²⁴⁰⁶.

557. Fin des fautes matérielles avec la réforme de 1996

Ces critiques ont été entendues par le législateur qui, lors de la loi du 13 mai 1996, a complètement fait disparaître les fautes matérielles du champ de la non-intention²⁴⁰⁷. Désormais, aux termes de l'article 121-3 du Code pénal français, la faute simple fondée sur le non-respect de la loi ou du règlement ne peut plus résulter de la seule survenance de ce manquement: l'infraction n'est plus automatique»²⁴⁰⁸. Comme toute faute non intentionnelle²⁴⁰⁹, elle s'apprécie par référence aux fonctions, compétences et moyens dont disposait le prévenu, mais aussi et surtout aux circonstances concrètes de l'espèce²⁴¹⁰. Le respect des règles légales et réglementaires n'est donc plus une obligation de résultat mais devient une obligation de moyens²⁴¹¹, certes appréciée sévèrement. Le juge répressif ne pourra dès lors entrer en voie de condamnation qu'en établissant que l'agent n'a pas réalisé tous les efforts qui pouvaient raisonnablement être attendus de lui pour se conformer à la loi ou au règlement.

558. Existence d'un espace pour l'erreur irréductible

C'est alors qu'apparaît un espace pour l'erreur irréductible car, dans bien des cas, il est tout à fait possible que, «placé dans les mêmes circonstances de fait que l'agent, le modèle de comparaison n'ait pas pu respecter les obligations de sécurité et de prudence»²⁴¹². L'agent n'aura en conséquence commis aucune faute mais simplement

sonne est tenue responsable des conséquences dommageables de son activité même si elle n'a commis aucune faute.

²⁴⁰⁴ E. LEMOINE, *La répression de l'indifférence sociale en droit pénal français*, L'Harmattan, 2002, p. 75.

²⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 110.

²⁴⁰⁶ J. PRADEL, *Droit pénal comparé, op. cit.*, p. 126.

²⁴⁰⁷ J.-Y. MARÉCHAL, «Art. 121-3, l'élément moral de l'infraction», *JurisClasseur Pénal code*, LexisNexis, 2019, n° 76et C. RUET, «Commentaire de la loi n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1998, p. 23 et s.

²⁴⁰⁸ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel, vol. 2 – L'infraction et la responsabilité, op. cit.*, p. 202.

²⁴⁰⁹ J.-Y. MARÉCHAL, «Art. 121-3, l'élément moral de l'infraction», *op. cit.*, n° 76.

²⁴¹⁰ R. BERNARDINI et M. DALLOZ, *Droit criminel, vol. 2 – L'infraction et la responsabilité, op. cit.*, p. 202et E. LEMOINE, *La répression de l'indifférence sociale en droit pénal français, op. cit.*, p. 116.

²⁴¹¹ A. D'HAUTEVILLE, «Les transformations de la faute pénale», *op. cit.*, p. 7.

²⁴¹² V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, thèse, Bordeaux, 1991, p. 292.

une erreur dans la mise en œuvre des prescriptions légales ou réglementaires. Il s'agira d'une erreur irréductible qui devra être exclue du champ de la répression.

Il est possible de trouver de nombreux exemples de ces erreurs dans le domaine de la circulation routière. Tel est le cas de l'automobiliste qui, en arrivant au sommet d'une côte à une allure modérée, est surpris par le soleil rasant du matin. Ébloui, il ne parvient pas à identifier qu'un piéton s'est engagé sur un passage protégé, dont l'entrée était en outre dissimulée par des herbes hautes. Bien qu'il ait renversé le piéton, l'automobiliste ne se verra pas reprocher de faute fondée sur le refus de priorité²⁴¹³ dans la mesure où, dans ces circonstances particulières, un conducteur normalement prudent ne serait pas mieux parvenu à l'éviter. Tel est encore le cas d'un autre automobiliste qui, arrivant au croisement entre deux routes de campagne, ne voit pas le «stop» caché par la pancarte d'un cirque ambulant et dont le marquage au sol était partiellement effacé. En outre, la configuration de ce croisement pouvait laisser penser au conducteur qu'il était prioritaire. En dépit de la survenue d'un accident, l'automobiliste ne se verra pas non plus reprocher la violation du «stop»²⁴¹⁴, dès lors que l'ensemble de ces éléments aurait raisonnablement pu tromper la vigilance de n'importe quel conducteur attentif²⁴¹⁵.

Il est encore possible de trouver des exemples de ces erreurs dans le domaine du sport. Au football, par exemple, «un tacle irrégulier constitutif d'une faute de jeu n'est pas nécessairement une faute pénale dès lors que ce geste, difficile à maîtriser techniquement, se pratique dans une action de jeu toujours rapide»²⁴¹⁶. Dans ce sens, le juge pénal n'a pas sanctionné le joueur de football qui avait fracturé le plateau tibial d'un adversaire au cours d'un tacle irrégulier, estimant que «l'état boueux du terrain pouvait expliquer la glissade des deux joueurs et le défaut de maîtrise du geste technique par le prévenu»²⁴¹⁷. La doctrine considère généralement qu'il convient de discerner si, dans le feu de l'action, la violation de la règle du jeu résulte d'une prise de risque anormale ou seulement d'une maladresse toujours possible²⁴¹⁸.

²⁴¹³ Art. 415-11 al. 1 CR: «*Tout conducteur est tenu de céder le passage, au besoin en s'arrêtant, au piéton s'engageant régulièrement dans la traversée d'une chaussée ou manifestant clairement l'intention de le faire ou circulant dans une aire piétonne ou une zone de rencontre*».

²⁴¹⁴ Art. R 415-6 al. 1 CR: «*A certaines intersections indiquées par une signalisation dite stop, tout conducteur doit marquer un temps d'arrêt à la limite de la chaussée abordée. Il doit ensuite céder le passage aux véhicules circulant sur l'autre ou les autres routes et ne s'y engager qu'après s'être assuré qu'il peut le faire sans danger*».

²⁴¹⁵ Ces exemples sont tirés de cas réels évoqués lors de discussions avec des magistrats.

²⁴¹⁶ J. -P. VIAL, «Les violences et infractions d'imprudence dans les compétitions sportives», *AJ Pénal*, 2013, p. 308.

²⁴¹⁷ CA Rouen, 10 février 2003, *Juris-Data* n° 226981. Dans le même sens, voir CA Poitiers, 19 mai 2004, *Juris-Data* n° 244713.

²⁴¹⁸ J. -P. VIAL, *Le risque pénal dans le sport, op. cit.*, p. 79.

Il n'en reste pas moins, en pratique, que la preuve de l'accomplissement des diligences reste très difficile à apporter en cas de violation d'une norme légale ou réglementaire, si bien qu'en l'absence de circonstances particulières, la violation sera en principe considérée comme fautive au sens du droit pénal. Au contraire, la reconnaissance de l'existence d'une erreur irréductible est facilitée lorsque toutes les prescriptions légales et réglementaires ont été correctement observées.

2 L'indice d'une erreur en cas de respect de ces normes

559. Valeur du respect de ces règles

Le respect des règles légales et réglementaires constitue un indice que l'agent a géré de manière prudente et diligente le risque intrinsèquement lié à son activité. Pour établir l'existence d'une erreur irréductible, le juge pénal doit donc vérifier que l'agent a bien observé les règles de prudence ou de sécurité qui s'appliquent à son activité.

Il doit faire œuvre de discernement dans son analyse, en s'attachant à l'esprit de la norme, c'est-à-dire en vérifiant que l'agent n'a pas dépassé le niveau de risque admis par la réglementation. Le juge pénal a ainsi reconnu qu'un employé des remontées mécaniques n'avait pas enfreint l'arrêté préfectoral disposant que les enfants doivent avoir une taille supérieure à 1,25 mètre pour accéder au télésiège lorsqu'ils ne sont pas accompagnés d'un adulte, dès lors que même si l'enfant qui avait chuté mesurait 1,24 mètre, équipé de ses chaussures de ski et de son casque, il dépassait 1,25 mètre²⁴¹⁹.

La valeur du respect de ces règles diffère toutefois selon qu'il s'agit des règles du jeu ou des autres règles légales ou réglementaires.

560. Caractère suffisant du respect de la règle du jeu

Le respect des règles du jeu constitue un indice très fort que le sportif n'a pas commis de faute non intentionnelle mais seulement une erreur dans le jeu, même s'il cause un dommage par simple défaut d'adresse ou d'habileté²⁴²⁰. Ainsi, si le non-respect de la règle du jeu ne constitue pas nécessairement une faute pénale²⁴²¹, il ressort inversement de la jurisprudence que, comme en droit suisse²⁴²², la relaxe s'impose lorsque le joueur a strictement observé les règles du jeu²⁴²³.

²⁴¹⁹ Tribunal de police de Moutiers, 19 juin 2002, cité in S. MILLIAND, «L'application de la loi du 10 juillet 2000 et les accidents de montagne», *Gazette du Palais*, N° 52, 2006, p. 4 et s. Pour un lieutenant-colonel qui a bénéficié d'un non-lieu car il avait respecté la réglementation, voir Cass. crim., 23 mars 2021, n° 20-82.416, D. 2021. 633.

²⁴²⁰ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., p. 108.

²⁴²¹ E. FORTIS, *L'élément légal dans les infractions d'imprudence portant atteinte à l'intégrité corporelle*, thèse, Lille, 1974, p. 521.

²⁴²² Voir 2^e partie, titre 2, chapitre 1, section 1, II, B, 2: La réception de ces règles, n° 484.

²⁴²³ J.-P. VIAL, *Le risque pénal dans le sport*, op. cit., p. 81.

C'est par exemple la solution qui a été retenue dans cet arrêt où un footballeur, emporté par son élan, n'est pas parvenu à s'arrêter à temps, donnant ainsi un violent coup de genou dans l'œil du gardien de but. Le juge pénal a estimé que le prévenu n'avait commis aucune faute, dans la mesure où le coup avait été porté involontairement, lors d'une action de jeu, et était intervenu sans brutalité volontaire ou maladresse caractérisée, entrant ainsi dans le cadre des risques de l'exercice normal du sport²⁴²⁴. Le juge admet ainsi que «les chutes ou collisions entre joueurs font partie des péripéties normales du jeu»²⁴²⁵.

La même solution a été retenue dans cet autre arrêt où un footballeur a blessé un joueur adverse en exécutant un tacle latéral qui a été décrit «*comme rude mais régulier*». Le juge pénal a considéré que, si le tacle était régulier, c'est-à-dire réalisé conformément aux règles du jeu, aucune imprudence ou négligence ne pouvait alors être reprochée au prévenu²⁴²⁶. L'exécution d'un «geste avec rudesse mais dans les limites imparties par les lois du jeu fait [ainsi] partie des actes tolérés par les nécessités de la compétition»²⁴²⁷.

Ces solutions doivent être approuvées. Elles s'expliquent tout simplement par le fait qu'il serait «particulièrement inopportun et injuste»²⁴²⁸ de condamner un joueur pour les conséquences dommageables d'une action qui a été menée dans le cadre de la pratique de sa discipline alors même qu'il ne faisait qu'en appliquer les règles. Il en va différemment du respect des autres règles légales ou réglementaires dont la valeur indicelle est moins élevée que pour les règles du jeu.

561. Caractère nécessaire mais insuffisant du respect des autres règles

Le respect des autres règles légales ou réglementaires constitue seulement un indice préliminaire de l'existence d'une erreur irréductible : il est nécessaire à son établissement mais insuffisant car les pouvoirs législatif et réglementaire ne peuvent pas régir tous les aspects des activités à risque.

Il en va ainsi en matière d'autorisation administrative. Concernant les voitures autonomes, par exemple, si le constructeur a l'obligation d'obtenir une autorisation administrative pour pouvoir expérimenter son véhicule en conditions réelles, cette autorisation ne constitue en rien un blanc-seing pour les fautes d'imprudence qu'il pourrait

²⁴²⁴ CA Caen, 10 novembre 1999, Juris-Data n° 114814.

²⁴²⁵ J.-P. VIAL, *Le risque pénal dans le sport*, *op. cit.*, p. 81. Pour des exemples doctrinaux, voir L. BODELET, *Le risque accepté en droit pénal français contemporain*, thèse, Dijon, 1932, p. 12.

²⁴²⁶ Cass. crim., 8 juin 1994, n° 93-83.379, Dr. pén. 1994. 230.

²⁴²⁷ J.-P. VIAL, *Le risque pénal dans le sport*, *op. cit.*, p. 82 et J.-P. VIAL, «Les violences et infractions d'imprudence dans les compétitions sportives», *op. cit.*, p. 308.

²⁴²⁸ J. COHEN, *Droit du sport et droit pénal : recherche d'un équilibre*, *op. cit.*, p. 165.

commettre au cours de l'expérimentation. L'ordonnance du 14 avril 2021²⁴²⁹ le rappelle avec force en ajoutant un article L. 123-1 dans le Code de la route qui dispose que « *le constructeur du véhicule ou son mandataire [reste] pénalement responsable des délits d'atteinte involontaire à la vie ou à l'intégrité de la personne (...) lorsqu'il est établi une faute, au sens de l'article 121-3 [du Code pénal français]* ».

Il en va de même pour les autres règles de prudence ou de sécurité. La Cour de cassation n'hésite d'ailleurs pas à censurer les décisions des juges d'appel qui, pour prononcer la relaxe, se contentent de relever que le prévenu a agi conformément à ses obligations légales ou réglementaires²⁴³⁰. Elle considère que les juges du fond doivent encore vérifier si, compte tenu des circonstances, il n'était pas possible de reprocher au prévenu un manquement à la prudence commune²⁴³¹. L'observation des règles légales et réglementaires n'empêche donc pas d'étudier d'autres paramètres pour évaluer si l'agent a diligemment géré le risque de son activité²⁴³².

Après avoir vérifié le respect des normes présentant une valeur légale et réglementaire, le juge pénal doit encore s'intéresser aux normes qui leur sont inférieures. En particulier, lorsqu'il apprécie le comportement d'un professionnel, il doit se référer aux règles de l'art.

²⁴²⁹ Ordonnance du 14 avril 2021, n° 2021-443, relative au régime de responsabilité pénale applicable en cas de circulation d'un véhicule à délégation de conduite et à ses conditions d'utilisation. Le Gouvernement a pris cette ordonnance après avoir été habilité par la loi LOM du 24 décembre 2019, n° 2019-1428, à prendre « *toute mesure relevant du domaine de la loi afin d'adapter la législation, notamment le Code de la route, au cas de la circulation sur la voie publique de véhicules terrestres à moteur dont les fonctions de conduite sont, dans des conditions, notamment de temps, de lieu et de circulation, prédéfinies, déléguées partiellement ou totalement à un système de conduite automatisé, notamment en définissant le régime de responsabilité applicable* » (art. 31). Cette ordonnance a été précisée par le décret n° 2021-873 du 29 juin 2021. Il précise notamment le niveau d'attention attendu de la part du conducteur sur son environnement de conduite lorsqu'un système de délégation de conduite est activé. Sur le mécanisme d'autorisation des voitures autonomes, voir A. BENSOUSSAN et D. GAZAGNE, *Droit des systèmes autonomes*, Bruylant, 2019, p. 132 et 152 et S. DETRAZ, « De la mauvaise conduite des véhicules autonomes en droit pénal », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2021, p. 1039 et s.

²⁴³⁰ A. SÉRIAUX, « L'appréciation de la faute pénale d'imprudence en droit français contemporain », *op. cit.*, n° 6.

²⁴³¹ Cass. crim., 16 juillet 1987, n° 86-94.776, A. P., 30 mai 1986, n° 85-91.432 et Cass. crim., 29 octobre 1968, n° 67-93.661.

²⁴³² A. SÉRIAUX, « L'appréciation de la faute pénale d'imprudence en droit français contemporain », *op. cit.*, n° 6.

II Les règles de l'art

562. Présentation des règles de l'art

Dans les domaines techniques et professionnels tels que la médecine, l'exploitation minière ou encore la construction, le juge pénal doit rechercher si l'agent s'est conformé aux règles de son art. Comme en droit suisse, il s'agit de règles générales et abstraites qui régissent l'exercice d'un art afin notamment de limiter les risques que celui-ci porte atteinte à l'intégrité des personnes. Ces règles émanent généralement de la pratique de l'art lui-même, ce qui leur donne un caractère essentiellement empirique. Dans certains cas cependant, elles peuvent également se fonder sur des découvertes scientifiques, leur permettant d'évoluer pour mieux encadrer le risque inhérent à l'activité concernée.

Les règles de l'art revêtent une importance décisive chez les auteurs qui traitent de l'erreur irréductible, bien plus d'ailleurs qu'en matière de risque autorisé. Ces auteurs les considèrent bien souvent comme un paramètre essentiel pour distinguer ce qui n'est que simple erreur de ce qui constitue une faute d'imprudance au sens du droit pénal, d'où l'importance de les étudier de manière plus approfondie.

563. Réception des règles de l'art

En droit français, le recours aux règles de l'art ne se fonde pas sur un principe de cohérence des ordres juridiques comme en droit suisse²⁴³³, mais seulement sur un principe de réalité. Si les normes légales et réglementaires ne suffisent pas à prescrire le comportement adéquat dans le cadre de certaines activités professionnelles, il convient alors de se référer à d'autres normes, plus précises, à l'image des règles de l'art²⁴³⁴. Ces dernières sont des normes matérielles qui tirent leur force obligatoire non pas de leur source mais de l'autorité qu'elles revêtent dans les milieux qu'elles régissent. Le juge pénal doit alors recourir à ces règles en complément à la législation en vigueur²⁴³⁵ afin de déterminer la qualité des actes professionnels.

564. Règle de l'art et portée

La notion de règle de l'art n'est pas toujours facile à appréhender. Elle doit tout d'abord être précisée (A), ce qui permettra ensuite d'en saisir la portée dans l'évaluation de la gestion du risque (B).

²⁴³³ Voir 2^e partie, titre II, chapitre 1, section 1, II, B, 2: La réception de ces règles, n° 482.

²⁴³⁴ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 57.

²⁴³⁵ A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, op. cit., p. 2.

A La notion de règle de l'art

565. Éléments de définition

En droit français, contrairement au droit suisse, aucune définition générale des règles de l'art n'apparaît clairement dans la jurisprudence. La doctrine française s'est elle-même peu intéressée à la définition des règles de l'art²⁴³⁶. La banalité de la notion a sans doute favorisé le fait que peu d'auteurs se soient souciés de la définir, «chacun croyant savoir de quoi il s'agit»²⁴³⁷. En doctrine, les règles de l'art présentent donc des contours plutôt vagues et assez mal déterminés²⁴³⁸.

Néanmoins, si l'on s'en réfère à la manière dont les règles de l'art sont généralement traitées en droit français, il est possible d'en proposer une définition moyenne qui se recoupe en réalité largement avec l'acception suisse²⁴³⁹. Elles peuvent ainsi se définir comme l'ensemble des règles techniques et des pratiques professionnelles validées par la science ou l'expérience et qui sont admises par toute la profession concernée de manière incontestable²⁴⁴⁰. Elles sont spécifiques à chaque domaine, précisant l'ensemble des savoir-faire²⁴⁴¹ à respecter pour que les prestations ou les ouvrages soient correctement réalisés par le professionnel²⁴⁴². La nature de ces règles doit être précisée.

566. Règles de l'art et la coutume

De prime abord, il peut être tentant de considérer que les règles de l'art sont des normes de nature coutumière. La coutume correspond à une «règle de droit d'origine non étatique que la collectivité a fait sienne par habitude (*diuturnus usus*) dans la conviction de son caractère obligatoire (*opinio necessitatis*)»²⁴⁴³. En cela, les règles de l'art se recourent avec la coutume à deux égards: d'une part, l'une et l'autre peuvent exister même sans avoir été précisément formalisées et, d'autre part, elles sont toutes deux contraignantes en raison du sentiment d'obligation qu'elles font naître dans le groupe social concerné à l'égard de la pratique.

Les règles de l'art se distinguent toutefois de la coutume en ce que seule la seconde exige l'existence d'une habitude, à savoir un comportement ancien, répété et

²⁴³⁶ A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, op. cit., préface de G. VINEY.

²⁴³⁷ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., p. 117.

²⁴³⁸ A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, op. cit., p. préface de G. VINEY.

²⁴³⁹ Voir 2^e partie, titre 2, chapitre 1, section 1, II, B, 1: Les règles non étatiques, n° 480.

²⁴⁴⁰ Cette définition s'inspire de celle de la Fédération française du bâtiment (FFB): <www.ffbatiment.fr/federation-francaise-du-batiment/laffb/mediatheque/batimetiers.html?ID_ARTICLE=2144>.

²⁴⁴¹ Selon la Professeure A. PENNEAU, le savoir-faire que dictent les règles de l'art couvre aussi bien le «savoir-concevoir» des arts libéraux que le «savoir-réaliser» des arts mécaniques. Elle explique toutefois que la «cloison n'est absolument pas étanche en raison de la parfaite continuité qui relie conception et exécution». A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, op. cit., p. 44.

²⁴⁴² Règles de l'art: <<http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Regles-art.htm>>.

²⁴⁴³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., entrée «coutume».

constant²⁴⁴⁴. La coutume résulte d'un lent avènement spontané du comportement à suivre «et, une fois établie, n'[a] que «peu d'aptitude à évoluer, ou, en tout cas, [évo-lue] lentement»²⁴⁴⁵. Les règles de l'art à l'inverse, puisqu'elles édictent un savoir-faire de qualité, doivent être déterminées par référence au critère des données «acquises» ou «actuelles» de la science et de la technique²⁴⁴⁶. Elles évoluent au fil du temps en fonction des découvertes les plus récentes²⁴⁴⁷. Nulle place, donc, pour des règles ancestrales, et c'est bien heureux, car les règles de l'art d'hier, parfois erratiques, se sont affinées et perfectionnées afin de devenir plus sûres et performantes aujourd'hui.

567. Règles de l'art comme usage de fait particulier

Le plus souvent, les auteurs considèrent alors que les règles de l'art doivent être appréhendées comme une forme d'usage de fait²⁴⁴⁸, notion dont les contours ne sont d'ailleurs eux-mêmes pas toujours très bien établis. L'usage de fait naît de la «convergence de comportements sociaux»²⁴⁴⁹ et peut exister, contrairement à la coutume, en dehors de tout caractère ancien. Il désigne le «comportement qui prévaut dans la société pour tel ou tel genre d'activité»²⁴⁵⁰. Il peut correspondre tant à ce qui se pratique dans une situation donnée, sans que le sujet ait le sentiment d'être juridiquement tenu, qu'au comportement qui se pratique avec la conviction d'agir en vertu d'une règle qui s'impose à tous²⁴⁵¹.

Ainsi, les règles de l'art constitueraient un usage de fait particulier, qui renvoie au «bon usage» professionnel ou technique du domaine concerné²⁴⁵², en prescrivant des règles de prudence ou de sécurité pour l'exercice de cet art. En raison de sa reconnaissance dans le domaine, cet usage serait alors revêtu de la force obligatoire, accédant ainsi au statut de véritable règle de droit²⁴⁵³. Les professionnels doivent en conséquence l'observer et ne peuvent y déroger, même par convention.

568. Règles de l'art et les pratiques d'opinion

Cependant, pour qu'une pratique professionnelle puisse être considérée comme une règle de l'art, encore faut-il établir que celle-ci est véritablement dotée d'une *opinio necessitatis*, à défaut de quoi, elle devra être considérée comme une simple pratique d'opinion. Dans tous les domaines professionnels, en particulier médical, il existe cer-

²⁴⁴⁴ A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, op. cit., p. 122.

²⁴⁴⁵ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 60.

²⁴⁴⁶ A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, op. cit., p. 109.

²⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 106.

²⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 95 et J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 57 et s.

²⁴⁴⁹ F. TERRÉ et N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 556, n° 411.

²⁴⁵⁰ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., p. 117.

²⁴⁵¹ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 58.

²⁴⁵² *Ibid.*, p. 60.

²⁴⁵³ A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, op. cit., p. 96.

taines variations dans les procédures et les méthodes suivies par les professionnels²⁴⁵⁴. Lorsque différentes pratiques sont incertaines ou controversées, elles ne possèdent plus cette autorité incontestable dans le milieu de référence qui en fait une règle de l'art²⁴⁵⁵. Elles ne sont alors que de simples pratiques d'opinion, dénuées de toute valeur contraignante, à l'image des «habitudes de service» qui peuvent largement varier d'un hôpital à l'autre²⁴⁵⁶. Le juge pénal doit se tenir éloigné des querelles de techniciens²⁴⁵⁷, qui ne lui donnent aucun indice sur la valeur du comportement de l'agent, pour ne s'intéresser qu'aux règles qui, de manière quasi unanime, font autorité dans la profession²⁴⁵⁸. Il prendra seulement en compte celles qui sont suivies et avalisées «par les professionnels d'une compétence et d'une conscience professionnelle indiscutables»²⁴⁵⁹. Elles seules lui permettront de fixer le seuil de diligence exigible pour le professionnel.

569. Sources des règles de l'art

Les règles de l'art peuvent être recherchées dans de multiples sources qui varient selon les domaines. Elles font rarement l'objet de codification qui permettrait de les identifier clairement et systématiquement²⁴⁶⁰ car elles ne sont qu'une «sécrétion de la pratique»²⁴⁶¹. Leur autorité n'étant pas fonction de leur source, ces règles vivent indépendamment de toute formalisation²⁴⁶². Il serait d'ailleurs impossible de les formaliser toutes, tant certains arts se révèlent complexes et évolutifs. Certaines règles de l'art sont ainsi directement issues de la pratique. Elles sont alors généralement enseignées dans le cadre des formations initiales ou continues des hommes de l'art²⁴⁶³. D'autres peuvent se trouver dans des textes qui ne possèdent pas en eux-mêmes de valeur contraignante. Il s'agit alors pour l'essentiel de recommandations ou de prescriptions techniques émanant des autorités représentatives du domaine, telle qu'une autorité administrative indépendante, une fédération nationale ou encore certaines associations d'experts appelées «sociétés savantes».

570. Exemple des sources médicales

L'un des domaines où il existe le plus de textes visant à fonder les règles de l'art est sans doute celui de la médecine dans lequel elles sont particulièrement difficiles à for-

²⁴⁵⁴ C. GRAPIN, *La responsabilité chirurgicale*, op. cit., p. 348.

²⁴⁵⁵ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 66.

²⁴⁵⁶ C. GRAPIN, *La responsabilité chirurgicale*, op. cit., p. 434.

²⁴⁵⁷ A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, op. cit., p. 104.

²⁴⁵⁸ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 63.

²⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 65.

²⁴⁶⁰ H. PÉRINET-MARQUET et P. MALINVAUD, «Marchés privés de travaux: obligations de l'entrepreneur», *Dalloz action, Droit de la construction*, Dalloz, 2019, n°402.31.

²⁴⁶¹ A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, op. cit., p. 179.

²⁴⁶² *Ibid.*, p. 93.

²⁴⁶³ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 62.

Dans l'exemple du médecin en service de réanimation, le juge pénal pourra ainsi se référer à certaines recommandations qui font autorité en la matière, comme celles relatives à la « gestion des abords vasculaires en réanimation » qui ont été rédigées sous l'égide de la Société de réanimation de langue française (SRLF). La recommandation R1.9 dispose notamment qu' « *il faut insérer les cathéters veineux jugulaires internes sous contrôle échographique pour réduire le nombre de complications mécaniques* »²⁴⁷⁰. Elle est en outre confirmée par une *check-list* édictée par la Haute autorité de santé, qui prévoit que, pour poser un cathéter veineux central, le médecin doit procéder à une échographie au moment de la pose, puis effectuer un contrôle final par radiographie²⁴⁷¹.

En définitive, quelle que soit la source de la règle, seule son autorité certaine dans le milieu concerné lui permet de faire partie des règles de l'art. Ces règles doivent alors être prises en compte par le juge pénal pour évaluer le comportement du professionnel.

B La portée des règles de l'art

571. Portée

Bien qu'inférieures à la loi ou au règlement, les règles de l'art sont également dotées d'une valeur contraignante. Le professionnel est tenu de s'y conformer pour limiter les risques liés à l'exercice de son art. La violation des règles de l'art doit donc en principe être considérée comme fautive (1). Leur respect constitue en revanche l'indice que le professionnel a diligemment géré le risque lié à son activité, ouvrant ainsi la voie à l'établissement d'une erreur irréductible en cas de dommage (2).

1 Le caractère en principe fautif de la violation

572. Valeur de la violation

En principe, la violation des règles de l'art permet d'établir l'existence d'une faute d'imprudence (a). Ce principe connaît néanmoins certaines limites (b).

a Le principe

573. Existence d'une faute en cas de violation

Les règles de l'art doivent être appliquées par tous les professionnels, à défaut de quoi une faute peut être retenue à leur encontre²⁴⁷². Le professionnel ne pourra alors pas

²⁴⁷⁰ Recommandations Formalisées d'Experts, Gestion des abords vasculaires en réanimation: <www.srlf.org/wp-content/uploads/2019/04/20190417-RFE-Abords-vasculaires.pdf>. Cette recommandation est classée « Grade 1 », ce qui signifie qu'il y a un accord fort entre les experts.

²⁴⁷¹ HAS, Check-list pour les cathéters veineux centraux: <www.has-sante.fr/plugins/ModuleXitiKLEE/types/FileDocument/doXiti.jsp?id=c_1106177>.

²⁴⁷² J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 59.

invoquer la méconnaissance de ces règles car, pour pouvoir exister, elles doivent par définition bénéficier d'un haut niveau de reconnaissance dans leur domaine. Leur ignorance, loin de dédouaner l'homme de l'art, permet au contraire d'établir la preuve de son impéritie pour ne pas s'être correctement renseigné sur les règles applicables à sa spécialité en l'état de la science et de la technique. Il ne peut pas davantage invoquer la difficulté à mettre en œuvre certaines règles de l'art particulièrement exigeantes étant donné que ces règles émanent précisément de la pratique et de découvertes permettant d'améliorer ces pratiques. Les règles de l'art n'édicte donc pas de standards inatteignables mais seulement des standards minimums et réalistes qui visent à diminuer les risques liés à l'exercice de l'art dont elles traitent. Chacun est donc en mesure de les respecter, même si leur mise en œuvre peut requérir parfois plus de temps.

Quelle qu'en soit la raison, la transgression d'une règle de l'art constitue donc en principe une faute pour le juge pénal. C'est en tout cas la solution que la jurisprudence retient de manière constante. Les juges répressifs ont ainsi considéré que commet une faute pénale le médecin qui effectue une seconde injection de sérum antitétanique alors que les règles de l'art l'interdisaient en raison des symptômes réactionnels présentés par la victime après une première injection²⁴⁷³. Ils ont encore estimé que commet une faute le professionnel du contrôle des installations électriques qui ne relève pas un « *manquement aux règles de l'art facilement décelable* »²⁴⁷⁴. Appuyée sur les règles de l'art, la condamnation pénale présentera en outre l'avantage d'emporter l'adhésion du milieu social concerné²⁴⁷⁵.

574. Catégorie de la faute

Avec la réforme de 2000, les juges pénaux ont dû préciser pour les personnes physiques à quelle catégorie de faute la violation des règles de l'art devait désormais être rattachée. Ces règles ne pouvant pas être assimilées à la loi ou au règlement²⁴⁷⁶, leur violation ne peut être sanctionnée qu'en établissant l'existence d'une faute non fondée sur la violation d'une loi ou d'un règlement, à savoir, soit une faute simple d'imprudence ou de négligence, soit une faute caractérisée. Ces fautes permettent de réceptionner tacitement les règles de l'art afin d'en sanctionner la violation.

²⁴⁷³ Cass. crim., 31 janvier 1956, Bull. crim. n° 110, D. 1956. 251. Voir également Cass. crim., 19 février 1997, n° 96-82.377, D. 1998. 236, note Legros, JCP 1997. II. 22889, note Chevallier, Dr. Pén. 1997. 109, obs. Véron, Gaz. Pal. 1999. I. 379, note Bonneau, relatif à la faute de l'anesthésiste qui procède à l'extubation et à l'arrêt de la réanimation d'une manière « *contraire aux règles consacrées par la pratique* » médicale.

²⁴⁷⁴ Cass. crim., 21 janvier 1998, n° 96-86.660, Dr. Pén. 1998. 78, obs. Véron.

²⁴⁷⁵ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., p. 139.

²⁴⁷⁶ Dans ce sens, CA Chambéry, 9 septembre 2009, n° 08/01139. Les juges ont rappelé que « *les recommandations prises par l'OITAF (Organisation internationale des transports à câble) [ne sont] pas assimilables à une norme légale ou réglementaire* ».

Dans la plupart des cas, le non-respect de ces règles constituant la cause déterminante du dommage, l'homme de l'art est considéré comme un auteur direct. Il suffit alors aux juges répressifs d'établir l'existence d'une faute simple en se fondant sur l'imprévoyance coupable que constitue une telle transgression. Ils ont ainsi admis qu'avait commis une faute simple le médecin accoucheur qui utilise maladroitement ses instruments obstétricaux, «*en méconnaissance des règles de l'art*»²⁴⁷⁷. Ils ont également retenu une faute simple à l'encontre du chirurgien orthopédiste qui, lors de l'opération d'une hernie discale, n'a pas «*procédé au repérage artériel et aux contrôles radiologiques indispensables*» et a choisi une voie opératoire «*postérieure par laminectomie dont les experts soulignent les dangers et le caractère obsole*te»²⁴⁷⁸.

Dans certains cas toutefois, l'inobservation des règles de l'art n'entretient qu'un rapport de causalité indirect avec le dommage. Pour entrer en voie de condamnation, les magistrats doivent établir l'existence d'une faute caractérisée, en montrant que l'agent, par sa transgression des règles de l'art, a exposé autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer²⁴⁷⁹. Dans la pratique, les juges parviennent facilement à retenir l'existence d'une telle faute. Ils se fondent alors soit sur le fait que l'agent, en tant que professionnel, ne pouvait ignorer le risque qu'il faisait courir à autrui en violant les règles de son art, soit sur le fait que, la plupart du temps, celui-ci a en réalité enfreint plusieurs règles de l'art en même temps et que cette accumulation établit l'existence d'une faute caractérisée²⁴⁸⁰. Il en va ainsi du chirurgien qui a mis en place un anneau gastrique sur un patient et a perforé, sans le détecter, une partie de son estomac, contribuant ainsi à provoquer le décès. La perforation étant insusceptible d'expliquer le décès à elle seule, les juges répressifs ont considéré que le chirurgien n'était qu'un auteur indirect du dommage. Ils ont retenu une faute caractérisée en estimant qu'en accumulant diverses transgressions aux règles de l'art, il ne pouvait ignorer

²⁴⁷⁷ Cass. crim., 23 octobre 2001, n° 01-81.030, Dr. Pén. 2002. 27, obs. Véron, Gaz. Pal. 2002. 1. 365, note Petit, RSC 2002. 102, obs. Mayaud et RSC 2002. 320, obs. Bouloc.

²⁴⁷⁸ Cass. crim., 21 septembre 2004, n° 03-85.510, RSC 2005. 77, obs. Mayaud. Voir également Cass. crim., 16 janvier 2007, n° 06-83.179, Dr. Pén. 2007. 49, note Véron, RSC 2007. 530, note Mayaud, relatif à la faute simple d'un cadre infirmier hyperbariste qui, en méconnaissance du protocole d'utilisation du caisson hyperbare, a ouvert au maximum la vanne d'échappement du sas, provoquant une décompression trop rapide du caisson.

²⁴⁷⁹ La faute caractérisée sert ainsi de relai à la faute délibérée qui ne peut se fonder que sur la violation d'une loi ou d'un règlement. Voir notamment P. KOLB et L. LETURMY, *Cours de droit pénal général*, op. cit., p. 190, n° 877.

²⁴⁸⁰ P. BONFILS et M. GIACOPELLI, *Droit pénal général*, Cujas, 3^e édition, 2021, p. 149, n° 235. Dans ce sens, l'arrêt CA Lyon, 28 juin 2001, Gaz. Pal. 2001.2. 1140, note Petit, RSC 2001. 804, obs. Mayaud, énonce que la faute caractérisée s'analyse comme «*un manquement caractérisé à des obligations professionnelles essentielles ou comme l'accumulation d'imprudences ou de négligences successives témoignant d'une impéritie prolongée*».

qu'il avait exposé son patient à un risque de mort compte tenu de sa qualité de spécialiste des gastroplasties²⁴⁸¹.

Si la violation des règles de l'art est en principe fautive, cette affirmation connaît certaines limites qui doivent être prises en compte par les juges répressifs.

b Les limites

575. Double limite

Le professionnel peut être amené à écarter certaines règles de l'art, en raison tant de circonstances particulières que de la coexistence de plusieurs règles applicables.

576. Circonstances particulières (1)

En premier lieu, le juge pénal peut admettre que le professionnel n'ait pas appliqué certaines règles de l'art en présence de circonstances particulières. Dans le domaine médical en particulier, la valeur obligatoire des règles de l'art ne signifie pas qu'elles doivent être appliquées à toutes les situations qu'elles visent à régir, quelles que soient les circonstances concrètes. Contrairement à ce que disait Molière avec ironie, il ne vaut bien évidemment pas « mieux mourir selon les règles que de réchapper contre les règles »²⁴⁸². Ainsi, l'obligation de respecter les règles de l'art « ne saurait dispenser le professionnel de santé de faire preuve de discernement dans sa prise en charge du patient qui doit être celle qu'il estime la plus appropriée »²⁴⁸³. Parfois, il peut se trouver dans des circonstances particulières qui le conduisent à s'écarter de ces règles pour le bien de son patient en adaptant sa méthode en fonction de ses propres constatations. Le cas échéant, il doit alors pouvoir expliquer les raisons concrètes qui l'ont amené à faire ce choix dans la situation à laquelle il était confronté.

Cette solution a notamment été retenue par la Cour d'appel de Versailles qui, dans un arrêt du 28 janvier 2017, a estimé qu'il n'était pas possible de reprocher à un médecin d'avoir proposé à sa patiente de traiter sa fistule par gastrectomie alors que, selon les critères restrictifs d'une recommandation de la HAS, cette pathologie ne faisait pas partie de celles pouvant être traitées par cette technique. Dans ce cas, la patiente souffrait en effet d'une obésité « *ancienne, rebelle aux régimes, sévère et vraisemblablement définitive, et (...), très jeune, [elle] ne présentait pas de risque opératoire parti-*

²⁴⁸¹ CA Grenoble, 4 juillet 2007, n° 06/00399. Dans le même sens, voir Cass. crim., 1^{er} avril 2008, n° 06-88.948, D. 2008. 1404, obs. Darsonville, RSC 2009. 109, obs. Ambroise-Castérot, LPA 25 nov. 2008, obs. A. G., Dr. Pén. 2008. 99, obs. J.-H. Robert, RJDA 2008. 1058, dans lequel les juges retiennent une faute caractérisée à l'encontre d'un pharmacien d'officine qui a omis d'analyser l'identité de la matière première qui lui avait été livrée, « *en méconnaissance des bonnes pratiques des préparations officinales et des recommandations du Conseil de l'ordre des pharmaciens* ».

²⁴⁸² J. -B. POQUELIN, *L'amour médecin*, 1665, acte II, scène 5.

²⁴⁸³ <www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2020-02/reco363_gm_rbp_maj_janv_2020_cd_2020_01_22_v0.pdf>.

culier», ce qui justifiait que le médecin ait recours à cette technique. La Cour relève qu'en outre, ces recommandations «*ont été respectées dans leur esprit*»²⁴⁸⁴.

Pour évaluer le respect des règles de l'art, le juge doit donc tenir compte des circonstances particulières afin d'identifier si l'éventuelle règle de l'art non appliquée pouvait être écartée dans le cas d'espèce. Dans l'affirmative, un tel comportement ouvre la voie à la reconnaissance d'une simple erreur, à condition que les étapes suivantes du raisonnement soient également satisfaites.

577. Coexistence des règles de l'art (2)

En second lieu, le juge pénal ne peut se prononcer sur le respect des règles de l'art qu'en gardant à l'esprit que plusieurs règles de l'art, faisant toute autorité dans le milieu à un temps donné, peuvent coexister pour traiter d'une même situation.

Tout d'abord, il peut s'agir d'une convolution de plusieurs règles de l'art ayant trait à des objets différents qui traitent chacune d'un pan de la situation mais qui, une fois réunies, se révèlent entrer en contradiction les unes avec les autres. C'est par exemple le cas de deux techniques devant être appliquées pour traiter une situation donnée mais qui, selon les règles de l'art, exigent pour l'une que la quantité d'un produit, tel qu'un anticoagulant, soit diminuée, alors que l'autre requiert que la quantité du même produit soit augmentée.

Il peut ensuite s'agir de deux règles de l'art ayant un même objet et une même visée, c'est-à-dire de règles alternatives. Généralement, une telle situation se présente lorsque deux règles de l'art faisant autorité existent, l'une étant plus moderne sans être encore largement répandue, alors que l'autre, plus ancienne, reste encore très ancrée dans la pratique. En réalité, de nouvelles pratiques apparaissent continuellement dans le but de diminuer le risque lié à l'activité ou le caractère invasif de l'intervention²⁴⁸⁵. Une fois qu'une telle pratique a passé le seuil expérimental²⁴⁸⁶, elle peut devenir une règle de l'art conforme aux données actuellement acquises de la science²⁴⁸⁷. C'est alors que, dans un temps plus ou moins proche, d'autres pratiques considérées jusqu'alors comme des règles de l'art actuelles finiront par perdre cette qualité²⁴⁸⁸. Il faut toutefois bien comprendre qu'il n'y a pas de discontinuité dans l'application d'une ancienne et d'une nouvelle règle de l'art²⁴⁸⁹. Au contraire, «il y a toujours et obligatoirement coexistence momentanée entre [l'] usage admis antérieurement et [la] nouvelle pratique que des théories plus récentes ou la simple expérience clinique,

²⁴⁸⁴ CA Versailles, 26 janvier 2017, n° 14/09204.

²⁴⁸⁵ C. GRAPIN, *La responsabilité chirurgicale*, op. cit., p. 315.

²⁴⁸⁶ P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, 2002, p. 92.

²⁴⁸⁷ A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, op. cit., p. 152.

²⁴⁸⁸ *Ibid.*, p. 125.

²⁴⁸⁹ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 162.

auront montrée préférable»²⁴⁹⁰. Ainsi, pendant la période intermédiaire, l'usage de la règle ancienne continue de constituer une attitude de l'homme de l'art qui doit être admise comme légitime, même si, dans l'avenir, le recours à cette règle finira par devenir fautif à cause de son obsolescence²⁴⁹¹.

Dans ces deux types de situations, le praticien doit donc nécessairement refuser d'appliquer certaines règles de l'art au profit des autres. Une telle attitude ne peut pas lui être reprochée dès lors qu'il applique de véritables règles de l'art, c'est-à-dire des règles qui font autorité dans le domaine, et que celle-ci peuvent effectivement s'appliquer dans la situation. Face à des règles de l'art contradictoires, le professionnel retrouve ainsi sa liberté thérapeutique : il peut choisir la règle de l'art qui lui semble la plus à même d'être appliquée dans la situation donnée sans que cela puisse lui être reproché.

En dehors de ces limites, lorsqu'un dommage se produit, le respect des règles de l'art peut constituer l'indice que le professionnel n'a commis qu'une erreur irréductible.

2 L'indice d'une erreur en cas de respect de ces normes

578. Valeur du respect des règles de l'art

Les règles de l'art sont le reflet du comportement du bon professionnel²⁴⁹². Ainsi, lorsqu'une règle de l'art est admise de manière certaine par les professionnels du milieu, son respect doit être considéré par le juge pénal comme un indice complémentaire particulièrement fort que l'homme de l'art a géré avec prudence le risque lié à son activité. Dans bien des cas, le juge entrera alors en voie de relâche car l'agent, soucieux de bien faire sur le plan professionnel, a respecté l'équilibre établi dans son domaine²⁴⁹³. Le recours à ces règles permet ainsi au juge de limiter le risque d'arbitraire en dépit du caractère flou des incriminations d'imprudence, en précisant, selon les domaines, le comportement requis par le professionnel au temps de l'action²⁴⁹⁴.

La Cour de cassation a ainsi estimé que Météo France n'avait commis aucune faute d'appréciation en classant un phénomène annoncé en «alerte orange» plutôt qu'en «alerte rouge». Elle retient qu'en «*l'état de la science météorologique*» à l'époque des faits, il n'était pas possible de prévoir l'intensité du phénomène survenu²⁴⁹⁵.

²⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 62.

²⁴⁹¹ *Ibid.*

²⁴⁹² *Ibid.*, p. 67.

²⁴⁹³ A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, *op. cit.*, p. 95 et J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, *op. cit.*, p. 79.

²⁴⁹⁴ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, *op. cit.*, p. 139.

²⁴⁹⁵ Cass. crim., 21 octobre 2014, n° 13-87.457, Dr. Pén. 2014. 145, obs. Véron.

En application de ce principe, il apparaît que, dans le cas de l'exploitation d'une carrière, le respect par le chef de tir des règles de l'art relatives à la quantité maximale d'explosif pour le périmètre de sécurité établi, constitue un indice fort de la prudence dont il a fait preuve dans la réalisation des tirs de mine. Pareillement, dans le cas de la pose d'un cathéter à un patient en réanimation, le respect par le médecin des recommandations faisant autorité en la matière constitue l'indice de la diligence de son intervention.

579. Caractère nécessaire mais insuffisant du respect des règles de l'art

Toutefois, le respect des règles de l'art ne suffit pas à établir que l'agent a diligemment géré le risque lié à son activité. Le respect de ces règles ne saurait trancher de façon définitive la question du comportement avisé car ces règles ne constituent qu'un minimum exigible dans le milieu professionnel considéré²⁴⁹⁶. Dans bien des situations, l'agent sera tenu d'aller au-delà des prescriptions de ces règles, en adaptant son comportement aux circonstances concrètes de l'espèce.

580. Conclusion de la section 1

Pour déterminer si une gestion « normale » du risque a été effectuée, le juge pénal doit, dans cette première étape, s'assurer que l'agent s'est conformé aux normes de sécurité qui régissent son domaine d'activité, c'est-à-dire aux règles générales et abstraites revêtues de force obligatoire. Elles permettront au juge de préciser le cadre des diligences requises.

Pour ce faire, le juge pénal se référera tout d'abord aux normes à caractère légal ou réglementaire, qui sont formellement contraignantes. Au-delà des seuls lois et règlements, de nombreuses règles entrent également dans cette catégorie, à l'instar des règles du jeu sportif ou de certaines règles relatives aux autorisations administratives. Aux termes de l'article 121-3 du Code pénal français, la violation de ces normes peut être sanctionnée soit au titre de la faute délibérée lorsqu'elle est consciente – le caractère direct ou indirect du lien causal n'aura alors plus aucune importance –, soit au titre de la faute simple lorsqu'elle est inconsciente – un lien de causalité direct devra alors être établi. Pour retenir une faute simple, le juge devra encore démontrer que, dans les circonstances de l'espèce, une personne diligente serait parvenue à respecter la règle qui a été violée. A l'inverse, l'observation de ces règles constituera l'indice d'une bonne gestion du risque par l'agent. Excepté pour les règles du jeu sportif, cet indice s'avèrera toutefois insuffisant.

Le juge pénal se référera ensuite aux règles de l'art, qui tirent leur force obligatoire de l'autorité qu'elles revêtent dans le milieu professionnel. Elles sont considérées comme des usages de fait particuliers qui ne se confondent ni avec la coutume, qui est trop ancienne, ni avec les pratiques d'opinion, qui varient selon les praticiens. Pour être

²⁴⁹⁶ J. DELIYANNIS, *La notion d'acte illicite*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1951, p. 64 et s. et A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, *op. cit.*, p. 219.

considérée comme une règle de l'art, la règle doit être actuelle et bénéficier de l'*opinio necessitatis* auprès des professionnels, indifféremment de la source dont elle émane. La violation des règles de l'art sera en principe considérée comme fautive. La plupart du temps, la violation sera directement à l'origine du dommage ; une faute simple suffira alors pour entrer en voie de condamnation. En cas de causalité indirecte toutefois, les juges n'auront pas de difficulté à établir l'existence d'une faute caractérisée en s'appuyant soit sur les compétences professionnelles de l'homme de l'art soit sur l'éventuelle accumulation des violations commises. Le principe connaît toutefois des limites en présence de circonstances particulières ou lorsque plusieurs règles de l'art trouvent à s'appliquer. En revanche, l'observation de ces règles constituera un indice fort des diligences accomplies par l'agent pour gérer le risque lié à son art. Dans certains cas néanmoins, il devra aller au-delà de la prudence exigée par ces règles.

En tout état de cause, les normes ne régissent pas toutes les situations et, même lorsqu'une norme s'applique, son respect ne suffit pas à démontrer l'accomplissement des diligences normales. Dès lors, la seule approche normative reste impuissante à rendre compte du comportement attendu²⁴⁹⁷. En cas de dommage, pour établir l'existence d'une erreur irréductible, le juge devra encore vérifier que l'agent a géré le risque lié à son activité de manière raisonnable.

Section 2 La gestion raisonnable du risque

581. Normalité comme caractère raisonnable

Toute activité est soumise à une part d'initiative²⁴⁹⁸. Même en l'absence d'obligation préexistante, chacun est «tenu d'exercer son activité dans des conditions de nature à prévenir les risques auxquels les tiers sont exposés»²⁴⁹⁹.

Toutefois, l'agent doit seulement accomplir les «*diligences normales*». Ce qui est normal n'étant pas ce qui est excessif, l'agent doit adopter un comportement raisonnablement prudent et non exceptionnellement prudent. Ce comportement ne correspond ni à l'incurie, ni à la minutie excessive²⁵⁰⁰. Il est «le soin normal que chaque personne doit apporter à l'accomplissement de ses devoirs, compte tenu [de] son activité et des circonstances de fait qui peuvent l'entourer»²⁵⁰¹.

²⁴⁹⁷ P.-Y. VERKINDT, *L'imprudence et la négligence collectives : essai sur les quasi-délits et sur le délit pénal d'imprudence dans les situations complexes*, thèse, Lille, 1988, p. 50.

²⁴⁹⁸ Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, Dalloz, 2003, p. 135.

²⁴⁹⁹ Y. MAYAUD, «Violences involontaires : théorie générale», *op. cit.*, n° 156.

²⁵⁰⁰ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, *op. cit.*, p. 41.

²⁵⁰¹ *Ibid.*

Le droit pénal ne vise de toute façon pas à s'appliquer à des êtres tendant à la perfection mais à l'ensemble des hommes vivant en société²⁵⁰². Il détermine «quelles sont les règles qui, sans rigueur excessive, peuvent commander les rapports entre les hommes»²⁵⁰³. Une règle excessive à laquelle «nul ne pourrait se conformer ou qu'on ne pourrait observer sans se condamner à l'inaction ne saurait raisonnablement être sanctionnée par le droit»²⁵⁰⁴. C'est la raison pour laquelle le juge ne doit pas considérer le prévenu comme un «génie omniscient», ou un «*constantissimus homo*» capable de garder une parfaite maîtrise de lui en toute circonstance²⁵⁰⁵. A l'impossible nul n'est tenu et les limites humaines fixent les frontières du droit.

Le normal et le raisonnable ne renvoient en outre pas à une moyenne statistique des comportements adoptés par les individus dans un domaine donné. Si l'intégralité des automobilistes conduisent dangereusement en ville, la moyenne des automobilistes conduit de manière dangereuse²⁵⁰⁶. Pourtant, cela n'a rien de normal ou de raisonnable. La normalité s'éloigne donc de la pratique moyenne pour s'orienter vers ce qui est raisonnablement exigible. Le comportement exigé peut d'ailleurs parfois être d'un degré extrême, compte tenu de l'activité pratiquée et des qualités requises de ceux qui la pratiquent²⁵⁰⁷. La normalité «implique toujours un jugement de valeur»²⁵⁰⁸. C'est pourquoi le texte ne renvoie pas à une personne moyennement diligente mais normalement diligente.

Le juge pénal est ainsi invité à évaluer le comportement de l'agent en se référant à différents paramètres objectifs qui permettent de rendre compte du caractère raisonnable de la gestion du risque²⁵⁰⁹. Le raisonnable n'impose pas une solution unique mais peut admettre une pluralité de solutions²⁵¹⁰. Il y a toutefois une limite à cette tolérance, c'est le déraisonnable, c'est-à-dire ce qui est inadmissible dans une communauté à un moment donné²⁵¹¹. Le juge pénal doit donc trouver cet équilibre, dans le cas d'espèce, en distinguant ce qui est un risque raisonnable de ce qui ne l'est pas²⁵¹². Seule la prise d'un risque raisonnable pourra fonder une erreur irréductible.

²⁵⁰² *Ibid.*, p. 32.

²⁵⁰³ *Ibid.*

²⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 41.

²⁵⁰⁵ *Ibid.*, p. 144.

²⁵⁰⁶ P.-Y. VERKINDT, *L'imprudence et la négligence collectives: essai sur les quasi-délits et sur le délit pénal d'imprudence dans les situations complexes*, *op. cit.*, p. 122.

²⁵⁰⁷ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, *op. cit.*, p. 224.

²⁵⁰⁸ P.-Y. VERKINDT, *L'imprudence et la négligence collectives: essai sur les quasi-délits et sur le délit pénal d'imprudence dans les situations complexes*, *op. cit.*, p. 122.

²⁵⁰⁹ Y. MAYAUD, «Violences involontaires: théorie générale», *op. cit.*, n° 180.

²⁵¹⁰ C. COQUIN, *Le concept de proportionnalité en droit pénal*, thèse, Poitiers, 2001, p. 15.

²⁵¹¹ *Ibid.*

²⁵¹² J.-P. VIAL, «La faute pénale qualifiée dans le sport», *Jurisport*, N° 169, 2016, p. 37 et s.

Pour ce faire, à l'instar du risque autorisé, le juge pénal vérifiera que l'agent a diligemment diminué le risque général lié à son activité (I). Il ne pourra ensuite admettre le risque général restant qu'eu égard à sa valeur (II).

I La diminution du risque général

582. Besoin d'expertise

Pour évaluer comment l'agent a diminué le risque inhérent à son activité, le juge pénal a le plus souvent besoin de s'en référer à un expert, spécialiste du domaine concerné²⁵¹³. Celui-ci « instruit le magistrat et doit le mettre en mesure de comprendre les faits qui lui ont été soumis »²⁵¹⁴.

Néanmoins, cela ne doit pas devenir une abdication²⁵¹⁵. « L'expertise ne peut pas dégénérer en une simple solution de facilité »²⁵¹⁶. Il incombe au juge d'apprécier la valeur des affirmations de l'expert, ce qui constitue une tâche ardue²⁵¹⁷. Pour le juge, apprécier la diligence d'une discipline à travers un expert s'avère en réalité bien souvent « aussi aléatoire que d'appliquer un code étranger à travers une traduction qu'on se réserve de vérifier, sans pourtant connaître la langue traduite »²⁵¹⁸. Cette analyse des dires de l'expert « est fertile en pièges subtils dans lesquels le juge le mieux disposé peut glisser en parfaite bonne foi »²⁵¹⁹. L'expert, comme toute personne de valeur, a ses opinions personnelles²⁵²⁰. Bien que prudent, il risque tout d'abord « d'être entraîné subconsciemment à employer la formule affirmative là où la tournure dubitative eut été plus indiquée »²⁵²¹. En outre, il peut être incliné à croire « que son rôle est plus de prouver la culpabilité que de décrire des faits », pensant « que des conclusions insuffisamment fermes pourraient nuire à [sa] réputation »²⁵²². Enfin, l'expertise met parfois le juge en danger de s'aventurer dans le domaine de la controverse scientifique pour laquelle il n'a pas autorité et où des opinions antagonistes peuvent être défendues²⁵²³.

In fine, le juge pénal n'est jamais tenu par les conclusions de l'expert et se doit d'établir sa propre conviction²⁵²⁴. L'expertise doit donc être envisagée par le juge plutôt

²⁵¹³ J.-L. CROIZIER, « Expertise », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2016, n° 6.

²⁵¹⁴ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., p. 223.

²⁵¹⁵ J.-R. DEMARCHI, *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, L.G.D.J., 2012, p. 245.

²⁵¹⁶ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit.

²⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 217.

²⁵¹⁸ *Ibid.*

²⁵¹⁹ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 45.

²⁵²⁰ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., p. 226.

²⁵²¹ *Ibid.*

²⁵²² *Ibid.*

²⁵²³ *Ibid.*, p. 213.

²⁵²⁴ C. GRAPIN, *La responsabilité chirurgicale*, op. cit., p. 28.

comme le complément de son analyse que comme un moyen de preuve absolu²⁵²⁵. Il lui incombe dès lors de procéder méthodiquement à l'analyse des circonstances de l'espèce.

583. Diligences et gestion du risque

Pour évaluer les diligences accomplies par l'agent dans sa gestion du risque, le juge pénal pourra chercher à déterminer, comme pour le risque autorisé, d'une part si le comportement du prévenu s'inscrit bien dans un risque général (A) et, d'autre part, si le prévenu l'a dûment diminué (B).

A La généralité du risque

584. Identification du risque général

A l'image du droit suisse, le champ du risque général peut être déterminé en recourant tant à un principe de confiance «à la française» si l'on traite l'espèce sous l'angle de la pluralité des participants (1) qu'en excluant les cas de risque spécial lorsque l'espèce est traitée du point de vue des circonstances propres à l'agent (2).

1 Le recours au principe de confiance

585. Établissement d'un principe de confiance à la française

Même si, contrairement au droit suisse²⁵²⁶, aucun principe de confiance n'a été formalisé par la jurisprudence ou la doctrine françaises, un tel principe peut sans doute être reconnu en droit français en se fondant sur l'article 121-1 du Code pénal français, qui dispose que «*nul n'est responsable pénalement que de son propre fait*». Si l'on n'est responsable que de son propre fait, on ne peut alors en principe se voir raisonnablement reprocher les fautes d'autrui pour ne pas les avoir suffisamment anticipées. Sauf circonstances contraires particulières, une personne qui se comporte elle-même conformément aux règles de prudence peut avoir confiance dans le fait que les autres personnes avec lesquelles elle évolue agiront de même. En cas de dommage, le juge pourra estimer que cette personne n'a commis qu'une erreur d'appréciation ne pouvant lui être reprochée.

Ainsi, l'automobiliste qui, sur une route de campagne, dépasse une voiture roulant à très faible vitesse, ne commet certainement aucune faute si, au moment où il effectue sa manœuvre, ladite voiture tourne brusquement à gauche sans prévenir, provoquant ainsi l'accident. Le choix de dépasser ce véhicule peut ne constituer qu'une simple erreur étant donné que l'automobiliste ne pouvait pas prévoir ce brutal changement de

²⁵²⁵ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., p. 223.

²⁵²⁶ Voir 2^d Partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, I, A, 1: Le recours au principe de confiance, n° 489 et s.

direction, sauf à exiger une prudence excessive interdisant la manœuvre du dépassement. A l'inverse, le propriétaire prêtant sa voiture à un tiers automobiliste qui cause un accident peut lui-même se voir reprocher une faute non intentionnelle pour lui avoir volontairement remis les clés du véhicule, dès lors qu' « *il savait que celui-ci n'était pas titulaire du permis de conduire et se trouvait sous l'emprise de l'alcool* »²⁵²⁷. Ces circonstances particulières établissent l'existence d'un risque grave pour autrui qui aurait dû interdire au propriétaire d'accorder sa confiance au tiers automobiliste. Ce faisant, il commet une faute caractérisée.

Comme en droit suisse, ce principe de confiance peut vraisemblablement s'appliquer toutes les fois où il existe des interconnexions entre les différents intervenants. Il revêt un grand intérêt dans le cadre de la division du travail, qu'elle soit horizontale ou verticale.

586. Cas de la division horizontale du travail

Lorsque plusieurs personnes de même niveau œuvrent ensemble dans un but commun, comme dans une chaîne de soins, chacun doit pouvoir s'attendre, en vertu du principe de confiance, à ce que les autres accomplissent les tâches de leur spécialité avec diligence. Elles peuvent ainsi se fier à leurs confrères sans être tenues de vérifier systématiquement que ceux-ci n'ont commis aucun manquement. Pendant une opération par exemple, chirurgien et anesthésiste travaillent en synergie sans devoir se contrôler l'un l'autre²⁵²⁸. Si une personne commet une faute, l'erreur induite chez les autres membres de la chaîne ne pourra leur être reprochée, à moins, bien sûr, que l'anomalie soit manifeste. Le pharmacien qui délivre un médicament prescrit par le médecin à un patient pour lequel il est contre-indiqué ne commet donc aucune faute mais une simple erreur puisqu'il n'avait raisonnablement pas les moyens d'identifier la nocivité de cette prescription. En revanche, s'il délivre le médicament alors que le dosage prescrit est manifestement aberrant, compte tenu par exemple de l'âge du patient, il commet une faute non intentionnelle²⁵²⁹.

587. Cas de la division verticale du travail

Lorsque le travail est hiérarchisé, une personne plus élevée hiérarchiquement peut effectuer une délégation à l'un de ses subordonnés, à l'image du médecin titulaire qui

²⁵²⁷ Cass. crim., 14 décembre 2010, n° 10-81.189, D. 2011. 2830, obs. Garé, RSC 2011. 96, obs. Mayaud.

²⁵²⁸ C. GRAPIN, *La responsabilité chirurgicale*, op. cit., p. 443 et J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, 7^e édition, 2017, p. 97, n° 77.

²⁵²⁹ Dans ce sens, voir Cass. crim., 25 septembre 1996, n° 95-86.076, Dr. Pén. 1997. 3, obs. Véron. Dans cet arrêt, les juges ont condamné le médecin qui n'a pas décelé le caractère erroné du diagnostic psychiatrique posé par un médecin psychiatre et qui a persisté dans cette voie alors que le patient souffrait d'une complication du syndrome de Guillain-Barré. Ils lui reprochent notamment d'avoir manqué « *d'esprit critique face à un diagnostic « aberrant » au regard de la personnalité du malade et [de ne pas avoir tenu] compte des doléances de celui-ci et de sa famille alors que les symptômes de l'affection étaient apparents* ».

confie une tâche à son interne²⁵³⁰ ou du chef d'entreprise qui confie une mission à l'un de ses salariés. Dans ce cas, le délégant peut alors légitimement faire confiance au déléataire dès lors qu'il a régulièrement effectué la délégation.

En droit français, les conditions exigées pour la validité d'une délégation n'ont pas été autant approfondies qu'en droit suisse²⁵³¹. Il ressort toutefois de la jurisprudence française que, de manière constante, trois conditions sont exigées pour admettre une telle délégation. Le déléataire doit être doté «*de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires*»²⁵³² à sa mission²⁵³³. Ces conditions rejoignent pleinement les exigences de la *cura in eligendo* et de la *cura in instruendo* du droit suisse²⁵³⁴, tout en explicitant le fait que les moyens nécessaires requièrent une autorité suffisante. En revanche, bien que la *cura in custodiendo* ne soit pas explicitement visée par les juges français, elle n'en demeure pas moins implicite car une délégation n'exclut bien évidemment pas une surveillance raisonnable par le délégant des actions du déléataire²⁵³⁵. Cette surveillance doit être adaptée aux compétences et au statut du déléataire. En toute hypothèse, lorsque le délégant se rend compte que le déléataire manque à ses devoirs, il lui incombe d'intervenir immédiatement. A l'inverse, dans le cadre d'une délégation régulière, lorsque le délégant a diligemment mis en œuvre son devoir de surveillance, il ne pourra pas se voir reprocher d'avoir effectué une telle délégation, même en cas de faute du déléataire. Au mieux s'agira-t-il d'une simple erreur de discernement du délégant qui est toujours possible car personne n'est complètement maître de l'attitude d'autrui.

Le recours au principe de confiance permet ainsi d'établir le risque général en cas de risque causé par l'activité d'autrui. Ce principe ne suffit cependant pas à identifier le risque général dans toutes les situations. En tous les cas, le juge pénal doit encore s'assurer que l'agent a exclu tout risque spécial.

²⁵³⁰ Selon l'art. 6153-3 CSP, «*L'interne en médecine exerce des fonctions de prévention, de diagnostic et de soins, par délégation et sous la responsabilité du praticien dont il relève*».

²⁵³¹ Pour une présentation de ces conditions, voir en particulier G. SHALBI, *La responsabilité pénale du dirigeant d'entreprise*, thèse, Paris I, 2004, p. 319 et s.

²⁵³² Cass. crim., 25 février 2014, n° 12-88.098. Voir également Cass. crim., 10 mai 2017, n° 16-84.288, Dr. Pén. 2017. 10, obs. M. Segonds; Cass. crim., 25 septembre 2007, n° 06-85.945; Cass. crim., 14 octobre 1997, n° 96-83.356, Dr. Pén. 1998. 25, obs. Robert, RTD com. 1998.431, obs. Bouloc, RSC 1998. 328, obs. Mayaud, LPA 1998. 152. 14, note Sordino; Cass. crim., 25 juillet 1991, Dr. Pén. 1992. 34 et Cass. crim., 16 janvier 1990, n° 88-83.193.

²⁵³³ B. PEREIRA, «Responsabilité pénale», *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017, n° 49 et M. SECONDS, «Santé et sécurité au travail», *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2005, n° 199 et s.

²⁵³⁴ Pour une étude comparée des droits suisses, allemands et français, voir L. MOREILLON, *L'infraction par omission*, étude des infractions à la vie et à l'intégrité corporelle en droit anglais, français, allemand et suisse, Librairie Droz, 1993, p. 154 et s.

²⁵³⁵ P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, Cujas, 2013, p. 71.

2 L'exclusion du risque spécial

588. Distinction entre risque général et spécial

Comme nous l'avons vu en droit suisse²⁵³⁶, le risque général se définit comme le risque abstrait inhérent à une activité donnée. Il peut être identifié en vérifiant que l'agent n'a pris aucun risque spécial. Le risque devra être considéré comme spécial lorsque l'agent, dans les circonstances de l'espèce, avait ou aurait dû avoir une connaissance particulière de l'existence d'un risque spécifique dans sa situation. S'il a pris un risque spécial, l'erreur irréductible ne pourra être admise par le juge répressif, qui devra alors entrer en voie de condamnation. Le risque spécial possède d'ailleurs une signification toute particulière en droit français, puisqu'il permet précisément de mettre en évidence que l'agent a exposé autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer, établissant ainsi l'existence d'une faute caractérisée. Pour cette raison, les hypothèses de risque spécial se recoupent largement avec les différents cas de faute caractérisée que nous avons dégagés dans la première partie de ce travail²⁵³⁷. Il convient à présent de montrer que ce risque spécial se retrouve dans la majorité des cas de faute caractérisée.

589. Hypothèses de risque spécial

Tout d'abord, l'existence d'un risque spécial peut être établie lorsque l'agent disposait personnellement d'une information sur l'existence d'un risque spécifique dans la situation d'espèce. D'une part, l'information peut avoir été donnée à l'agent par un tiers. Dans les arrêts présentés en première partie²⁵³⁸, plusieurs maires qui avaient été personnellement informés des risques particulièrement graves qui existaient sur certaines installations de leur commune ont été condamnés au titre de la faute caractérisée²⁵³⁹. Les juges ont également condamné le médecin anesthésiste-réanimateur au titre de la faute caractérisée en considérant qu'il avait été informé du risque causé à son patient lorsqu'il s'est abstenu de lui rendre visite pendant une période de seize heures en dépit de la mention « *petits problèmes d'hémostase à surveiller* » portée au dossier par le chirurgien²⁵⁴⁰. De même, les juges pourront retenir une faute caractérisée à l'encontre du propriétaire qui a été informé du risque particulier que son immeuble faisait courir

²⁵³⁶ Voir 2^e partie, titre 2, chapitre 1, section 2, I, A, 2: L'exclusion du risque spécial, n° 495.

²⁵³⁷ Voir 1^{re} partie, titre 2, chapitre 1, section 1, II, B, 2: La faute caractérisée, n° 196.

²⁵³⁸ Voir Cass. crim., 2 décembre 2003, n° 03-83.008, AJ pénal 2004. 114, Gaz. Pal. 2004.2.2667, obs. Monnet, Dr. Pén. 2004. 17, obs. Véron, RSC 2004. 347, obs. Mayaud, et Cass. crim., 22 janvier 2008, n° 07-83.877, présentés dans la 1^{re} Partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, II, B, 2: « La faute caractérisée ».

²⁵³⁹ A l'inverse, aucune faute caractérisée n'a été retenue à l'encontre d'un maire qui n'avait pas été informé de la dangerosité de cages de but mises à disposition des administrés dans sa commune. Voir Cass. crim., 4 juin 2002, n° 01-81.280, D. 2003. 95, note Petit, D. 2003. 244, obs. Roujou de Boubée, RSC 2003. 127, obs. Giudicelli.

²⁵⁴⁰ Cass. crim., 29 novembre 2005, n° 05-80.017, JCP 2006. II. 10160, note Alt-Maes, Gaz. Pal. 2006. I. 2019, note Viriot-Barrial.

à autrui par un arrêté qui l'avait déclaré insalubre et l'avait interdit à la location tant que des travaux de mise en conformité n'ont pas été effectués²⁵⁴¹. Ils considéreront encore sans doute que l'utilisateur d'une voiture autonome qui ne reprend pas en main le véhicule après que le système intelligent lui a enjoint de le faire commet une faute caractérisée car il connaissait le risque qu'il faisait courir aux autres usagers de la route en ignorant l'avertissement du véhicule²⁵⁴². D'autre part, l'agent a pu acquérir l'information grâce à l'expérience d'un événement passé. Les juges ont ainsi retenu une faute caractérisée à l'encontre du propriétaire d'un chien non tenu en laisse qui a agressé un passant alors que le propriétaire savait que son animal s'était déjà montré agressif envers d'autres personnes²⁵⁴³. Ils établiront sans doute également une telle faute à l'encontre du constructeur de voitures autonomes qui s'abstient de corriger l'algorithme de son véhicule après que celui-ci a provoqué un accident en phase d'expérimentation sur les routes, en prenant le *K-way* d'un cycliste pour un sac en plastique. Ils pourront également condamner à ce titre le chef de tir qui procède à une nouvelle série de tirs de mine dans les mêmes conditions que la précédente alors même que la première série a mis en évidence l'existence de failles argileuses sur le front de taille exploité, ce qui aurait dû l'obliger à diminuer la quantité d'explosif.

Ensuite, l'existence d'un risque spécial peut émaner de la particulière évidence du risque grave que l'on fait courir à autrui dans une situation concrète, comme lorsqu'une personne recourt à un non-professionnel pour changer une installation de gaz dans un immeuble²⁵⁴⁴.

Enfin, l'existence d'un risque spécial peut se déduire des connaissances professionnelles qu'avait l'agent. Dans cette hypothèse, l'établissement d'un risque spécial est plus délicat car, comme nous l'avons vu²⁵⁴⁵, il existe une grande sévérité à l'encontre des professionnels. Cette sévérité risque de faire peser sur ceux-ci une présomption

²⁵⁴¹ Un arrêté préfectoral constituant un acte administratif non pas règlementaire mais individuel, il ne peut pas servir de fondement à la faute délibérée. Sa violation ne pourra être sanctionnée qu'en recourant à la faute caractérisée. Dans ce sens, voir Cass. crim., 10 mai 2000, n° 99-80.784 et Cass. crim., 30 octobre 2007, n° 06-89.365.

²⁵⁴² Dans ce sens, voir l'art. 1^{er} de l'ordonnance du 14 avril 2021, n° 2021-443, relative au régime de responsabilité pénale applicable en cas de circulation d'un véhicule à délégation de conduite et à ses conditions d'utilisation.

²⁵⁴³ Cass. crim., 2 mai 2018, n° 17-80.317.

²⁵⁴⁴ Voir Cass. crim., 18 novembre 2008, n° 08-81.361, présenté dans la 1^{re} Partie, titre 2, chapitre 1, section 1, II, B, 2, a: «La faute caractérisée», n° 200 et s. Tel est encore le cas de l'utilisateur d'une voiture autonome, lorsqu'il a ignoré la circonstance évidente que les conditions d'utilisation du système, définies pour l'expérimentation, n'étaient pas ou plus remplies. Dans ce sens, voir R. MESA, «Développement et utilisation de l'IA, quels risques pénaux pour les entreprises?», *Cahiers de droit de l'entreprise*, LexisNexis, n° 3, 2020, dossier 18.

²⁵⁴⁵ Voir 1^{re} partie, titre 2, chapitre 1, section 1, II, B, 2: La faute caractérisée, n° 201 et s. et 2^e partie, titre 1, chapitre 2, section 2, II, B, 2: Le maintien de la référence aux diligences normales, n° 440.

généralisée de connaissance particulière de tous les risques qui peuvent éventuellement survenir²⁵⁴⁶. Si le professionnel peut sans doute mieux discerner que la moyenne les risques qui apparaissent dans sa situation professionnelle, encore faut-il véritablement établir qu'il avait une connaissance particulière de ce risque ou qu'il aurait dû avoir cette connaissance particulière. Le juge pénal pourra alors précisément demander à l'expert si, dans les circonstances de l'espèce, le professionnel devait avoir cette connaissance du risque qui s'est réalisé dans l'espèce. A défaut, il ne pourra s'agir que d'un risque général inhérent à l'activité concernée.

Lorsque l'agent n'avait pas connaissance d'un risque spécifique, son action s'inscrit dans le cadre du risque général. Dans la gestion de ce risque, il peut alors arriver qu'il commette une erreur irréductible qui échappera à la répression. Toutefois, pour qu'une telle erreur puisse être admise en droit pénal, il faut encore que l'agent ait diminué le risque général de son activité.

B La diminution de ce risque

590. Nécessaire diminution du risque

Celui qui prend un risque général doit recourir à toutes les précautions raisonnablement envisageables pour le diminuer ou le minimiser de manière à éviter qu'une atteinte ne soit portée à la vie ou à l'intégrité d'autrui²⁵⁴⁷. Lorsqu'il est possible pour l'agent de parvenir à un résultat similaire à celui qu'il recherchait en utilisant une technique moins dangereuse, celle-ci doit être préférée²⁵⁴⁸. Toutefois, s'il n'existe pas de technique plus avantageuse, l'agent doit mettre en place une méthode ou une stratégie propre à gérer le risque inhérent à son activité, c'est-à-dire à en éviter la réalisation²⁵⁴⁹. A défaut, en cas de dommage, le juge répressif pourra lui reprocher une faute simple pour avoir été imprévoyant dans sa gestion du risque²⁵⁵⁰. Il pourra alors le condamner en établissant l'existence d'un lien de causalité direct entre la faute et le dommage. Si l'agent cumule de telles imprévoyances, le juge pourra même aller jusqu'à retenir une faute caractérisée, conformément à l'extension prétorienne de cette notion²⁵⁵¹, lui permettant d'entrer en voie de condamnation indifféremment du caractère direct ou indirect de la causalité.

Ainsi, l'existence d'une erreur irréductible ne peut être établie que lorsque le dommage s'est produit en dépit de la mise en œuvre par l'agent de tous les moyens ad-

²⁵⁴⁶ J.-P. VIAL, *Le risque pénal dans le sport*, *op. cit.*, p. 343.

²⁵⁴⁷ J. DELIYANNIS, *La notion d'acte illicite*, *op. cit.*, p. 70.

²⁵⁴⁸ C. GRAPIN, *La responsabilité chirurgicale*, *op. cit.*, p. 317.

²⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 555.

²⁵⁵⁰ *Ibid.*

²⁵⁵¹ Voir 1^{re} partie, titre 2, chapitre 1, section 1, II, B, 2: La faute caractérisée, n° 204.

équats pour diminuer le risque de son activité (1) afin de le ramener à sa part résiduelle (2).

1 Les moyens de la diminution

591. Critères de référence

Selon le troisième alinéa de l'article 121-3 du Code pénal français, le juge pénal peut évaluer les moyens employés par l'agent pour diminuer le risque eu égard notamment à « *la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait* ». Ces critères n'étant qu'exemplatifs, le juge peut également recourir à d'autres critères à condition qu'ils soient objectifs, même s'ils peuvent être individualisés²⁵⁵².

592. Critères importés de la théorie du risque autorisé

Plus généralement, le juge pénal peut se référer aux trois critères proposés par REHBERG, présentés au chapitre précédent²⁵⁵³, qui visent à vérifier si les moyens auxquels l'agent a recouru sont bien ceux qui étaient les plus à même de prévenir la réalisation du risque dans le cas d'espèce. Selon ces critères, l'agent doit d'abord avoir mis en place des contre-mesures permettant de contenir le risque, il doit en outre avoir conservé la maîtrise des moyens qu'il a employés et, enfin, il doit avoir cherché à protéger les personnes se trouvant dans la sphère d'influence prévisible de son action. Ces critères peuvent se révéler très utiles en ce qu'ils permettent d'éclairer sous un nouveau jour, plus universel, ceux de l'article 121-3 du Code pénal français. Le juge français peut dès lors les reprendre tels quels afin d'effectuer son analyse sans qu'il soit nécessaire de les adapter au droit français.

593. Critères propres à la théorie de l'erreur irréductible

Quels que soient les critères appliqués, si on cherche à identifier une erreur irréductible, il apparaît certaines difficultés dans la façon d'évaluer les moyens mis en œuvre pour diminuer le risque qui ne se retrouvent pas dans la théorie du risque autorisé. Ces difficultés tiennent essentiellement à la différence sémantique qui existe dans la dénomination de ces deux théories. D'une part, le risque autorisé a trait au risque qui a été pris par l'agent. Il encourage le juge à se replacer au temps de l'action. A l'inverse, l'erreur ne se révélant qu'*a posteriori*, le juge pourrait être tenté de ne pas faire cet effort de recontextualisation. Pourtant, cet effort est essentiel à la détermination de l'erreur irréductible afin d'éviter tout biais rétrospectif dans l'appréciation des moyens employés (a). D'autre part, la notion de risque autorisé renvoie à l'analyse globale du comportement de l'agent. Au contraire, la notion d'erreur donne l'impression de viser uniquement un comportement ponctuel. Or, lorsque l'on parle d'erreur irréductible,

²⁵⁵² Voir 1^{re} partie, titre 2, chapitre 1, section 2, II, A: La méthode d'appréciation, n° 220 et s.

²⁵⁵³ Voir 2^e partie, titre 2, chapitre 1, section 2, I, B: La diminution du risque, n° 502 et s.

c'est bien d'une défaillance survenue dans le cadre d'une gestion normalement prudente et diligente du risque dont il est question. Le comportement ne doit donc pas être évalué au seul temps de la défaillance mais d'après les moyens employés sur un certain laps de temps (b).

a Le moment de l'appréciation : le biais rétrospectif

594. Présentation du biais rétrospectif

Lorsqu'un accident se produit, il est souvent facile d'en trouver « l'explication scientifique, d'en décrire le processus et même de préciser une modalité d'agir qui eut empêché (...) la production du dommage »²⁵⁵⁴. En matière médicale par exemple, « tel examen n'a pas été demandé qui aurait été utile ou telle maladresse instrumentale ou manuelle a été commise »²⁵⁵⁵. Il y a assurément erreur puisque l'agent « a fait ce qu'il ne fallait pas faire ou n'a pas fait ce qu'il fallait faire. Mais y a-t-il faute ? La réponse consistant simplement à dire : « il y a faute car un [individu] placé dans les mêmes circonstances externes que le défendeur n'aurait pas commis cette erreur », n'est qu'une pétition de principe », car *a posteriori*, dans l'abstrait, il est toujours possible d'imaginer une manière différente d'agir, mieux adaptée à la situation, qui aurait permis d'éviter le dommage²⁵⁵⁶. D'une manière générale, toutes les attitudes qui ont conduit à l'accident peuvent facilement être considérées *a posteriori* comme imprudentes ou négligentes²⁵⁵⁷ ; c'est le biais rétrospectif. Pourtant, la réalisation d'une erreur n'implique pas nécessairement qu'il y ait eu imprudence ou négligence²⁵⁵⁸. Pour évaluer le comportement, c'est « avant la production de l'accident qu'il faut se placer, en reconstituant le climat concret où l'action humaine s'est produite avec toutes les données d'incertitude, de probabilité, de relativité des méthodes »²⁵⁵⁹ et de faillibilité humaine.

595. Illustration du biais rétrospectif

Le Professeur PIERRE-YVES VERKINDT illustre ce biais en prenant l'exemple d'un guide qui emmène des skieurs faire une randonnée hors-piste. « Le groupe doit traverser un couloir fortement pentu et avalancheux. Le guide s'avance et fait quelques virages pour tester l'état du revêtement neigeux (pour assurer la sécurité du groupe). Il provoque une avalanche. Jusque-là, son comportement peut être qualifié de prudent. Mais son avalanche emporte quelques mètres en aval d'autres skieurs qui pratiquaient eux-mêmes du ski hors-piste »²⁵⁶⁰. Il met en exergue que la tendance natu-

²⁵⁵⁴ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., p. 74.

²⁵⁵⁵ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 151.

²⁵⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁵⁷ C. GRAPIN, *La responsabilité chirurgicale*, op. cit., p. 663.

²⁵⁵⁸ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., p. 74.

²⁵⁵⁹ *Ibid.*

²⁵⁶⁰ P.-Y. VERKINDT, *L'imprudence et la négligence collectives : essai sur les quasi-délits et sur le délit pénal d'imprudence dans les situations complexes*, op. cit., p. 30.

relle serait, devant les conséquences dramatiques de l'accident, de «réinterpréter l'acte initial en termes d'imprudence» alors que, au temps de l'action, le guide déployait justement les moyens permettant d'assurer la sécurité de son groupe²⁵⁶¹.

596. Participation de l'expert au biais rétrospectif

Le recours à un expert n'aide bien souvent pas le juge à sortir de ce biais rétrospectif car, dans une approche scientifique, l'expert cherche avant tout comment le dommage s'est produit et comment il aurait pu être évité²⁵⁶². Il se livre à cette étude dans la tranquillité de son bureau, là où «l'action de l'homme se déshumanise pour devenir force et énergie parmi d'autres, tout comme une machine»²⁵⁶³. Au niveau de l'expertise, toute dissociation entre erreur et faute trouve alors difficilement sa place²⁵⁶⁴. Lorsque la mission de l'expertise vise, par exemple, l'évitabilité du dommage, souvent les réflexions du scientifique ne se situent pas sur le plan des devoirs de l'homme concret, replacé dans les mêmes circonstances que l'agent, mais «sont centrées sur la détermination théorique de la réaction d'ordre scientifique qui eût été susceptible de rompre l'enchaînement causal»²⁵⁶⁵. Il n'est d'ailleurs pas rare de voir l'expert changer d'attitude à l'audience en adoptant des positions beaucoup moins tranchées que les apparentes affirmations du rapport qu'il a rendu²⁵⁶⁶. Lorsque l'expert est interrogé, l'atmosphère judiciaire le rend plus sensible à l'enjeu final et réel du débat: «non pas un problème scientifique à résoudre, mais un homme à condamner ou à [relaxer]»²⁵⁶⁷. C'est alors au juge de poser à l'expert les bonnes questions qui lui permettront de comprendre si, au temps de l'action, l'agent a employé les moyens nécessaires à la diminution du risque lié à son activité. Il est donc du devoir du juge de ramener l'action de l'agent dans son contexte.

597. Recontextualisation

Il est certainement délicat pour le juge pénal de reconstituer précisément le milieu ambiant dans lequel évoluait l'agent au moment des faits²⁵⁶⁸. Il peut être amené tour à tour à évaluer tant la situation dans un service d'urgence à l'hôpital, l'accident de travail dans une usine, le renversement d'un piéton par une voiture autonome que le déclenchement d'une avalanche au cours de la pratique du ski hors-piste.

²⁵⁶¹ *Ibid.* Dans une situation très similaire mais inversée, la CA Nîmes, 3 juin 1999, n° 553/1999 a relaxé un guide de haute montagne dont les clients ont été pris dans une avalanche, dans la mesure où il ignorait la présence de professionnels évoluant au-dessus de son groupe et ayant pris le risque de déclencher une avalanche en cassant une corniche.

²⁵⁶² J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, *op. cit.*, p. 53.

²⁵⁶³ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, *op. cit.*, p. 217.

²⁵⁶⁴ *Ibid.*

²⁵⁶⁵ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, *op. cit.*, p. 53.

²⁵⁶⁶ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, *op. cit.*, p. 218.

²⁵⁶⁷ *Ibid.*

²⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 163.

598. Critère de l'effervescence (1)

Pour replacer l'action de l'agent dans son contexte, le juge pénal doit d'abord s'intéresser au niveau d'effervescence de l'activité au moment des faits. Dans un service de réanimation par exemple, le juge prendra en compte la saturation du service, notamment en cas de pic d'activité épidémique, pour évaluer les moyens mis en œuvre par le médecin. Il pourra ainsi admettre que le médecin n'ait raisonnablement recouru qu'à certains moyens limités pour soigner ses patients de manière à pouvoir traiter l'ensemble des patients du service compte tenu des effectifs disponibles.

599. Critère de l'urgence (2)

Le juge pénal doit ensuite tenir compte de l'urgence dans laquelle l'action s'est décidée²⁵⁶⁹. Par exemple, lorsqu'un médecin reçoit un cas urgent et grave, il doit prendre une décision immédiate, parfois opérer dans des conditions défectueuses, augmentant de ce fait largement le risque d'erreur²⁵⁷⁰. Le législateur a d'ailleurs souligné, à l'article L. 721-2 du Code de sécurité intérieure, la nécessité de prendre en compte l'urgence dans l'appréciation des diligences en ce qui concerne les personnes concourant aux missions de sécurité civile, tels que les sapeurs-pompiers. Cet article énonce, pour ces personnes, que « *les diligences normales mentionnées au troisième alinéa de l'article 121-3 du Code pénal [français] s'apprécient (...) au regard notamment de l'urgence dans laquelle s'exercent leurs missions ainsi que des informations dont elles disposent au moment de leur intervention* ». Cet article a surtout une portée expressive étant donné que cette exigence était déjà prise en compte par la jurisprudence²⁵⁷¹. Il n'en a pas moins le mérite de rappeler avec force l'importance du paramètre de l'urgence qui doit, à n'en pas à douter, être étudiée dans tous les domaines.

²⁵⁶⁹ A cet égard, il est marquant que l'énumération de l'art. 121-3 al. 3 CPF est apparue insuffisante au législateur dans le contexte de l'état d'urgence. Il a ainsi éprouvé le besoin de créer l'art. 1^{er} de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020, qui renvoie à l'article 131-3 CPF, en le réécrivant pour l'adapter au contexte de l'urgence sanitaire : « *L'article 121-3 du Code pénal est applicable en tenant compte des compétences, du pouvoir et des moyens dont disposait l'auteur des faits [dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire], ainsi que de la nature de ses missions ou de ses fonctions, [notamment en tant qu'autorité locale ou employeur]* ». L'article 121-3 CPF ne devait-il pas déjà être interprété de la sorte dans le contexte de la crise ? Il semble que la technique qui consiste à préciser l'article 121-3 CPF dans un texte spécial à chaque crise nouvelle contribue à l'inflation législative et à la perte de lisibilité du droit pénal. L'approche de l'art. 121-3 CPF doit être modifiée pour admettre l'existence d'un certain risque que le juge appréciera dans la situation qui lui est soumise.

Pour une critique virulente de cet ajout, voir P. CONTE, « Un droit en trompe-l'œil », *Droit pénal*, n° 7-8, juillet 2020, étude 19. L'auteur considère que cette « disposition illustre la conception désolante que la classe politique se fait du droit ».

²⁵⁷⁰ C. GRAPIN, *La responsabilité chirurgicale*, op. cit., p. 603.

²⁵⁷¹ C. LACROIX, « La répression de l'imprudence : à hue & à dia – Hésitations, inconstances ou incohérences législatives ? », *Les petites affiches*, 2012, n° 84, p. 5 et s.

600. Critère des ressources (3)

Le juge pénal doit enfin prendre en compte les ressources dont l'agent disposait au moment de son action. L'affaire du Drac constitue une parfaite illustration du risque de mal contextualiser les ressources dont disposait l'agent, l'appréciation étant sans doute biaisée dans cette affaire par la gravité des dommages. Une institutrice avait emmené sa classe découvrir l'habitat des castors au bord du Drac lorsque le groupe a été surpris par le lâcher d'eau soudain d'un barrage situé en amont, entraînant le décès de plusieurs enfants²⁵⁷². Condamnée en première et seconde instance, l'institutrice s'est vu reprocher une insuffisante préparation de la sortie scolaire et une ignorance coupable des risques inhérents à ce lieu²⁵⁷³. Elle a alors formé un pourvoi devant la Cour de cassation, qui a censuré la décision des juges du fond au bénéfice de l'entrée en vigueur de la loi du 10 juillet 2000 dont les dispositions étaient plus favorables²⁵⁷⁴. La Cour d'appel de renvoi a finalement relaxé la prévenue²⁵⁷⁵. Toutefois, de manière étonnante, elle ne s'est pas fondée sur ces nouvelles dispositions mais sur une appréciation des diligences normales allant dans un sens inverse des premières décisions. Les seconds juges d'appel constatent à juste titre que *« la prévenue a accompli les diligences normales d'une institutrice soucieuse de ses devoirs [et] que les griefs d'impréparation (...) sont totalement injustifiés; le reproche adressé au cours des débats de n'avoir pas fait l'acquisition d'une carte détaillée et de n'avoir pas effectué une étude approfondie de la topographie des lieux, manifeste le plus total irréalisme, seules les diligences normales devant être exigées d'une simple institutrice, et non pas des diligences relevant de la compétence d'un officier d'état-major (...) »*. Cette solution montre que bien que la normalité des moyens mis en œuvre doive être évaluée à l'aune des circonstances concrètes et des possibilités raisonnables qu'avait l'agent d'y répondre²⁵⁷⁶. Si ce travail n'est pas rigoureusement effectué, de simples erreurs risquent d'être prises pour des fautes d'imprudence.

L'effort de recontextualisation doit en outre être effectué sur un certain laps de temps.

b La durée de l'appréciation: le laps de temps

601. Laps de temps nécessaire

Pour apprécier correctement les moyens mis en œuvre par l'agent, le juge pénal ne doit pas se limiter à une contextualisation au temps *t* en se contentant « de scruter le

²⁵⁷² Voir également 1^{re} Partie, Titre 2, Section 2, I, B, 1: «La limitation de la responsabilité des personnes physiques», n° 211.

²⁵⁷³ Trib. corr. Grenoble, 15 septembre 1997, Gaz. Pal. 1997. 2. 211; confirmé par CA Grenoble, 12 juin 1998, Gaz. Pal. 1998. 2. 460, note Petit.

²⁵⁷⁴ Cass. crim., 12 décembre 2000, n°98-83.969, Gaz. Pal. 2000.2.2456, note Petit et 2001.2.1196, note Monnet, Dr. Pén. 2001. 43, obs. Véron, RSC 2001. 157, obs. Mayaud et 372, obs. Bouloc.

²⁵⁷⁵ CA Lyon, 28 juin 2001, Gaz. Pal. 2001.2.1140, note Petit, RSC 2001. 804, obs. Mayaud.

²⁵⁷⁶ Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, op. cit., p. 135.

seul moment où le prévenu a agi ou s'est abstenu»²⁵⁷⁷. S'il le fait, la moindre défaillance deviendra automatiquement faute dès lors qu'il sera toujours possible de considérer que, si l'agent avait agi différemment à cet instant, le dommage ne se serait pas produit²⁵⁷⁸.

Pour éviter ce travers, le juge doit choisir un laps de temps nécessaire à l'appréciation des diligences globales dans lesquelles s'inscrit l'action dommageable en fonction du contexte. S'il s'agit par exemple de l'acte malheureux d'un chirurgien, ce laps de temps correspondra à l'ensemble de l'opération. S'il s'agit de la défaillance d'une voiture autonome, il s'agira de toute la durée du processus de conception.

602. Laps de temps suffisant

Le juge pénal doit toutefois prendre garde de ne pas choisir un laps de temps au-delà de ce qui est suffisant. L'écueil serait d'analyser la prestation sur un laps de temps trop large, c'est-à-dire sur la semaine, le mois, l'année, voire l'ensemble de la carrière du professionnel en se fondant sur sa réputation²⁵⁷⁹. Cela conduirait à des solutions pour le moins absurdes : le meilleur professionnel ne serait pas condamné pour la véritable faute d'un jour alors que le plus médiocre serait quant à lui systématiquement condamné à la moindre erreur alors même que, ce jour, il aura accompli toutes les diligences normales. C'est ce qui fait dire à YVON HANNEQUART que «la faute d'aujourd'hui ne peut aux yeux de la loi être pardonnée au nom des mérites d'hier, mais [que] l'erreur de ce jour peut ne pas [non plus] être aux yeux de la loi une faute, [lorsque] la défaillance apparaît normale à la lumière des prestations d'ensemble»²⁵⁸⁰.

603. Laps de temps adéquat

Le juge pénal doit donc trouver le laps de temps adéquat pour évaluer l'espèce qui lui est soumise. Il s'agit d'un délicat équilibre dont il doit être conscient. Dans le cas de l'entraînement de danse cité en tête de titre par exemple, le juge ne devra pas se concentrer sur le seul moment où la danseuse part un temps trop tôt et percute son partenaire. Sans s'intéresser à la réputation de la danseuse, il cherchera à

²⁵⁷⁷ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., p. 152.

²⁵⁷⁸ Dans ce sens, voir A. TUNC et J. LÉAUTÉ, «Les frontières de la répression en matière d'imprudence», *Les frontières de la répression 1 : imprudence, droit économique et social, pays de l'Est*, Congrès de Criminologie, Bruxelles, Édition de l'Université de Bruxelles, 1972, p. 48, n° 11. Ces auteurs s'interrogent : «Comment reprocher à un bon conducteur d'avoir commis telle ou telle erreur, s'il est vrai que le conducteur moyen commet des erreurs d'une manière quasi permanente ? Dans une série de cas, pourtant, erreur et faute se distinguent assez clairement : c'est lorsqu'il est possible d'observer de la part de l'agent un comportement de longue durée révélant une attitude d'imprudence ou de négligence».

²⁵⁷⁹ Si le professionnel est déclaré coupable, ce paramètre pourra toutefois être pris en compte au stade du prononcé de la peine.

²⁵⁸⁰ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., p. 152.

connaître l'ensemble des précautions prises par les danseurs lors de l'entraînement. Il pourra ainsi s'assurer que les danseurs avaient bien communiqué entre eux sur la réalisation de la figure, qu'ils avaient pris les repères musicaux suffisants pour une bonne synchronisation et que la danseuse cherchait effectivement à les respecter de son mieux.

En définitive, lorsque tous les moyens raisonnablement exigibles pour diminuer le risque ont été pris, seul subsiste encore le risque résiduel lié à l'activité concernée.

2 Le risque résiduel

604. Principe du risque résiduel

Bien que les moyens de prévention employés puissent diminuer la fréquence d'occurrence des dommages, voire diminuer leur gravité, ils ne parviennent jamais à garantir que ceux-ci ne se produiront pas²⁵⁸¹. Ce constat est d'autant plus vrai lorsque l'activité s'avère complexe et multifactorielle²⁵⁸². Même en cherchant à prévenir au mieux le risque, il existe toujours une «zone incompressible»²⁵⁸³ au-delà de laquelle il n'est guère possible d'aller sans faire obstacle à l'exercice de l'activité elle-même²⁵⁸⁴.

Il subsiste alors un risque de porter atteinte à autrui qui correspond au risque résiduel de l'activité. Il traduit tant le «caractère imparfait et inachevé des connaissances à un moment déterminé»²⁵⁸⁵ que la faillibilité de l'être humain. Ce risque, intrinsèquement lié aux activités de la vie en société, ne peut donc jamais être ramené à zéro et, ce, même au prix de la meilleure diligence.

Comme le reconnaît le droit suisse, si ce risque ne peut être évité, il doit être accepté, dès lors qu'il était nécessaire à la poursuite de l'activité. Lorsque ce risque résiduel se réalise, la défaillance à l'origine du dommage pourra être traitée comme une erreur irréductible, «inhérente à toute activité humaine»²⁵⁸⁶, à l'instar du risque autorisé.

605. Illustration du risque résiduel

Ainsi, quel que soit le domaine concerné, il existe donc toujours un certain risque résiduel.

En matière de chirurgie dentaire, les dentistes se livrent journallement à de nombreuses anesthésies locales en dehors de la présence d'un anesthésiste-réanimateur. Quel que soit le sérieux de ces praticiens, un choc anaphylactique reste possible. Il s'agit d'un risque résiduel inhérent à cette profession dans la mesure où il n'est pas

²⁵⁸¹ C. GRAPIN, *La responsabilité chirurgicale*, op. cit., p. 299.

²⁵⁸² J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., p. 145.

²⁵⁸³ *Ibid.*, p. 152.

²⁵⁸⁴ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., p. 76.

²⁵⁸⁵ C. GRAPIN, *La responsabilité chirurgicale*, op. cit., p. 299.

²⁵⁸⁶ A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, op. cit., p. 50.

possible d'imaginer qu'un dentiste ne puisse exercer qu'en milieu hospitalier²⁵⁸⁷. De manière plus générale, «tout chirurgien sait qu'aucune intervention n'est dénuée de tout risque et que les complications les plus graves sont toujours à redouter quelle que soit l'intervention: on peut encore mourir d'une appendicite (...) sans qu'une faute ne soit *ipso facto* à l'origine du drame»²⁵⁸⁸.

Dans notre exemple de l'expérimentation d'une voiture autonome, il apparaît ainsi que, même si le constructeur a suivi toutes les étapes d'un développement prudent et diligent du véhicule, il restera toujours un risque résiduel d'accident en raison de l'impossibilité pour le constructeur d'anticiper dans sa programmation toutes les situations envisageables. Cette imprévisibilité est d'autant plus grande en matière d'intelligence artificielle que le système apprend de manière autodidacte²⁵⁸⁹. Il n'est donc pas possible de complètement prévoir toutes les réactions du système autonome.

Finalement, pour qu'une défaillance puisse être considérée comme une erreur irréductible, il faut qu'elle se produise dans le cadre d'un risque général ramené à sa part résiduelle. Pourtant, dans certaines situations, ce risque reste élevé. C'est pour cette raison que nous sommes d'avis que ce seul critère ne peut suffire à distinguer entre un risque raisonnable ou déraisonnable²⁵⁹⁰. Ainsi, à l'image du droit suisse, nous proposons d'ajouter un dernier critère pour identifier le champ dans lequel une simple erreur peut être admise, en prenant également en compte la valeur du risque général.

II La valeur du risque général

606. Intérêt social du risque

Comme l'observe DELMAS-MARTY, «les risques ne constituent pas un mal en soi»²⁵⁹¹. Toutefois, seule une prise de risque raisonnable aux vues de son intérêt social saurait être admise. Le juge pénal doit donc apprécier si c'était le cas dans la situation concrète. Pour ce faire, le juge français peut procéder à la façon du risque autorisé, en identifiant dans un premier temps l'utilité de l'action (A), et en recourant, dans un second temps, à l'analyse du rapport «bénéfice-risque» (B).

²⁵⁸⁷ C. GRAPIN, *La responsabilité chirurgicale*, op. cit., p. 570.

²⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 551.

²⁵⁸⁹ A. BENSOUSSAN et J. BENSOUSSAN, *Droit des robots*, Larcier, 2015, préface B. MAISONNIER et F. LARDET et E. DAUD, «Dossier 1, le procès de l'intelligence artificielle et de la voiture autonome», *Daloz IP/IT*, Dalloz, 2018, N° 11, p. 393.

²⁵⁹⁰ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit, tome 1, Le relatif et l'universel*, éditions du Seuil, 2004, p. 353.

²⁵⁹¹ *Ibid.*

A L'utilité de l'action

607. Critère de l'utilité

L'erreur irréductible ne peut être admise par le juge pénal que lorsqu'elle s'inscrit dans l'exécution d'une action qui présentait une certaine utilité. Le juge n'a pas à se prononcer sur le bien-fondé de l'activité elle-même, qui le plus souvent a été entérinée par le législateur ou une autorité administrative, mais sur l'utilité de l'action entreprise par l'agent dans les circonstances concrètes de l'espèce.

Après avoir reconstitué le climat concret dans lequel se produit l'action humaine, le juge pénal doit identifier «la valeur des objectifs qui étaient poursuivis»²⁵⁹² par l'agent. Il ne doit pas chercher à sonder les reins et les cœurs du prévenu mais doit s'en tenir aux éléments d'appréciation objectifs lui permettant d'établir l'utilité de l'action. Comme en droit suisse²⁵⁹³, cette utilité pourra être tirée tant d'une plus-value pour la société – action nécessaire pour l'exercice d'un sport, de l'exploitation d'une carrière, d'un nouveau développement technologique, etc. – que de la protection de la vie ou de l'intégrité physique d'autrui – acte chirurgical, déclenchement d'une avalanche à titre préventif, etc.

Ainsi, plus l'action s'avère indispensable ou socialement utile, plus la prise d'un risque résiduel élevé pourra être admise comme erreur irréductible en cas de dommage. A l'inverse, moins l'action était nécessaire, plus il sera facile de reconnaître que l'agent n'a pas observé son devoir de diligence et de considérer qu'il a adopté une attitude fautive.

La prise en compte d'un tel critère avait d'ailleurs été suggérée au législateur par PRADEL lors des travaux préparatoires de la loi du 10 juillet 2000. Doutant de la pertinence de la distinction entre causalité directe et indirecte, il avait proposé de la remplacer, en distinguant plutôt selon que le prévenu «aurait agi pour rechercher un avantage [personnel] ou, au contraire, bénévolement, dans l'intérêt d'autrui ou d'une collectivité»²⁵⁹⁴. Cette suggestion avait été complétée par JEAN MASSOT²⁵⁹⁵, qui soulignait que la seule base du bénévolat risquait de ne pas être opérationnelle, dans la mesure où les fonctionnaires n'agissent pas de manière bénévole. Il lui préférait un critère, plus global, fondé sur «la poursuite d'un intérêt général»²⁵⁹⁶. Même si ce critère n'a finalement pas été retenu par le législateur, il n'empêche que la valeur du but

²⁵⁹² Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., p. 74.

²⁵⁹³ Voir 2^e partie, titre 2, chapitre 1, section 2, II, A: L'utilité de l'action, n° 509.

²⁵⁹⁴ P. FAUCHON, *Rapport n° 177, sur la proposition de loi tendant à préciser la définition des délits non intentionnels*, fait au nom de la commission des lois, Sénat, déposé le 20 janvier 2000.

²⁵⁹⁵ Président de section honoraire au Conseil d'État.

²⁵⁹⁶ P. FAUCHON, *Rapport n° 177, op. cit.*

poursuivi devrait aujourd'hui être prise en considération par le juge pénal au titre de sa marge d'appréciation.

608. Illustration du critère

Dans ce sens, la Cour de cassation a confirmé la condamnation en appel du médecin qui, partant en vacances, a « voulu accélérer à tout prix [un] accouchement de façon à le faire coïncider avec son propre emploi du temps ». La parturiente est décédée peu après son départ d'une septicémie qui avait été aggravée « par les chocs dus à une thérapeutique médicamenteuse inconsidérée, par la mise en œuvre d'un accouchement non pas simplement dirigé mais forcé »²⁵⁹⁷. Dans cet arrêt, les juges ont estimé que les risques pris par le médecin n'avaient aucune utilité si ce n'est de satisfaire des motivations égoïstes.

Dans le même sens, la Professeure MICHÈLE-LAURE RASSAT donne l'exemple d'un risque pris par des ouvriers du bâtiment. Elle imagine des « ouvriers qui, à l'heure de la pause, organiseraient entre eux, sur leur échafaudage, des épreuves de jonglage avec des matériaux de construction »²⁵⁹⁸. La prise de ce risque ne présentant aucune utilité, elle serait considérée comme fautive si un dommage venait à se produire.

A contrario, le guide de haute montagne qui s'avance dans un couloir avalancheux et effectue quelques virages pour tester l'état du manteau neigeux agit utilement pour assurer la sécurité de son groupe quand bien même il déclenche une avalanche.

De la même façon, le juge pénal pourra prendre en considération l'utilité de la pose d'une voie veineuse centrale pour soigner un patient en réanimation, geste technique non anodin mais classiquement réalisé afin de pouvoir injecter rapidement de grandes quantités de médicaments à des débits élevés. Cette action, médicalement indiquée et à portée curative²⁵⁹⁹, était donc utile dans les circonstances de l'espèce même si elle a conduit au décès du patient.

En cas de dommage, pour qu'une action risquée et utile soit admise au titre de l'erreur irréductible, encore faut-il, selon nous, que dans la situation concrète, l'avantage qu'elle présente l'emporte sur le risque qu'elle fait courir à autrui, ce qui correspond à l'analyse du rapport « bénéfice-risque ».

²⁵⁹⁷ Cass. crim., 9 juin 1977, n° 75-90.597.

²⁵⁹⁸ M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, 4^e édition, 2017, p. 347.

²⁵⁹⁹ S. HOCQUET-BERG et B. PY, *La responsabilité du médecin*, op. cit., n° 208.

B L'analyse du rapport bénéfice-risque

609. Caractère raisonnable sous l'angle de la proportionnalité

L'idée d'une gestion raisonnable du risque ne renvoie pas seulement à l'exigence d'avoir diminué le risque mais renvoie également à celle d'avoir pris un risque proportionné au regard de l'objectif poursuivi²⁶⁰⁰. Comme le souligne CÉLINE COQUIN dans sa thèse sur *le concept de proportionnalité en droit pénal*, le caractère raisonnable renvoie à la notion de proportionnalité, qui «exprime ce qui est normal, admissible, par conséquent ce qui est adapté à une situation donnée», sans être ni insuffisant, ni excessif²⁶⁰¹. Elle «vise à supprimer tout excès, donc à instaurer une mesure juste, une mesure «normale»²⁶⁰². Elle permet ainsi de déterminer le seuil entre ce qui est admissible et de ce qui ne l'est pas²⁶⁰³.

610. Prise en compte de la proportionnalité en matière non intentionnelle

Comme nous l'avons vu en droit suisse²⁶⁰⁴, l'examen du risque autorisé conduit le juge helvète à recourir à la proportionnalité pour évaluer le comportement de l'agent, en effectuant une analyse bénéfice-risque dans le cas particulier. Elle lui permet ainsi de mettre en balance deux biens juridiques antagonistes à valeur constitutionnelle, à savoir la protection des personnes et leur liberté d'action. En France, le droit pénal vise également «à assurer l'équilibre entre la sécurité et la liberté des individus, [en garantissant] la première tout [en prenant garde de ne pas entraver] excessivement la seconde»²⁶⁰⁵. Le juge pénal doit alors lui-même s'attacher à respecter ce délicat équilibre lorsqu'il rend la justice. A cet égard, la représentation traditionnelle de la justice par une «balance suggère [bien cette] idée de proportionnalité»²⁶⁰⁶. De plus en plus, on observe ainsi que le raisonnement par recours à la proportionnalité prend de l'importance en matière pénale du fait de la nécessité de tenir compte des différents intérêts antagonistes en présence dans une situation donnée²⁶⁰⁷. Le juge met alors en

²⁶⁰⁰ H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2011, p. 249. Réciproquement, selon M.-C. SORDINO, «De la proportionnalité en droit pénal», *Mélanges en l'honneur du Professeur J.-H. ROBERT*, LexisNexis, 2012, p. 711, «la proportionnalité désigne une règle de juste mesure consistant en une adéquation des moyens employés au but poursuivi».

²⁶⁰¹ C. COQUIN, *Le concept de proportionnalité en droit pénal*, *op. cit.*, p. 15.

²⁶⁰² *Ibid.*

²⁶⁰³ C. NOUVILLE, *Du bon gouvernement des risques*, Presses universitaires de France, 2003, p. 85 et s.

²⁶⁰⁴ Voir 2^e partie, titre 2, chapitre 1, section 2, II, B, 1: La présentation du rapport «bénéfice-risque», n° 512 et s.

²⁶⁰⁵ J. DELIYANNIS, *La notion d'acte illicite*, *op. cit.*, p. 229.

²⁶⁰⁶ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Presses universitaires de France, 2004, p. 289.

²⁶⁰⁷ G. CHETARD, *La proportionnalité de la répression, Étude sur les enjeux du contrôle de proportionnalité en droit pénal français*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2020.

œuvre une proportionnalité qui est latente à la matière pénale, même lorsqu'elle n'est pas expressément visée par les textes²⁶⁰⁸.

Un tel raisonnement en termes de proportionnalité n'a jamais été proposé dans le domaine de la non-intention. Il nous semblerait pourtant opportun dans ce domaine du droit pénal où le conflit entre la protection et la liberté des individus se trouve particulièrement exacerbé. Les textes qui incriminent les atteintes non intentionnelles à la personne restent très ouverts, l'analyse de la proportionnalité entre le bénéfice et le risque parachèverait utilement le raisonnement du juge pénal. Une telle analyse permettrait ainsi de parvenir à une meilleure prévisibilité des solutions en matière non intentionnelle, là où les textes d'incrimination ne peuvent faire l'objet d'une rédaction plus précise²⁶⁰⁹.

611. Formule de la proportionnalité

Pour raisonner en termes de proportionnalité, le juge pénal doit, si l'on reprend l'image de la balance, «définir les éléments figurant dans chaque plateau, l'aiguille [lui] permettant d'indiquer leur ajustement»²⁶¹⁰. Il doit ainsi «apprécier si, objectivement, les intérêts en présence sont ou non proportionnés»²⁶¹¹. Dans notre domaine, à l'égal du droit suisse, il devra mettre en perspective la valeur positive du comportement, c'est-à-dire l'intérêt de celui-ci pour la vie en société, avec sa valeur négative, c'est-à-dire sa dangerosité.

Pour ce faire, le Professeur JEAN DELIYANNIS propose, comme en matière de risque autorisé, d'«évaluer la valeur du besoin qui impose l'[action de l'agent], d'une part, et la valeur du bien menacé, compte tenu de [l'ampleur] du risque qui le menace ainsi que la probabilité de la réalisation de ce risque, d'autre part»²⁶¹². Les critères de valeur, d'ampleur et de probabilité permettent ainsi de préciser comme en droit suisse comment apprécier la mise en balance globale du comportement de l'agent dans le cas concret. Si après la prise en considération de ce faisceau d'éléments, «la balance de la Justice paraît persister à pencher du côté du bien menacé, il y aura lieu de condamner l'attitude [du prévenu]»²⁶¹³. Au contraire, si la valeur du bénéfice escompté semble strictement l'emporter sur la valeur du risque envisagé, il n'y aura pas lieu de considérer qu'il y a faute mais seulement erreur irréductible lorsque le risque se réalise.

²⁶⁰⁸ C. COQUIN, *Le concept de proportionnalité en droit pénal*, op. cit., p. 69.

²⁶⁰⁹ Voir 1^{re} partie, titre 1, chapitre 1, section 2, I, B, 2: La précision de la norme, n° 113.

²⁶¹⁰ C. COQUIN, *Le concept de proportionnalité en droit pénal*, op. cit., p. 64.

²⁶¹¹ *Ibid.*, p. 118. Concernant la notion de «mise en balance», voir également X. PIN, «L'appréciation de la gravité de l'infraction par le Conseil constitutionnel», *Gravité et droit pénal*, Mare et martin, 2021, p. 267.

²⁶¹² J. DELIYANNIS, *La notion d'acte illicite*, op. cit., p. 71.

²⁶¹³ *Ibid.*

612. Application de la proportionnalité

Cependant, ces critères ne permettent pas de déterminer de manière absolue la valeur positive ou négative du comportement vis-à-vis des intérêts en présence²⁶¹⁴. Cette évaluation fait donc partie de la marge d'appréciation du juge. «C'est petit à petit, espèce par espèce, que les juges qualifieront tel moyen comme étant proportionné et tel autre comme ne l'étant pas»²⁶¹⁵.

En matière médicale, ce principe du rapport bénéfice-risque est déjà largement reconnu. Il a d'ailleurs fait l'objet d'une double consécration textuelle, tant à l'article R. 4127-8 du Code de la santé publique²⁶¹⁶ qu'à l'article 8 du Code de déontologie de l'Ordre des médecins²⁶¹⁷. Il ressort de ces textes que le médecin n'a le droit de prendre un risque pour la santé de son patient «que si l'espoir de gain est plus grand que la perte prévisible»²⁶¹⁸. Le rapport bénéfice-risque apparaît ainsi comme le critère fondamental pour décider *in fine* de la prudence ou de l'imprudence d'un acte thérapeutique, qu'il soit exploratoire, médicamenteux ou chirurgical²⁶¹⁹. Dès lors, dans le cas de la pose d'une voie veineuse centrale sur un patient en réanimation, le juge français pourra considérer, pour les mêmes raisons que le juge suisse²⁶²⁰, que le bénéfice de la pose d'un cathéter présentait dans cette espèce une valeur supérieure au risque qu'il faisait courir au patient.

Ce principe doit aujourd'hui être étendu aux autres champs de la non-intention. Ce faisant, le juge français pourra estimer, comme son homologue suisse, que dans le cas de l'entraînement de danse, la danseuse a pris un risque général qui était proportionné à l'objectif de son entraînement ou que, dans le cas de l'expérimentation d'une voiture autonome, le constructeur n'a pas excédé la *ratio* bénéfice-risque admissible en choisissant de continuer à tester son véhicule malgré les conditions météorologiques qui rendaient la conduite plus difficile²⁶²¹.

Cette analyse fondée sur la proportionnalité peut en outre conduire le juge pénal à admettre que certains risques soient augmentés de manière à en diminuer d'autres²⁶²². Il

²⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 235.

²⁶¹⁵ C. COQUIN, *Le concept de proportionnalité en droit pénal*, *op. cit.*, p. 118.

²⁶¹⁶ Art. R. 4127-8 CSP: «Le médecin doit limiter ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire à la qualité, à la sécurité et à l'efficacité ses soins».

²⁶¹⁷ Art. 8 du Code de déontologie de l'Ordre des médecins: «(Le médecin) doit tenir compte des avantages, des inconvénients et des conséquences des différentes investigations et thérapeutiques possibles».

²⁶¹⁸ S. HOCQUET-BERG et B. PY, *La responsabilité du médecin*, *op. cit.*, n° 208.

²⁶¹⁹ C. GRAPIN, *La responsabilité chirurgicale*, *op. cit.*, p. 565.

²⁶²⁰ Voir 2^e partie, titre 2, chapitre 1, section 2, II, B, 2, b: L'application dans les cas à risques multiples, n° 520 et s.

²⁶²¹ Voir 2^e partie, titre 2, chapitre 1, section 2, II, B, 2, a: L'application dans le cas général, n° 516.

²⁶²² L'objectif du raisonnement en termes de proportionnalité est notamment d'assurer que la prise de risque soit optimum. A cet égard, l'exemple de la radioprotection s'avère particulièrement

en va ainsi du cas de la carrière de granulat dans lequel le juge français pourra considérer, à l'image du juge helvète²⁶²³, que le risque pris par le chef de tir en augmentant la quantité d'explosif utilisée était proportionné à l'objectif qu'il poursuivait, à savoir éviter que des roches mal détachées ne s'effondrent sur les ouvriers en mettant en péril leur sécurité.

En définitive, à l'issue d'une analyse bénéfice-risque, le juge pénal pourra vraisemblablement conclure que, dans les quatre cas que nous avons présentés au début de ce titre, il s'agit finalement de diverses manifestations d'erreurs irréductibles qui ne doivent pas être reprochées à leur auteur sur le plan pénal.

613. Conclusion de la section 2

Pour déterminer si l'agent a effectué une gestion « normale » du risque, le juge pénal doit, dans cette seconde étape, s'assurer que celui-ci a agi de manière raisonnable au regard des circonstances de l'espèce, c'est-à-dire sans incurie ni excès de prudence.

Pour ce faire, le juge pénal devra tout d'abord vérifier que l'agent n'a pris qu'un risque général. Lorsque le risque prend sa source dans l'action d'autrui, le juge établira sa généralité par application d'un principe de confiance à la française, qui peut se fonder sur le caractère personnel de la responsabilité pénale. Ce principe trouve sa limite lorsqu'une circonstance particulière permet de mettre en exergue que l'agent n'aurait pas dû accorder sa confiance à autrui. Dans tous les cas, le juge pénal ne pourra établir l'existence d'un risque général qu'en vérifiant que l'agent n'a pris aucun risque spécial, c'est-à-dire qu'il n'avait ni n'aurait dû avoir de connaissance particulière quant à l'existence d'un risque spécifique dans sa situation. Si le juge établit l'existence d'un risque spécial, il retiendra alors une faute qui, en cas de causalité indirecte, pourra même constituer une faute caractérisée. Dans le cas contraire, l'agent aura seulement pris un risque général lié à son activité.

Le juge pénal devra ensuite s'assurer que l'agent a raisonnablement diminué ce risque général en le ramenant à sa part résiduelle. Il recourra aux mêmes critères qu'en droit suisse, à savoir l'analyse des contre-mesures mises en œuvre, de la maîtrise des moyens employés et de la protection des personnes se trouvant dans la sphère d'in-

instructif. Alors que le principe ALARA (*As low as reasonably achievable*) a longtemps préconisé de minimiser les doses de rayonnement artificiels reçues par l'homme, le Professeur D. RÉGENT, ancien chef de service en radiologie, montre que la diminution permanente des doses reçues n'a pas permis de bénéficier au mieux de la résolution des appareils de diagnostic médical. Il propose ainsi de le remplacer par le principe AHARA (*As high as reasonably achievable*), considérant que « le problème aujourd'hui n'est pas de baisser la dose au maximum, mais d'obtenir un rapport bénéfice-risque optimal ». Voir « ALARA c'est bien, AHARA c'est mieux ! » : <www.thema-radiologie.fr/actualites/1283/alara-c-est-bien-ahara-c-est-mieux.html>.

²⁶²³ Voir 2^e partie, titre 2, chapitre 1, section 2, II, B, 2, b : L'application dans les cas à risques multiples, n° 520 et s.

fluence du risque pris. Pour pouvoir se prononcer sur l'existence d'une erreur irréductible, le juge français appréciera le comportement de l'agent au temps de l'action, en prenant garde de ne pas se laisser influencer par un biais rétrospectif. Il veillera en outre à ne pas apprécier le comportement de l'agent au seul moment de la défaillance mais à choisir un laps de temps plus large, nécessaire et suffisant, de manière à avoir une vision globale des diligences accomplies par l'agent pour parvenir à l'objectif recherché.

Le juge s'interrogera enfin sur la valeur du risque général restant. Il raisonnera selon une logique de proportionnalité, en déterminant si, dans le cas concret, l'utilité escomptée de l'action accomplie par l'agent l'emportait véritablement sur le résultat redouté, tant du point de vue de leurs valeurs respectives, de leurs ampleurs que de leurs probabilités. C'est seulement lorsque cette ultime condition sera remplie que le juge pénal pourra, si le risque se réalise, estimer que l'agent n'a commis qu'une erreur irréductible qui le fait échapper à la répression.

614. Conclusion du chapitre 2

Dans une approche renouvelée par le droit suisse, l'erreur irréductible peut se déterminer en établissant, conformément à l'article 121-3 du Code pénal français, que l'auteur du dommage a accompli les diligences normales dans la gestion du risque lié à son activité. L'adjectif «normal» possédant un double sens, il invite le juge pénal à procéder en deux temps, en examinant d'une part le respect des normes par l'agent et, d'autre part, le caractère raisonnable de son comportement.

En premier lieu, le juge pénal doit vérifier que l'agent a géré le risque dans le respect des normes qui régissent son activité. Il s'intéresse tout d'abord aux règles de nature légale ou réglementaire en raison de leur valeur particulière depuis la réforme de 2000. Il s'assure ensuite que l'agent s'est conformé aux autres normes générales et abstraites qui ont force obligatoire dans son champ d'activité, à l'image des règles de l'art. Toutefois, le respect de l'ensemble de ces normes reste insuffisant à lui seul pour établir que l'agent n'a commis qu'une erreur irréductible.

Le juge pénal doit encore vérifier, en second lieu, que l'agent a fait une gestion raisonnable du risque lié à son activité. Il s'assure que celui-ci n'a pris qu'un risque général, qu'il a diligemment ramené à sa part résiduelle. Puis, il évalue la valeur du risque restant au moyen d'une analyse bénéfice-risque. Lorsque la balance est favorable, il peut alors admettre que l'agent n'a commis qu'une simple erreur en dépit de la réalisation du risque.

Cette façon d'envisager l'erreur irréductible permet d'éclairer d'une manière nouvelle la gestion du risque qui peut être attendue de la personne normalement prudente et avisée du XXI^e siècle, une fois celle-ci replacée dans son environnement social. Elle présente ainsi l'avantage d'offrir à la doctrine et au juge français un nouveau cadre de ré-

flexion, plus dynamique qui, complémentaiement à la façon traditionnelle de présenter le fait non intentionnel, permet de mieux préciser le seuil de la répression en matière non intentionnelle, en particulier là où la seule distinction entre causalité directe et indirecte n'est d'aucun secours.

615. Conclusion du titre 2

La mise en œuvre des théories établissant le fait non intentionnel admissible ne présente pas un caractère figé. S'il n'existe aucune méthode absolue permettant de les appliquer de manière systématique, la doctrine suisse, et la doctrine française dans une moindre mesure, a en revanche cherché à proposer différents paramètres pour déterminer si un comportement doit être admis au titre du risque autorisé ou de l'erreur irréductible. La réflexion sur ces paramètres apparaît beaucoup plus riche et développée dans la doctrine suisse en comparaison de la doctrine française, qui n'a connu que de maigres développements, somme toute assez sporadiques, au cours de ces soixante dernières années. Nous avons ainsi dégagé en droit suisse une synthèse dynamique de ces paramètres, en mettant en exergue la manière dont ils sont organisés les uns avec les autres. En nous inspirant de cette synthèse, nous avons alors pu développer en droit français une architecture innovante de la façon de déterminer l'erreur irréductible, tout en respectant les termes de l'article 121-3 du Code pénal français et la jurisprudence afférente.

A l'instar du risque autorisé, nous avons ainsi pu proposer de suivre plusieurs étapes, agencées selon une logique en entonnoir, qui permettent de circonscrire peu à peu le comportement de l'agent à ce qui doit être considéré comme erreur irréductible. Ces étapes se fondent sur la transposition en droit français des paramètres objectifs que nous avons découverts en droit suisse. Ces paramètres visent à mieux guider le juge français dans son appréciation concrète des diligences normales dans le cadre des activités à risque. Ils incluent notamment l'examen des autorisations administratives, l'étude de toutes sortes de normes même non étatiques, le principe de confiance, la distinction entre risque général et spécial, les critères de diminution du risque, ainsi que le rapport de proportionnalité qui préside à l'analyse bénéfice-risque. A l'occasion de cette transposition, certaines précisions ont parfois dû être apportées pour que ces paramètres puissent s'appliquer à un raisonnement en termes d'erreur irréductible. C'est notamment le cas des différents critères de diminution du risque qui ne peuvent participer à déterminer l'erreur irréductible qu'en étant appréciés sans biais rétrospectif et sur un laps de temps approprié.

La façon de déterminer l'erreur irréductible que nous proposons, bien qu'inspirée de l'analyse de la théorie du risque autorisé, n'en diffère pas moins à certains égards. Ces différences trouvent deux explications principales. D'une part, notre proposition ayant vocation à s'appliquer au droit français, elle doit pouvoir s'accorder avec lui. Des ajustements ont donc été nécessaires. Ainsi, si pour déterminer le risque autorisé, l'autori-

sation de la sphère d'activité constitue un premier élément d'appréciation autonome, l'étude des autorisations administratives dans le cadre de l'erreur irréductible a été rattachée aux normes présentant une valeur réglementaire conformément à la jurisprudence française qui les reconnaît le plus souvent comme telles. De même, si en droit suisse les règles du jeu apparaissent comme des règles de conduites extra-étatiques, elles ont été présentées en droit français comme des normes réglementaires lorsqu'elles émanent de fédérations délégataires. Ces différences catégorielles n'ont toutefois pas d'incidence fondamentale sur l'essence même du raisonnement à suivre. Tout au plus reflètent-elles les spécificités propres à chaque droit national.

D'autre part, notre proposition va parfois plus loin que l'analyse du risque autorisé, car elle s'appuie également sur les travaux de la doctrine française. Ainsi, nous avons intégré la réflexion sur la nécessaire tolérance du droit pénal à certaines violations de normes étatiques ou non-étatiques dans des circonstances particulières, laquelle n'a été que faiblement développée dans le cadre de la théorie du risque autorisé. Nous avons également repris les nombreuses réflexions développées par les tenants de l'erreur en ce qui concerne les limites et les difficultés inhérentes au recours du juge pénal à l'expertise pour évaluer ce qui constitue le comportement adéquat d'un professionnel.

En définitive, la mise en œuvre de la théorie de l'erreur irréductible ainsi proposée nous conduit à penser, comme dans le cadre de la théorie du risque autorisé, qu'aucun des quatre cas cités en tête de ce titre n'atteint le seuil de la répression pénale, chacun d'eux n'étant que la manifestation de ce qu'un comportement humain peut toujours causer un dommage à autrui en dépit de toutes les précautions normales.

Conclusion de la seconde partie

616. Nouvelle approche

Dans cette seconde partie, une nouvelle approche, complémentaire à la première, a permis de développer un nouveau regard sur le seuil de la répression du fait non intentionnel, en cherchant non plus à identifier ce qui est imprudent ou négligent mais à déterminer au contraire le comportement qui doit être, c'est-à-dire celui qui est admissible au sens du droit pénal, en admettant qu'une part de risque est inévitable dans toute activité.

Deux théories doctrinales ont servi de point de départ à la réflexion. Elles ont été présentées en miroir l'une par rapport à l'autre, afin d'en faire ressortir toutes les correspondances. Elles apparaissent ainsi semblables à deux arbres d'essences proches qui se font face, chacun sur sa rive, l'un très développé en droit suisse, alors que l'autre l'est beaucoup plus modestement en droit français.

617. Deux arbres

Partant du droit suisse, la théorie du risque autorisé a mis en évidence la nécessité de prendre en considération le risque en droit pénal. Elle part de l'idée que le risque est inhérent à toute activité humaine et que ne pas l'admettre conduirait à l'atonie de la société. En conséquence, les tenants de cette théorie estiment que la prise d'un certain risque doit être autorisée par le droit pénal lorsque l'activité présente un intérêt social. Le juge pénal doit alors prendre en compte l'existence de ce risque pour apprécier de manière dynamique le comportement de l'agent, ce qui conduit à faire évoluer l'acceptation traditionnelle du devoir de diligence. Le résultat de cette approche est fructueux en ce qu'il fait apparaître une multitude de paramètres innovants et audacieux qui aident le juge pénal à mieux identifier quel comportement doit être considéré comme acceptable et à fixer ainsi le seuil de la répression en matière non intentionnelle.

En droit français, ces réflexions ont trouvé un écho dans une ancienne théorie qui n'a été que peu étudiée, la théorie de l'erreur. Bien qu'abordant la problématique du risque seulement de manière indirecte, cette théorie part également du principe que

certains dommages peuvent survenir sans qu'il en aille forcément de la faute des personnes qui les ont causés. Chaque acte recèle une part de risque qui doit être gérée. Dans cette gestion, une erreur reste toujours possible en raison de la faillibilité humaine et de l'impossibilité de tout prévoir, c'est l'erreur irréductible. Cette dernière doit passer en dessous du seuil de la répression dès lors que l'agent a accompli les diligences normales qui lui incombent.

618. Réalisation de la greffe

Pendant, c'est là que l'arbre de la théorie de l'erreur manque de consistance car, finalement, qu'est-ce qui est normalement prudent ou diligent, en particulier lorsque l'on entreprend une activité à risque ? Le droit français n'apporte que peu de réponses à ce sujet. En transposant les réflexions relatives à la mise en œuvre de la théorie du risque autorisé, nous avons alors pu greffer l'arbre français de sorte à lui permettre de produire de meilleurs résultats, plus performants et plus précis, tout en prenant garde de respecter les canons qui s'imposent au rivage sur lequel il se trouve.

Nous avons ainsi pu le faire bénéficier de nombreux paramètres empruntés à l'arbre de la théorie du risque autorisé, qui ont permis de nourrir la réflexion en droit français. L'idée même d'une mise en balance «bénéfice-risque» apparaît alors sous-jacente à la philosophie de chacun de ces paramètres, que cette mise en balance soit effectuée par le législateur ou l'administration au titre de la détermination des obligations normatives de l'agent, ou par le juge pénal dans le cadre de sa marge d'appréciation. Ces paramètres participent ensemble à une dynamique qui, en les faisant œuvrer dans une même vision, donne à notre arbre une synergie nouvelle.

Cette approche originale, en visant à identifier quel est le comportement adéquat dans la gestion des activités à risque, permet de mieux fixer le seuil de la répression du fait non intentionnel, en ne laissant tomber sous le coup de la loi pénale que les comportements qui attestent véritablement d'une indifférence à l'égard d'autrui. Ce faisant, elle permet de donner, en ce domaine, une meilleure prévisibilité des solutions pénales à retenir, tant pour les cas actuels que dans une perspective d'anticipation des problématiques futures. Elle jette ainsi les bases d'une réflexion renouvelée.

Conclusion générale

619. Recherche du seuil de la répression du fait non intentionnel

Alors qu'il existe une pression sociale toujours plus grande pour désigner un coupable à chaque accident, le juge pénal doit prendre garde de ne pas exercer une répression excessive car, dans une société «risquophobe»²⁶²⁴ comme la nôtre, il peut être tentant de sanctionner tout comportement dommageable pour donner une illusion de justice aux concitoyens. Il serait toutefois regrettable que ceux qui se dévouent sans compter pour des activités éminemment utiles se trouvent alors cloués au pilori à la moindre défaillance de leur part²⁶²⁵. Un tel excès nuirait évidemment à la vie en société et finirait irrémédiablement par brouiller le message du droit pénal.

Le juge pénal doit donc s'attacher à déterminer avec précision le seuil de la répression du fait non intentionnel. Cette tâche est ardue car, en raison de la complexité de la matière, il n'est pas possible de tracer une ligne absolue au-delà de laquelle la responsabilité pénale serait toujours engagée et en deçà de laquelle elle serait systématiquement écartée. C'est pourquoi ce seuil ne peut être déterminé grâce à une formule unique qui s'appliquerait de manière automatique. Il est alors nécessaire d'identifier les clés de la réflexion et de préciser la manière dont celles-ci doivent être mises en œuvre. Cette recherche a commencé par une approche traditionnelle, qui visait à circonscrire le fait non intentionnel punissable.

620. Approche traditionnelle de la non-intention

Que ce soit en droits suisse ou français, le fait non intentionnel est difficile à appréhender sur le plan pénal. Tout d'abord, l'imprudence et la négligence ne sont pas aisées à situer dans la structure globale de l'infraction, tant elles sont éloignées des concepts traditionnels du droit pénal, naturellement orientés vers l'infraction intentionnelle. Ce constat rend plus difficile à identifier les variables du seuil de la répression. En outre, le degré psychologique auquel la non-intention correspond est encore parfois largement débattu. Une définition commune de la non-intention punissable a cependant pu être dégagée, fondée sur le manque de précaution, laquelle permet d'entrevoir par contraste le seuil recherché. Ensuite, l'omission non intentionnelle doit faire l'objet d'une attention particulière car, ne pouvant jamais être la cause mécanique d'un dommage, elle ne peut être réprimée que si une obligation d'agir incombe à l'omettant. Le cas échéant, le seuil de la répression recherché sera le même en matière d'omission et de commission. Enfin, l'incrimination des comportements non intentionnels se révèle être un vrai défi en ce qu'elle doit couvrir une multiplicité de situations variées. C'est d'ailleurs pour cette raison que le législateur ne recourt qu'à des incriminations

²⁶²⁴ E. LEMOINE, *La répression de l'indifférence sociale en droit pénal français*, L'Harmattan, 2002, p. 296. Dans le même sens, voir M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, thèse, Montpellier, 2009, p. 269.

²⁶²⁵ M. PÉRÈS, «Faute pénale d'imprudence et sport de nature, analyse d'une jurisprudence en forme de rappel à l'ordre en matière de surveillance», *Juris tourisme*, N° 120, 2010, p. 44.

ouvertes, laissant ainsi une grande marge de manœuvre au juge répressif dans l'appréciation du fait non intentionnel.

Pour fixer le seuil de la répression en cette matière, les droits suisses et français ont recours aux mêmes variables, à savoir le comportement en lui-même et le lien de causalité. Ces variables n'en restent pas moins très ouvertes, ce qui a conduit le juge français, contrairement au juge suisse, à les interpréter largement en faveur de la répression. Ce fonctionnement a été critiqué en France parce qu'il conduisait à de nombreuses condamnations, notamment des maires, en retenant des fautes pour des défaillances minimales. Le législateur français a donc essayé d'ajuster ces variables pour mieux circonscrire le fait non intentionnel punissable. Il est d'abord revenu en 1996 sur la façon d'apprécier la faute d'imprudence. Cette réforme n'ayant pas réussi à endiguer le phénomène, il est ensuite intervenu une nouvelle fois en 2000, en instaurant un régime qui distingue tant la causalité directe de l'indirecte, que la faute simple de la faute qualifiée. Ce faisant, il s'écarte de la vision unitaire du droit suisse pour mettre en place une approche dualiste de ces variables. Un nouveau seuil théorique de la répression apparaît alors pour les personnes physiques qui échappent à la répression lorsqu'elles ont commis une faute simple en lien de causalité indirecte avec le dommage.

621. Limites de l'approche traditionnelle

Cependant, il est apparu à l'usage que cette seconde réforme n'a guère mieux fonctionné que la première pour limiter la sévérité des condamnations dès lors que la distinction entre ces différentes catégories légales se révèle incertaine et largement soumise à l'appréciation du juge pénal. Dans une approche répressive, il est toujours possible d'étendre légèrement le champ de l'une ou l'autre de ces catégories pour que le comportement dommageable soit finalement sanctionné. Ainsi, en essayant de réduire la portée répressive des incriminations d'atteinte à la personne, le législateur français a surtout complexifié le système. Il donne alors une image très morcelée du phénomène d'imprudence, qui fait naître de nombreuses incertitudes et nuit à la compréhension globale. Il rend par là même particulièrement difficile la prévisibilité des solutions en matière non intentionnelle.

622. Changement d'approche

À la réflexion, il apparaît que le poids accordé par la doctrine française à la distinction entre causalités directe et indirecte ne se justifie pas car celle-ci n'a pas produit les effets escomptés et ne rend donc pas bien compte de la réalité de la répression en droit positif français. En pratique, les juges s'intéressent d'abord au comportement et se décident ensuite sur la causalité en fonction de s'ils estiment utile ou non d'entrer en voie de condamnation. Si l'on ne peut échapper à cette distinction, consacrée par textes, employée par les tribunaux dans le respect du principe de légalité criminelle, ses limites incertaines nous poussent à nous interroger sur ce qui constitue véritable-

ment le seuil de la répression. Sans chercher à changer la loi, qui a déjà connu bien des modifications, il est possible de préciser ce seuil en regardant le fait non intentionnel à partir de l'autre versant, c'est-à-dire en s'intéressant aux comportements qui, même risqués, doivent être considérés comme pénalement adéquats.

623. Apports de l'approche renouvelée

Pour adopter cette nouvelle approche, nous sommes partis du droit suisse. En matière non intentionnelle, ce droit n'a connu aucune réforme récente. Avec les développements de la technologie, la doctrine helvète a alors cherché à définir le seuil de la répression afin d'éviter que n'importe quel dommage ne conduise à une condamnation pénale. Elle a alors bâti la théorie du risque autorisé que la jurisprudence du Tribunal fédéral a ensuite régulièrement reconnue. Cette théorie, qui cherche à mieux déterminer le comportement admissible dans le cadre d'une gestion équilibrée du risque, n'a pas d'équivalent direct en droit français. Les prémices de cette réflexion sont toutefois présentes dans l'ancienne théorie doctrinale de l'erreur qui visait à reconnaître que tout fait dommageable n'est pas nécessairement fautif lorsqu'il s'inscrit dans une activité nécessaire. Cette théorie nous a servi de support pour développer à notre tour une réflexion, inspirée du droit suisse, sur ce qui doit constituer une gestion admissible du risque en droit français.

Cette nouvelle approche ne s'oppose pas à l'approche traditionnelle mais vient au contraire la compléter et l'affiner, en fournissant de nombreux paramètres pour évaluer ce qui est normalement diligent au sens de l'article 121-3 du Code pénal français, et ainsi différencier la faute de la simple erreur que tout un chacun peut être amené à commettre dans la gestion d'une activité à risque. Elle permet ainsi une meilleure prévisibilité des solutions pénales en matière non intentionnelle, alors même que l'incrimination de la non-intention repose nécessairement sur des textes ouverts qui ne peuvent faire l'objet de précisions supplémentaires. Cette approche propose en particulier d'analyser la gestion du risque selon un principe de proportionnalité innovant, qui met en balance de manière dynamique l'utilité de l'action avec le risque pris, afin d'aider le juge pénal à fixer le seuil définitif de la répression.

En fin de compte, tout le monde s'est focalisé sur la loi de 2000, mais sans doute la véritable nouveauté se trouvait-elle déjà dans la loi de 1996, qui introduisait la notion de « *diligences normales* ». Néanmoins, un travail restait à faire pour éclairer cette notion et lui donner une portée pratique, permettant une saine gestion du risque.

624. Mots de la fin

A l'issue de ce travail, il apparaît que le seuil de la répression du fait non intentionnel ne peut se fixer seulement à l'aide d'une approche traditionnelle qui circonscrit l'imprudence et la négligence. Pour le fixer, il est nécessaire de prendre également en compte le fait non intentionnel admissible au travers de la théorie du risque autorisé ou de l'erreur irréductible. Cette approche complémentaire permet de recentrer le droit

pénal sur le cœur de sa mission en le conduisant à ne sanctionner que les comportements véritablement blâmables.

Face à la poussée du progrès scientifique et compte tenu des exigences sociales, une société libérale se doit d'accepter une certaine part de risque. En présence de la possibilité d'erreurs et des risques qui leur sont associés, une attitude d'abstention reste toujours possible mais il est un moment où la compression des risques conduirait inévitablement à un trouble social plus important que celui lié au risque lui-même²⁶²⁶. Toute la subtilité réside alors dans l'établissement du juste équilibre. Il convient de rechercher une «prudence-sagesse» plutôt qu'une «prudence-précaution», accepter un principe d'action plutôt que de se résigner à un principe d'inaction²⁶²⁷.

Cette dynamique insufflée au droit pénal n'empêchera certainement pas de prendre en compte l'intérêt des victimes d'accident, au travers des différents mécanismes d'indemnisation qui existent en matière de responsabilité civile²⁶²⁸. Il faut bien admettre toutefois que le droit pénal n'a pas vocation à offrir «aux victimes une ultime satisfaction morale plus proche de la vengeance que de la justice»²⁶²⁹ que constitue la condamnation de toute personne à l'origine d'un dommage.

625. Fin alternative

Le nouveau regard proposé sur le fait non intentionnel peut conduire à un profond changement d'état esprit du juge répressif comme de la société dans son ensemble.

(...) Alors, la vieille chouette, fatiguée, ferma les yeux. «En somme, dit-elle pour conclure, c'est assez simple. Le mulot ne peut être coupable car il n'aurait pas pu être plus prudent. L'écureuil ne peut pas non plus être coupable car il ne savait pas ce qu'il offrait au mulot. Et cette machine ne le peut davantage, car les objets ne peuvent pas être coupables. Nous ne pouvons ainsi punir personne. C'était un accident, un très tragique accident».

Ces mots donnèrent une tournure inattendue à l'histoire. Après un court silence, les animaux se regardèrent, interpelés, et échangèrent entre eux à voix basse. Cette nouvelle perspective les laissait perplexes mais, face à l'évidence, il fallait admettre que la chouette avait raison. L'injustice de la condamnation d'un innocent n'apporterait de toute façon qu'une souffrance supplémentaire à celles déjà endurées au cours de ce tragique épisode.

²⁶²⁶ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, thèse, Paris, 1973, p. 145.

²⁶²⁷ P.-Y. VERKINDT, *L'imprudence et la négligence collectives : essai sur les quasi-délits et sur le délit pénal d'imprudence dans les situations complexes*, thèse, Lille, 1988, p. 211.

²⁶²⁸ E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 6^e édition, 2021, p. 732.

²⁶²⁹ *Ibid.*

Pendant que les esprits se calmaient peu à peu, la chouette reprit: «Maintenant, en l'absence de coupable, il nous incombe de nous tourner vers l'avenir. Il nous faut tout d'abord redoubler de vigilance, prendre de nouvelles mesures plus appropriées, car notre forêt fait face à des situations toujours plus périlleuses et souvent complexes».

La vieille tortue, qui était souvent de bon conseil, eut alors une idée. «Nous pourrions établir un concile, dit-elle, qui analyserait les phénomènes inconnus et qui nous permettrait de mieux anticiper de pareils accidents!». Cette remarque fit l'unanimité dans l'assemblée encore un peu hésitante.

La chouette acquiesça du regard avant de poursuivre: «Pour ce qui est de cet accident-là, nous devons maintenant solidairement concentrer nos efforts vers les victimes. Il faut les soigner, les aider à retrouver un habitat avant l'hiver et de la nourriture afin de pallier leurs réserves détruites».

Les animaux de la forêt adhéraient aux paroles de la chouette qui leur donnaient un tout nouvel éclairage de la situation. Résolus, mais néanmoins remplis d'espoir, ils se retroussèrent les poils et se mirent ensemble au travail.

Annexes

Résumé de la thèse en allemand

Zusammenfassung der Dissertation auf Deutsch

Die Strafbarkeitsschwelle der vorsatzlosen Tat

Studie über die Verletzungen der Person im französischen Recht im Lichte der Schweizer Fahrlässigkeitsdogmatik

Einleitung

1. Ausgangspunkt

In unserer Gesellschaft ist eine wachsende Tendenz festzustellen, immer jemanden strafrechtlich verantwortlich machen zu wollen, wenn ein Verhalten eine andere Person schädigt. Es scheint, als ob man heute nicht mehr akzeptieren will, dass bestimmte Schädigungen pures Unglück oder die Realisierung einer unvorhersehbaren Gefahr bzw. eines mit jeder menschlichen Tätigkeit verbundenen Risikos darstellen können²⁶³⁰. Würde man der öffentlichen Meinung folgen, müsste fast immer jemand bestraft werden, wenn ein Mensch Schaden nimmt. Dies wirft die grundsätzliche Frage auf ob – bzw. ab welcher Schwelle – es notwendig ist, auch vorsatzlose Taten zu bestrafen, wenn dadurch ein Mensch zu Schaden kommt²⁶³¹.

Um mit der vergleichenden Untersuchung dieser Frage zu beginnen, ist es zunächst erforderlich, die vorsatzlose Tat im Strafrecht darzustellen (I) und dann den vergleichenden Ansatz zu erläutern, der in dieser Arbeit verfolgt wird (II). Schließlich wird die Dissertation vorgestellt (III).

²⁶³⁰ Bericht Nr. 177 (1999-2000) von P. FAUCHON, im Namen der Rechtskommission, vorgelegt am 20. Januar 2000.

²⁶³¹ F. Sobo, *L'article 121-3 du Code pénal*, Dissertation, Poitiers, 2006, S. 106.

I Darstellung der vorsatzlosen Tat im Strafrecht

2. Begriff der vorsatzlosen Tat

Die vorsatzlose Tat ist kein strafrechtlicher Begriff, dem eine bestimmte, genau definierte Regelung zugeordnet werden könnte. Im Gegenteil, der Ausdruck beschreibt eine Reihe von Hypothesen, die das Recht erfassen kann oder nicht. Es ist daher notwendig, seine Bedeutung zu klären.

Der Begriff der «Tat» umschreibt im Allgemeinen, «was geschehen ist, was sich unter bestimmten Umständen ereignet hat»²⁶³². Da man nur Menschen eine Absicht zuschreiben kann, ist die Frage nach der vorsatzlosen Tat notwendigerweise eine Frage nach einer menschlichen Tat. Der Ausdruck bezieht sich also auf das Verhalten einer Person, das rechtlich als Handeln oder Unterlassen qualifiziert werden kann.

Wesentliches Merkmal der «vorsatzlosen» Tat in der vorliegenden Abhandlung ist das Fehlen eines böswilligen Vorsatzes. Im Folgenden wird dann von einer vorsatzlosen Tat gesprochen, wenn eine Person gehandelt hat, ohne die Herbeiführung eines strafrechtlich relevanten Taterfolges im strafrechtlichen Sinne gewollt zu haben.

3. Eintreten eines Personenschadens

Der Alltag ist voll von vorsatzlosen menschlichen Taten, alltäglichen Gesten oder Aktivitäten, die – wenn kein strafrechtlich relevanter Erfolg eintritt – keine strafrechtlichen Konsequenzen nach sich ziehen. Bestimmte Handlungen können jedoch zu einer Schädigung an Personen führen oder eine Gefahr für andere darstellen. Wird ein Schaden wegen pflichtwidriger Unvorsichtigkeit, d.h. durch einen Mangel an Voraussicht oder Vorsorge verursacht, kann eine Bestrafung drohen²⁶³³.

Vorsatzlose Taten können daher im Strafrecht nur im Sinne von Vergehen der Unvorsichtigkeit oder Fahrlässigkeit verstanden werden. Im französischen und im schweizerischen Recht finden sich zahlreiche Fahrlässigkeitsstraftatbestände, ohne dass immer eine genaue Übereinstimmung zwischen den beiden Rechtsordnungen besteht. Das Ziel dieser Arbeit ist es nicht, einen vergleichenden Katalog der Tatbestände zu erstellen, sondern einen Schritt zurückzutreten, um die vorsatzlose Tat im Strafrecht in ihrer Gesamtheit zu erfassen. Aus diesem Grund beschränkt sich die Arbeit auf Straftaten der Schädigung gegen eine Person, die sowohl in der Schweiz als auch in Frankreich den grössten Teil der vorsatzlosen Taten umfassen, die als strafwürdig eingeordnet werden, insbesondere fahrlässige Tötung und die fahrlässige Körperverletzung.

²⁶³² *Dictionnaire de l'Académie française*, 9. Auflage, Eintrag «fait»: «ce qui est arrivé, ce qui s'est produit dans des circonstances déterminées».

²⁶³³ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, op. cit., S. 107.

4. Erfassung der vorsatzlosen Tat durch das Strafrecht

Betrachtet man die Art und Weise, wie die vorsatzlose Tat im Laufe der Zeit als Straftat erfasst wurde, so zeigt sich, dass Fahrlässigkeit bis heute als Grundlage für die Schaffung von Straftatbeständen dient. Obwohl die Inkriminierung vorsatzloser Taten bereits im 19. Jahrhundert weit verbreitet waren, schenkte ihnen die Strafrechtswissenschaft lange keine Aufmerksamkeit²⁶³⁴. Vorsatzlose Straftaten galten als eine Art «zweitrangige Straftaten», weil sich die Doktrin auf die für die vorsätzlichen Straftaten entwickelten Konzepte konzentrierte²⁶³⁵. Erst im 20. Jahrhundert, mit der Entwicklung des Industriezeitalters, wurden die Fahrlässigkeitsdelikte schliesslich als ebenso relevant angesehen wie die Vorsatzdelikte²⁶³⁶, und Überlegungen über die Fahrlässigkeit wurden Teil der Strafrechtslehre. Aufgrund dieser späten Entwicklung hat die Forschung im Bereich der vorsatzlosen Straftaten jedoch immer noch nicht das Niveau der Ausgereiftheit und des Verständnisses über die vorsätzlichen Straftaten erreicht²⁶³⁷, weshalb Forschung in diesem Bereich notwendiger ist denn je.

5. Aktuelle Grundlagen der strafrechtlichen Erfassung der vorsatzlosen Tat

Die Strafrechtswissenschaft stellte von Anfang an die Legitimität strafrechtlicher Konzepte in Frage, welche die vorsatzlose Tat als strafwürdig erfassen. Diese Überlegungen erschliessen sich, wenn man sich die dahinterstehenden rechtssoziologischen Gedanken vor Augen führt: Nach der Mehrheitsdoktrin zielt die Bestrafung von Fahrlässigkeit darauf ab, eine Person zu bestrafen, die lediglich eine Form sozialer Disziplin nicht respektiert²⁶³⁸. Nach den Erläuterungen des Soziologieprofessors FAUCONNET besteht der Vorwurf an die fahrlässig handelnde Person darin, dass sie sich nicht «in einem bestimmten Zustand moralischer Wachsamkeit befunden hat, den die Umstände erforderten»²⁶³⁹. Diese Disziplinlosigkeit zeigt eine Gleichgültigkeit gegenüber bestimmten gesellschaftlichen Werten – aber auch nicht mehr. Demgegenüber offenbart der Vorsatz, eine Straftat zu begehen, die Feindseligkeit gegenüber den durch das Strafrecht geschützten Werten. Fahrlässigkeit erscheint also lediglich – aber doch auch – eine vorwerfbare Gleichgültigkeit gegenüber diesen Werten. Die fahrlässige Person ist egozentrisch und gleichgültig gegenüber anderen²⁶⁴⁰. Das ist in strafrechtlicher Hinsicht zu berücksichtigen, denn diese Haltung drückt eine Missach-

²⁶³⁴ J. HURTADO POZO, *Droit pénal, partie spéciale*, Schulthess, 2009, S. 81.

²⁶³⁵ J. HURTADO POZO, *Droit pénal, partie générale*, Schulthess, 2008, S. 131.

²⁶³⁶ *Ibid.*

²⁶³⁷ *Ibid.*

²⁶³⁸ F. DESPORTES und F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 16. Auflage, 2009, S. 453.

²⁶³⁹ P. FAUCONNET, *La responsabilité. Etude de sociologie*, Félix Alcan, 2. Auflage, 1928, S. 371: «*ne pas s'être trouvé dans un certain état de tension morale que les circonstances commandaient*».

²⁶⁴⁰ Y. MAYAUD, «Violences involontaires: théorie générale», *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2005, n° 3.

tung des Lebens oder der Unversehrtheit anderer aus²⁶⁴¹. Die Doktrin akzeptiert daher die Notwendigkeit, Fahrlässigkeit an sich strafrechtlich zu verfolgen. Während das Prinzip der Bestrafung von Fahrlässigkeit in der Lehre akzeptiert zu sein scheint, ist das Ausmass der Bestrafung viel schwieriger zu bestimmen.

6. Suche nach dem richtigen Gleichgewicht

Das Strafrecht muss versuchen, bei der Bestrafung von vorsatzlosen Taten ein Gleichgewicht zu finden. Einerseits dürfen diese Taten nicht ungestraft bleiben, wenn eine vorwerfbare Sorgfaltspflichtverletzung geschieht²⁶⁴². Das Strafrecht muss jeden an die Bedeutung des pflichtgemässen Verhaltens erinnern. Andererseits muss es sich davor hüten, zu leichtfertig eine Sanktion auszusprechen, da es sonst zu einer Lähmung in einer Gesellschaft kommen kann. Gerade in der heutigen Risikogesellschaft könnte eine inadäquate Ausdehnung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit dazu führen, dass die unternehmerische Freiheit, die für jede Tätigkeit unerlässlich ist, zu sehr einschränken. Ein Gleichgewicht dieser Interessen zu finden ist eine der grundsätzlichen Herausforderungen bei der Behandlung der vorsatzlosen Tat im Strafrecht. Diese Herausforderung ist Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Der rechtsvergleichende Blick der Arbeit zielt darauf die Überlegungen zur Problematik von vorsatzlosen Taten dadurch zu bereichern und zu erneuern, dass die Inkriminierung von Fahrlässigkeitstaten nach den gesetzlichen Vorgaben des französischen Rechtes, im Lichte der Vorgaben des Schweizer Strafgesetzes kritisch reflektiert werden. Da die französische Rechtsprechung die Strafbarkeit vorsatzloser Taten in den letzten Jahren immer weiter ausgedehnt hat, erscheint es angezeigt zu prüfen, ob Denkansätze zur Strukturierung des Fahrlässigkeitsdelikts im Schweizer Recht mehr Rechtssicherheit im französischen Recht bringen könnten.

II – Rechtsvergleich mit der Schweiz

7. Bedeutung des Rechtsvergleichs

Rechtsvergleich ist eine Methode der Rechtswissenschaft, deren Hauptinteresse die Möglichkeit ist, zu genaueren und umfassenderen Forschungsergebnissen zu gelangen, als es mit einer alleinigen Auseinandersetzung einer Frage lediglich mit einem nationalen Recht möglich wäre²⁶⁴³. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung verfolgt der Vergleich des französischen Strafrechts mit dem schweizerischen Strafrecht ein zweifaches Ziel: Einerseits soll das Verständnis des französischen Strafrechts ver-

²⁶⁴¹ *Ibid.*, n° 3.

²⁶⁴² Y. MAYAUD, «Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal», *Recueil Dalloz*, 2000, S. 603 f.

²⁶⁴³ B. BLAGOJEVIC, «Le droit comparé. Méthode ou science», *Revue internationale de droit comparé*, 1953, Bd. 5, n° 4.

tief werden und andererseits der Weg für neue Überlegungen zur Verbesserung des französischen Rechts geebnet werden.

8. Vergleichsmethode

Die dieser Arbeit zugrundeliegenden Methode basiert auf dem Prinzip des Funktionalismus²⁶⁴⁴. Das Prinzip beruht «auf der rechtsvergleichenden Grunderfahrung, dass zwar jede Gesellschaft dem Recht im Wesentlichen die gleichen Probleme aufgibt, dass aber die verschiedenen Rechtsordnungen diese Probleme (...) auf sehr unterschiedliche Weise löse»²⁶⁴⁵. Deshalb bedeutet das Fehlen einer bestimmten Rechtsfigur in einem System und ihr Vorhandensein in einem anderen nicht notwendigerweise, dass es einen irreduziblen Gegensatz zwischen den beiden Systemen gibt, da jedes System die gleichen Ziele auf eigene Weise erreichen kann²⁶⁴⁶. Der Rechtsvergleicher muss daher versuchen, äquivalente Institutionen zu finden, d.h. die Grundsätze und Regeln, die in den untersuchten Rechtsordnungen dieselben Funktionen erfüllen²⁶⁴⁷.

9. Richtung des Vergleichs

Der vorliegende Vergleich zwischen dem schweizerischen und dem französischen Recht beruht auf der Annahme, dass die Herkunft des Rechtsvergleichers zwangsläufig die Richtung des Vergleichs beeinflusst. Der französische Rechtsvergleicher befindet sich nicht in der Mitte einer Furt zwischen schweizerischem und französischem Recht. Aufgrund seiner juristischen Ausbildung und seiner Kultur steht er zweifelsohne an dem Ufer des französischen Rechts. Nur von diesem Ufer aus, mit seiner französischen Perspektive, kann er also beobachten, was am anderen Ufer, dem des Schweizer Rechts, gedacht wird. Auf der Grundlage seiner Beobachtungen ist es dann an ihm, die Organisation seines eigenen Rechtskreises zu hinterfragen und möglicherweise über dessen Verbesserungsmöglichkeiten nachzudenken.

Anders formuliert, kann der französische Jurist nur «französische Rechtsvergleichung» betreiben, d.h. er kann nur ausländisches Recht zur Reflexion über sein eigenes Recht heranziehen und nicht umgekehrt. Aufgrund der Zugehörigkeit zum französischen Rechtskreis darf er daher nicht versuchen, in das ihm fremde Recht einzugreifen, sondern muss sich auf eine einfache, mehr oder weniger kritische Betrachtung desselben beschränken.

²⁶⁴⁴ K. ZWEIGERT und H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Mohr, 3. Auflage, 1996, S. 33.

²⁶⁴⁵ *Ibid.*

²⁶⁴⁶ J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 4. Auflage, 2016, S. 52.

²⁶⁴⁷ C. HAGUENAU-MOIZARD, *Introduction au droit comparé*, Dalloz, 2018, S. 11.

10. Erster Schritt des Vergleichs, die Betrachtung des ausländischen Rechts

Der französische Rechtsvergleicher muss daher zunächst das schweizerische Recht betrachten. Ein seriöses Studium des ausländischen Rechts ist vor jedem Vergleich unerlässlich²⁶⁴⁸, denn man kann nur vergleichen, was man kennt²⁶⁴⁹. Die Elemente, auf die sich das ausländische Recht bezieht, bilden somit das Rohmaterial für den Vergleich. Daher muss der Rechtsvergleicher versuchen, das ausländische Recht gewissenhaft zu prüfen²⁶⁵⁰. Er muss versuchen, die Prinzipien, Logik und Feinheiten zu erkennen.

11. Zweiter Schritt des Vergleichs, die Erneuerung des Blicks auf das eigene Recht

Der französische Rechtsvergleicher muss sich dann seinem eigenen Recht zuwenden und es im Lichte dessen analysieren, was er im Schweizer Rechtskreis beobachtet hat. Dabei kann er auf zwei verschiedene Arten vorgehen, je nachdem, in welcher Phase der Untersuchung er sich gerade befindet.

Erstens kann der Rechtsvergleicher die Institutionen, die er in beiden Systemen als gleichwertig ansieht, einzeln vergleichen, um die Konvergenz- und Divergenzpunkte zu ermitteln. Dieses Verfahren kann angewandt werden, wenn die gleichwertigen Einrichtungen leicht identifizierbar sind. Anschliessend erstellt er eine Bestandsaufnahme durch den Vergleich des schweizerischen und des französischen Rechts, um das französische Recht dank des Vergleichs mit dem schweizerischen Recht in Perspektive zu stellen. Wenn es sich um identische Institutionen handelt, kann er sie zusammen darstellen, um Redundanzen zu vermeiden, wobei er bei Bedarf die Besonderheiten jeder einzelnen Institution angeben kann. Das Schweizer Recht dient dann als eine Art intellektueller Brennstoff, um das eigene System zu relativieren und in ein neues Licht zu rücken²⁶⁵¹.

Zweitens kann der Rechtsvergleicher, wenn er im fremden Recht eine interessante, in der eigenen Rechtsordnung unbekanntete Institution entdeckt, versuchen, es auf seine eigene Rechtsordnung zu übertragen. In diesem Fall kann der französische Rechtsvergleicher im französischen Recht kein offensichtliches Äquivalent zum schweizerischen Institut erkennen. Diese Entdeckung kann es ihm ermöglichen, sein eigenes Recht zu bereichern, indem er den Inhalt der Institution, die ihm innovativ erscheint, importiert. Damit diese Art der «Transplantation» gelingen kann, muss der Rechtsvergleicher darauf achten, dass er ein Transplantat vorschlägt, das nach der Funktions-

²⁶⁴⁸ M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé: éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Ides et calendes, 1971, S. 89.

²⁶⁴⁹ K. MARIAT, *L'équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal, réflexions françaises à la lumière des droits allemand et italien*, Dissertation, Lyon, 2019, S. 56.

²⁶⁵⁰ L. MOREILLON, *L'infraction par omission*, Librairie Droz, 1993, S. 29.

²⁶⁵¹ K. MARIAT, *L'équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal, réflexions françaises à la lumière des droits allemand et italien*, op. cit., S. 54.

weise des französischen Rechts wahrscheinlich als «legal implant» anerkannt werden kann. Zu diesem Zweck muss er versuchen, eine andere Institution in seinem eigenen Recht zu finden, die als Stütze für den Inhalt der ausländischen Institution dienen kann. Sie wird somit in der Lage sein, die Elemente, die ihn interessieren, in das französische Recht zu übernehmen und dabei die Regeln und Grundsätze dieses Rechts zu beachten. Die Einhaltung dieser Regeln und Grundsätze ist die Voraussetzung dafür, dass sich das Transplantat gut in die französische Rechtsordnung einfügt, die es aufnimmt. Wenn dies der Fall ist, kann sich dieses Transplantat in seiner neuen Umgebung allmählich entwickeln und interessante Früchte für das Rechtssystem des Rechtsvergleichers hervorbringen.

12.

Nachdem der vergleichende Ansatz mit dem schweizerischen Recht erläutert wurde, wird der Blickwinkel betrachtet, aus dem die Behandlung der Strafrechtsschwelle der vorsatzlosen Tat in dieser Arbeit angegangen wird.

III – Vorstellung der Dissertation

13. Fragestellung

Die Schwierigkeit bei der vorsatzlosen Schädigung einer Person liegt in der Unbestimmtheit der entsprechenden Straftatbestände. Sie sollen für alles gelten, was einen Risikofaktor darstellt²⁶⁵², indem sie Personen, die sich in sehr unterschiedlichen Situationen befinden, unter eine gemeinsame Regelung stellen. Bei der Anwendung der Gesetzesvorschriften bietet die Rechtsprechung eine Reihe höchst unterschiedlicher Entscheidungen²⁶⁵³, die dem Juristen nicht helfen, zukünftige Lösungen zu antizipieren.

Dies führt zu folgender Frage: Ab welcher Schwelle verlangt eine vorsatzlose Tat zum Nachteil eines Dritten eine strafrechtliche Reaktion? Wann sollte Fahrlässigkeit mit Strafe geahndet werden?

14. Übersicht und Arbeitsschritte

Um diese Strafbarkeitsschwelle zu untersuchen, ist ein Ansatz in zwei Schritten erforderlich. Erstens ist es notwendig, die strafbare vorsatzlose Tat zu umschreiben, um die Strafbarkeitsschwelle festzustellen: im Rahmen dieses Ansatzes wird versucht, die Art und Weise, wie das schweizerische und das französische Strafrecht Fahrlässigkeit und Unvorsichtigkeit bestrafen, zu verstehen und zu vergleichen, um die ihnen zugrunde liegende Logik aufzuzeigen. Der Vergleich wird uns auch einen kritischen und hinterfragenden Blick auf das französische Rechtssystem ermöglichen, dem es

²⁶⁵² Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, Dalloz, 2003, S. 76.

²⁶⁵³ *Ibid.*

nie gelungen ist, die strafbare nicht vorsatzlose Tat zufriedenstellend zu umschreiben (Erster Teil).

Dieser erste Teil bildet die Grundlage dafür, in einem zweiten Schritt einen Lösungsansatz für die strafrechtliche Erfassung der vorsatzlosen Taten zu präsentieren: Es werden die Bedingungen ermittelt, die es einer Person ermöglichen, sicherzustellen, dass ihr Verhalten nicht strafrechtlich relevant wird, selbst wenn sie anderen unbeabsichtigt Schaden zufügt. Bestimmte riskante Verhaltensweisen sind, weil sie für nützliche Aktivitäten notwendig sind, als inhärent für das Leben in der Gesellschaft anzusehen. Daher müssen diese Verhaltensweisen, selbst wenn sie einen Schaden verursachen, von der Strafbarkeit ausgenommen werden, da sie nicht von einer gesellschaftlichen Gleichgültigkeit gegenüber anderen zeugen. Dies ist notwendig, da die Bestrafung jeglicher Schäden, die durch risikobereites Verhalten verursacht wurden, unweigerlich zu einer größeren Störung der Gesellschaft führen würde, als die potenziellen Schäden des Risikos selbst. Ausgehend von den Überlegungen in der schweizerischen Doktrin, wird eine Erneuerung des Konzepts der Behandlung von vorsatzlosen Taten im französischen Recht vorgeschlagen (zweiter Teil).

Erster Teil Die unzureichende Umschreibung der strafbaren vorsatzlosen Tat für die Festlegung der Strafbarkeitsschwelle

15. Begriffe der Unvorsichtigkeit und der Fahrlässigkeit

Die strafbare vorsatzlose Tat entspricht einer Unvorsichtigkeit (*imprudence*) oder Fahrlässigkeit (*négligence*). Obwohl diese Begriffe im weitesten Sinne als gleichwertig angesehen werden können, werden sie in der schweizerischen und der französischen Rechtstradition offenbar unterschiedlich verwendet: Das schweizerische Recht zieht grundsätzlich den Begriff Fahrlässigkeit vor, auch wenn es ihn als Synonym für den Begriff Unvorsichtigkeit gebraucht, während das französische Recht eher den Begriff Unvorsichtigkeit (*imprudence*) verwendet. Im französischen Recht werden die beiden Begriffe jedoch manchmal von der Lehre und der Rechtsprechung nacheinander genannt, wie im dritten Absatz von Artikel 121-3 des französischen Strafgesetzbuchs: «*Im Falle von Unvorsichtigkeit, Fahrlässigkeit (...)*»²⁶⁵⁴. Einige französische Autoren geben dieser doppelten Aufzählung eine besondere Bedeutung, da sie der Meinung sind, dass die Unvorsichtigkeit (*imprudence*) einer Begehung entspricht, während sich die Fahrlässigkeit auf eine Unterlassung bezieht²⁶⁵⁵. Das französische

²⁶⁵⁴ Art. 121-3 Ab. 3 fStGB: «*en cas de faute d'imprudence, de négligence (...)*».

²⁶⁵⁵ A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982, S. 313; P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, Cujas, 2013, S. 190; D. REBUT, *L'omis-*

Gesetz selbst unterscheidet aber nicht zwischen Tun und Unterlassen, wie es das Schweizer Gesetz generell mit seiner Regelung für das strafbare Unterlassen im Artikel 11 des Schweizer Strafgesetzbuches tut. In dieser Arbeit werden die Begriffe Unvorsichtigkeit und Fahrlässigkeit abwechselnd und in Abgrenzung zueinander verwendet, um der spezifischen Terminologie der schweizerischen und französischen Rechtstradition Rechnung zu tragen.

16. Strafbare vorsatzlose Tat

Im ersten Teil werden die Bedingungen erläutert, unter denen eine vorsatzlose Tat, die zu einer Schädigung einer anderen Person führt, strafrechtlich geahndet werden kann. Zunächst wird die Schwierigkeit erklärt, die besteht, um eine strafrechtliche vorsatzlose Tat zu verstehen (Titel 1). Anschliessend wird gezeigt, dass die Bewertung der strafrechtlichen vorsatzlosen Tat extensiv erfolgen kann, wodurch die Strafbarkeitsschwelle entsprechend gesenkt wird (Titel 2).

Titel 1 Die schwierige Konzeption der strafbaren vorsatzlosen Tat

17. Konzeption

Die strafbare vorsatzlose Tat ist zunächst mit den charakteristischen Merkmalen allgemein zu erläutern, unabhängig davon, ob sie eine Handlung oder eine Unterlassung darstellt (Kapitel 1). Anschliessend wird der besondere Fall des vorsatzlosen Unterlassens analysiert, der nur unter spezifischen Umständen als strafwürdig erscheint. (Kapitel 2).

Kapitel 1 Allgemeine Merkmale der strafbaren vorsatzlosen Tat

18. Identifizierung der strafbaren vorsatzlosen Tat

Die Identifizierung der strafbaren vorsatzlosen Tat im Strafrecht ist alles andere als offensichtlich, denn traditionell zielt Strafrecht in der Grundausrichtung auf eine Inkriminierung des vorsätzlichen schädigenden Verhaltens. Das schweizerische und das französische Recht stehen vor den gleichen Schwierigkeiten.

Eine erste Schwierigkeit betrifft den Stellenwert von Unvorsichtigkeit und Fahrlässigkeit in der schweizerischen und französischen Straftatlehre. Die Autoren beider Länder bringen das gemeinsame Anliegen zum Ausdruck, die objektiven und subjektiven Aspekte zu untersuchen, ohne sie künstlich voneinander zu trennen. Die schweizerische Lehre legt vor allem das Denken der finalen Handlungslehre zugrunde, welche

sion en droit pénal, pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction, Dissertation, Lyon, 1993, S. 333; und F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal, op. cit.*, S. 117.

die gesamte Fahrlässigkeit innerhalb der Tatbestandsmässigkeit behandelt, d.h. bei der Untersuchung der Übereinstimmung des Verhaltens des Täters mit einem Tatbestand²⁶⁵⁶. Die französische Lehre verwendet für unbeabsichtigte Schädigungen anderer Personen eine spezifische Struktur, in der die objektiven und subjektiven Aspekte der Unvorsichtigkeit durch das Prisma des Begriffs des «Fehlers» (*faute*) untersucht werden. Im Falle der Unvorsichtigkeit bezieht sich der Fehler (*faute*) auf einen unvorsichtigen Geisteszustand, der aus dem materiellen Verhalten abgeleitet wird.

Die zweite Schwierigkeit betrifft die Bestimmung der «subjektiven Vorwerfbarkeit», als einem Gradmesser für die strafbare vorsatzlose Tat im Vergleich zur vorsätzlichen Tat. Um diese Schwierigkeit zu lösen, verwenden das schweizerische und das französische Recht vergleichbare Kriterien, die es ihnen ermöglichen, Vorsatz und Fahrlässigkeit in ähnlicher Weise zu unterscheiden. Hier kommt der Bestimmung des Vorsatzes als massgeblicher Bezugspunkt besondere Bedeutung zu: Vorsatz ist der auf die Erreichung des strafrechtlichen Ergebnisses gerichtete Wille des Täters²⁶⁵⁷. Umgekehrt ist Unvorsichtigkeit oder Fahrlässigkeit nicht ergebnisorientierter Wille²⁶⁵⁸. Fahrlässigkeit kann bewusst oder unbewusst sein. Bei der bewussten Fahrlässigkeit vertraut der Täter darauf, dass sich das Risiko der Tatbestandserfüllung nicht verwirklicht²⁶⁵⁹. Das französische und das Schweizer Recht unterscheiden sich jedoch in Bezug auf den sogenannten Fall des Eventualvorsatzes. Dieser liegt vor, wenn eine Person weiss, dass ihr Verhalten ein geschütztes Interesse verletzt und den Eintritt eines Erfolges für möglich hält, also in Kauf nimmt²⁶⁶⁰. Dies fällt nach Schweizer Recht bereits unter eine vorsätzliche Tatbestandsbegehung. Nach französischem Recht hingegen gilt dies nur als schwere Fahrlässigkeit. Da der Zweifel dem Angeklagten zugutekommt, sollte allerdings die praktische Tragweite dieses Unterschiedes nicht überschätzt werden. Diese Identifizierung der strafbaren vorsatzlosen Tat ermöglicht es, die Elemente zu lokalisieren und zu kontextualisieren, die zur Bestimmung der Strafbarkeitsschwelle dienen sollen.

19. Kriminalisierung von vorsatzlosen Taten

Die Strafbarkeit von vorsatzlosen Taten unterliegt im schweizerischen und französischen Recht dem Legalitätsprinzip, das eine Definition des verbotenen Verhaltens

²⁶⁵⁶ J. HURTADO POZO, «Le principe de la légalité, le rapport de causalité et la culpabilité: réflexions sur la dogmatique pénale», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, Bd. 104, S. 30.

²⁶⁵⁷ I. MOINE-DUPUIS, «L'intention en droit pénal: une notion introuvable?», *Recueil Dalloz*, 2001, S. 2144 f.

²⁶⁵⁸ PH. CONTE und P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7. Auflage, 2004, S. 220.

²⁶⁵⁹ X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, 14. Auflage, 2023, S. 231, n° 215.

²⁶⁶⁰ J. CEDRAS, «Le dol éventuel», *Recueil Dalloz*, 1995, S. 18 f.

und eine Festlegung der Strafe für das in Frage stehende Verhalten verlangt. Bezüglich der Formulierung von unvorsichtigem oder fahrlässigem Verhalten haben das Schweizer Recht und das französische Recht ähnliche Herangehensweisen, indem sie zum einen auf die Technik einer Verweisung zurückgreifen und zum anderen eine offene Definition der Begriffe geben, die den Gerichten einen grossen Interpretationsspielraum lässt²⁶⁶¹. Aus diesem Grund ist es so schwierig, eine Schwelle für die Strafbarkeit von vorsatzloser Tat festzulegen

Diese Feststellungen gelten für alle vorsatzlosen Taten, unabhängig der Art ihrer Begehung. Handelt es sich bei der vorsatzlosen Tat um eine Unterlassung, können darüber hinaus zusätzliche Regeln gelten.

Kapitel 2 Spezifische Merkmale des strafbaren vorsatzlosen Unterlassens

20. Unterlassung

Die vorsatzlose Tat kann auch in der Form des Unterlassens geschehen. Es stellt sich also die Frage, ob dieses vorsatzlose Unterlassen die gleiche Strafbarkeitsschwelle erfahren kann wie eine Begehungshandlung. Im Falle einer Unterlassung wird der Täter beschuldigt, passiv geblieben zu sein, obwohl er hätte handeln müssen²⁶⁶². Fahrlässiges Unterlassen wird auch dann geahndet, wenn es nicht ausdrücklich in einem Straftatbestand als strafbares Unterlassen definiert ist. Das Schweizer Recht verwendet dafür den Begriff des «unechten Unterlassens» und verlangt, dass eine Garantenstellung vorliegt (vgl. Artikel 11 Schweizer Strafgesetzbuch), während das französische Recht stillschweigend die Bestrafung von Unterlassungen in den allgemeinen Fahrlässigkeitstatbestand einbezieht und keine besonderen gesetzlichen Anforderungen formuliert.

21. Unechte Unterlassung im Schweizer Recht

Das fahrlässige Unterlassungsdelikt wird im schweizerischen Recht auf besondere Weise behandelt. Das fahrlässige Unterlassungsdelikt ergibt sich nicht nur direkt aus den Gesetzesartikeln, die Fahrlässigkeit bestrafen, sondern es wird zusätzlich Artikel 11 des schweizerischen Strafgesetzbuches herangezogen, der die Voraussetzungen der Unterlassungsstrafbarkeit vorsieht. So sieht Artikel 11 Abs. 2 des Strafgesetzbuches vor, dass eine Unterlassung unter anderem bestraft wird, wenn der Täter

²⁶⁶¹ Die beiden Rechtsordnungen unterscheiden sich jedoch in der Art und Weise, wie sie eine Bestrafung vorsehen, da der schweizerische Gesetzgeber eine identische Strafe für die jeweiligen vorsatzlosen Straftaten einführt, während der französische Gesetzgeber eine Abstufung der Strafen je nach dem verursachten Ergebnis vorsieht.

²⁶⁶² G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I – die Straftat*, Stämpfli, 4. Auflage, 2011, S. 457.

eine Garantenpflicht hatte²⁶⁶³. Diese Verpflichtung kann sich namentlich aus dem Gesetz, einem Vertrag, einer freiwillig eingegangenen Gefahrgemeinschaft oder der Schaffung einer Gefahr ergeben²⁶⁶⁴. In jedem Fall muss sie konkret sein, d.h. der Täter muss eine besondere Nähe zum schützenswerten Rechtsgut oder zur überwachenden Gefahrenquelle haben²⁶⁶⁵. Wird eine Garantenpflicht nach Artikel 11 des schweizerischen Strafgesetzbuches festgestellt, so werden die Elemente des Tatbestandes der fahrlässigen Tötung und der fahrlässigen Körperverletzung geprüft. Das Strafmass orientiert sich dabei an der Höhe für das Fahrlässigkeitsdelikt. Artikel 11 Absatz 4 des schweizerischen Strafgesetzbuches sieht jedoch vor, dass das Gericht die Strafe im Falle einer unechten Unterlassung mildern kann. Diese Möglichkeit zeigt auf, dass eine Unterlassung im Schweizer Recht als weniger schwerwiegend angesehen wird als eine Begehung. Damit eine Unterlassung nach diesen Straftatbeständen bestraft werden kann, muss eine Handlungsmöglichkeit für den infrage stehenden Täter vorliegen.

22. Stillschweigende Anerkennung der Strafbarkeit des Unterlassens im französischen Recht

Seit einer wichtigen Entscheidung des Berufungsgerichts Poitiers²⁶⁶⁶ lehnt die französische Rechtsprechung in Anwendung des französischen Grundsatzes der strengen Auslegung des Strafrechts grundsätzlich jede nicht ausdrücklich im Gesetz vorgesehene Gleichwertigkeit von Begehung und Unterlassung ab²⁶⁶⁷. Aufgrund des hybriden Wesens des Tatbestands der vorsatzlosen Taten, der sowohl eine Begehung als auch die Unterlassung umfasst, ist eine solche Gleichwertigkeit bei vorsatzlosen Straftaten zulässig. Die Strafe für die Unterlassung ist dabei dieselbe wie für die Begehung. Die französische Rechtsprechung und Lehre achten jedoch nicht auf die ausdrückliche Bestimmung einer Garantenpflicht, sondern konzentrieren sich pragmatisch allein auf die Frage, ob die Person mit der im Einzelfall gebotenen Vorsicht und Sorgfalt gehandelt hat. Dabei handelt es sich jedoch um zwei unterschiedliche Fragen: Die Vorbedingung der Garantenpflicht darf nicht mit der Verpflichtung zur Sorgfalt verwechselt werden, denn Ersteres bestimmt, wer handeln musste, während Letzteres bestimmt, ob diese Person richtig gehandelt hat. Die französische Rechtsprechung und Lehre for-

²⁶⁶³ S. TRECHSEL und M. JEAN-RICHARD, «Art. 12», *Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar*, herausgegeben von S. TRECHSEL und M. PIETH, Dike, 2. Auflage, 2013, S. 65.

²⁶⁶⁴ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, Stämpfli, 2. aktualisierte Auflage von B. STRÄULI, 1995, S. 24.

²⁶⁶⁵ M. DUPUIS und L. MOREILLON, «Art. 11», *Petit commentaire CP*, Helbing Lichtenhahn, 2. Auflage, 2017, S. 80.

²⁶⁶⁶ Berufungsgericht Poitiers, 20. November 1901, S. 1902.2.305, Anmerkung J. HÉMARD, D., 1902.2.81, Hinweis LE POITTEVIN. Siehe auch A. GIDE, *La séquestrée de Poitiers*, Gallimard, 1930.

²⁶⁶⁷ PH. SALVAGE, *Droit pénal général*, PUG, 8. Auflage, 2016, S. 36.

dem stillschweigend eine Garantenpflicht. Die Analyse der Rechtsprechung zeigt, dass diese Garantenpflicht sowohl auf einem Gesetz oder Vertrag als auch auf der Übernahme einer gefährlichen Aktivität durch eine Gruppe oder der Schaffung einer Gefahr für andere beruhen kann.

23. Vergleichung

Schliesslich darf dieser Unterschied zwischen dem Schweizer und dem französischen Recht nicht überbewertet werden, da die Lösungen der beiden Länder grosse Ähnlichkeiten aufweisen, indem sie jeweils eine gemeinsame Strafbarkeitsschwelle für die Unterlassung und die Begehung im vorsatzlosen Bereich festlegen.

In jedem Fall kann in beiden Rechtsordnungen eine Person nur dann wegen einer pflichtwidrigen Unvorsichtigkeit bestraft werden, wenn sie die Tatbestandsmerkmale erfüllt: Dies sind die Besonderheiten der Strafbarkeit vorsatzloser Taten. Sie werden bei Unvorsichtigkeit oder Fahrlässigkeit extensiv bewertet.

Titel 2 Die extensive Natur der Variablen der strafbaren vorsatzlosen Tat

24. Bewertung

Im schweizerischen und französischen Recht gibt es ähnliche Anknüpfungspunkte für die Bestrafung vorsatzloser Taten, nämlich das Verhalten des Täters (Kapitel 1) und den Kausalzusammenhang (Kapitel 2). Je weiter diese Elemente gefasst werden, desto einfacher ist es, den Beschuldigten haftbar zu machen, und je enger sie gefasst werden, desto schwerer ist eine Begründung der Haftung des Beschuldigten.

Kapitel 1 Anknüpfen an das Verhalten

25. Definition des vorsatzlosen Verhaltens

Die Definition des strafbaren vorsatzlosen Verhaltens wird im schweizerischen und französischen Strafrecht unterschiedlich behandelt, auch wenn die inhaltlichen Kriterien für eine Strafbarkeit von Fahrlässigkeitstaten vergleichbar ist.

Das schweizerische Recht verwendet ein einheitliches, durch den Gesetzgeber konkret vorgegebenes Konzept des fahrlässigen Verhaltens, indem es im Wesentlichen auf die Begriffe der Unvorhersehbarkeit und der Sorgfaltspflichtverletzung zurückgreift²⁶⁶⁸, die sich, wie das Bundesgericht treffend zusammenfasst, auf «*Situationen beziehen, in denen eine vernünftige Person in der gleichen Situation und mit den gleichen Fähigkeiten wie der Täter den allgemeinen Verlauf der Ereignisse vorhersehen*

²⁶⁶⁸ J. HURTADO POZO, *Droit pénal, partie générale*, op. cit., S. 435.

und gegebenenfalls im Lichte der Kenntnisse, die sie zur Zeit des Sachverhalts haben konnte, Massnahmen ergreifen konnte, um den Eintritt des Schadens zu vermeiden»²⁶⁶⁹. Dieser Ansatz erlaubt es dem schweizerischen Gesetzgeber bewusste und unbewusste Fahrlässigkeit zu erfassen und gleichzustellen.

Im Gegensatz dazu zielt das französische Recht mit der Reform von 2000 auf eine Art duales Konzept der Unvorsichtigkeit und unterscheidet bezüglich der Unvorsichtigkeit zwischen einem einfachen Fehler und einem qualifizierten Fehler.

Die einfachen Fehler (*faute simple*) könnten als blosser Lockerung der Wachsamkeit²⁶⁷⁰ umschrieben werden, d.h. als «Nichteinhaltung einer bestimmten sozialen Disziplin»²⁶⁷¹.

Hingegen beziehen sich die qualifizierten Fehler (*faute qualifiée*) von Unvorsichtigkeit auf zwei Sachverhalte²⁶⁷²: entweder auf eine wissentliche Fahrlässigkeit (*faute délibérée*), d.h. auf die wissentliche Verletzung einer besonderen Sorgfalts- oder Sicherheitspflicht, die im Gesetz oder in einer Verwaltungsvorschrift vorgeschrieben ist, oder auf einen charakterisierten Fehler (*faute caractérisée*), d.h. auf ein schwerwiegendes Verhalten, das andere einem besonderen Risiko aussetzt, das der Täter nicht ignorieren kann. Der Begriff der Unvorsichtigkeit wird also aufgegliedert und es genügt nicht nur, das Vorliegen von Unvorsichtigkeit nachzuweisen, sondern es muss auch bestimmt werden, unter welche Kategorie von Unvorsichtigkeit die vorsatzlose Schädigung fällt. Dieser komplexere Ansatz ermöglicht es dem französischen Gesetzgeber, vorsatzlose Verhaltensweisen nach der Schwere des Vorwurfs zu unterscheiden.

26. Rechtliche Bewertung von vorsatzlosem Handeln

Unabhängig von den unterschiedlichen Definitionen des fahrlässigen Verhaltens verwenden prinzipiell das schweizerische und das französische Recht jedoch eine ähnliche Methode der rechtlichen Beurteilung des vorsatzlosen Verhaltens.

Im schweizerischen Recht wird die Fahrlässigkeit nach der «objektiv-individualisierten» Methode beurteilt²⁶⁷³, die darin besteht, das Verhalten des Beschuldigten mit dem eines Referenzmodells zu vergleichen, das nach objektiven Kriterien individualisiert wird. Diese Methode, die seit langem von den Schweizer Gerichten angewandt wird, hat sich bewährt, indem sie ein praktikables Vergleichsmodell aufgestellt hat,

²⁶⁶⁹ BGE 6B_404/2012, 21 Januar 2013: «[Une] personne raisonnable dans la même situation et avec les mêmes aptitudes que l'auteur pouvait prévoir, dans les grandes lignes, le déroulement des événements et, le cas échéant, [prendre des mesures], compte tenu des connaissances qu'elle pouvait avoir au moment des faits, pour éviter la survenance du résultat».

²⁶⁷⁰ X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., S. 232-233, n° 216.

²⁶⁷¹ F. DESPORTES und F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, op. cit., S. 453: «le non-respect d'une certaine discipline sociale».

²⁶⁷² Art. 121-3 ab. 4 fStGB.

²⁶⁷³ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, op. cit., S. 220.

das in den Augen der Schweizer Doktrin vernünftige und zufriedenstellende Eigenschaften aufweist.

Im französischen Recht ist diese Frage seit langem umstritten. Mit dem Gesetz vom 10. Mai 1996 wurde festgelegt, dass die strafrechtliche Fahrlässigkeit, nach der «abstrakt-individualisierten» Methode zu beurteilen ist, die sich wie im schweizerischen Recht auf ein abstraktes Vergleichsmodell bezieht, das nach den objektiven Merkmalen des Beschuldigten individualisiert wird²⁶⁷⁴. Diese Reform führte dazu, dass die Kriterien für die Bewertung des Referenzmodells gesetzlich präzisiert werden, auch wenn deren Anwendung in der französischen Doktrin heute noch zurückhaltend ist²⁶⁷⁵.

Das schweizerische und das französische Recht unterscheiden sich jedoch im Hinblick auf die Freiheit, die die Strafgerichte bei der Anwendung dieser Methode hatten. Im Schweizer Recht konnte das Strafgericht den Massstab der Sorgfalt frei und unabhängig von zivilrechtlichen Erwägungen bestimmen. Auf diese Weise wurde eine rein strafrechtliche Bewertung der erforderlichen Sorgfalt vorgenommen²⁶⁷⁶. Im französischen Recht hingegen musste der Strafrichter beim Anwenden der Methode aufgrund des Grundsatzes der Einheit von strafrechtlichen und zivilrechtlichen Fehlern die Folgen seiner Entscheidung in Bezug auf die zivile Entschädigung berücksichtigen²⁶⁷⁷. Dieser Grundsatz wirkte sich nachhaltig auf die Bewertung des einfachen Fehlers von Unvorsichtigkeit (*faute simple*) aus, dass auch nach der Rückkehr zur Dualität von strafrechtlichem und zivilrechtlichen Fehlern im Jahr 2000 weiterhin sehr streng bewertet wurde²⁶⁷⁸.

Eine weitere Besonderheit der Strafbarkeit muss berücksichtigt werden, insbesondere im französischen Recht seit dem Gesetz vom 10. Juli 2000²⁶⁷⁹. Dies ist der kausale Zusammenhang.

²⁶⁷⁴ V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, Dissertation, Bordeaux, 1991, S. 7.

²⁶⁷⁵ P. BONFILS und M. GIACOPELLI, *Droit pénal général*, Cujas, 2. Auflage, 2019, S. 141.

²⁶⁷⁶ G. ETIER und B. STRÄULI, «Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale», in *Journée de la responsabilité civile 2014*, Genf, Schulthess, 2015, S. 14.

²⁶⁷⁷ Y. MAYAUD, «Violences involontaires: théorie générale», *op. cit.*, n° 280.

²⁶⁷⁸ E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 5. Auflage, 2019, S. 732.

²⁶⁷⁹ Gesetz n° 2000-647 vom 10 juillet 2000, zur Präzision der Definition der nicht vorsätzlichen Delikte.

Kapitel 2 Kausalzusammenhang zwischen Verhalten und Taterfolg

27. Erfordernis eines Kausalzusammenhangs

Bei vorsatzlosen Delikten muss ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten und dem Taterfolg nachgewiesen werden²⁶⁸⁰.

Der Kausalzusammenhang ist bei der Bestrafung vorsatzloser Taten von «grundlegender Bedeutung»²⁶⁸¹, da je nach Definition der Kausalität Handlungen als mehr oder weniger kausal und damit strafrechtlich mehr oder weniger bedeutsam eingestuft werden können, wodurch der Weg zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit geöffnet oder versperrt wird.

28. Bestimmung des Kausalzusammenhangs im Schweizer Recht

Im schweizerischen Recht wird das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs nach einer Methode festgestellt, die darin besteht, nacheinander zwei Kausaltheorien in einer Trichterlogik anzuwenden, von denen die erste auf einer empirischen und die zweite auf einer normativen Betrachtungsweise beruht.

Zum ersten ermöglicht die Theorie der natürlichen Kausalität, auch bekannt als Bedingungs- oder Äquivalenztheorie, die Ermittlung aller Ursachen, die zum Auftreten des Schadens beigetragen haben²⁶⁸². Diese Theorie ermöglicht ein sehr breites Aufgreifen der verschiedenen Ursachen für die Entstehung eines Taterfolges²⁶⁸³.

Zum anderen ermöglicht die Theorie der adäquaten Kausalität (Adäquanztheorie), die natürlichen Ursachen einzugrenzen²⁶⁸⁴ und nur diejenigen zu berücksichtigen, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung in der Lage waren, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen²⁶⁸⁵. Nach dieser Einteilung berücksichtigen die Gerichte auch indirekte oder entfernte Ursachen, solange sie adäquat sind²⁶⁸⁶. Diese Theorie ist im Rahmen der finalen Handlungslehre weniger nützlich als im Rahmen der kausalen Handlungslehre. Die Finalisten begrenzen die weitreichenden Folgen der natürlichen Verursachung eines Taterfolges bereits durch die Verwendung des Begriffs der Vorhersehbarkeit bei der Prüfung der Sorgfaltspflicht.

²⁶⁸⁰ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, op. cit., S. 90.

²⁶⁸¹ R. MERLE und A. VITU, *Traité de droit criminel, Tome III, Droit pénal spécial, 1^{re} partie*, Cujas, 1982, S. 1446: «importance spectaculaire».

²⁶⁸² N. QUELOZ, *Droit pénal suisse, partie générale*, Schulthess, 3. Auflage, 2019, S. 77.

²⁶⁸³ B. CORBOZ, «L'homicide par négligence (art. 117 CP)», *Les infractions en droit suisse*, Stämpfli, 3. Auflage, 2010, S. 202.

²⁶⁸⁴ M. KILLIAS et al., *Précis de droit pénal général*, Stämpfli, 4. Auflage, 2016, S. 57

²⁶⁸⁵ B. CORBOZ, «L'homicide par négligence (art. 117 CP)», op. cit., S. 203. BGE 95 IV 139 E. 2b S. 143.

²⁶⁸⁶ M. DUPUIS und L. MOREILLON, «Art. 117», *Petit commentaire CP*, Helbing Lichtenhahn, 2. Auflage, 2017, S. 771.

Da das schweizerische Recht davon ausgeht, dass eine Unterlassung nicht in der gleichen Weise kausal für die Entstehung eines Schadens sein kann wie eine Handlung, wird die Methode zur Feststellung der Kausalität auf den Fall der Unterlassung angepasst²⁶⁸⁷. In der Rechtsprechung wird der Begriff der hypothetischen Kausalität verwendet, der eine hypothetischen Überlegung anstellt, indem gefragt wird, ob der Schaden auch eingetreten wäre, wenn der Garant seine Sorgfaltspflicht beachtet hätte²⁶⁸⁸.

Mit Ausnahme dieser Anpassung in Bezug auf das Unterlassen geht das schweizerische Recht von einem einheitlichen Verständnis des Kausalzusammenhangs aus. Dies ist im französischen Recht seit dem Jahr 2000 nicht mehr der Fall.

29. Bestimmung des Kausalzusammenhangs im französischen Recht

Mit dem Gesetz vom 10. Juli 2000 zur Klärung der Definition von vorsatzlosen Straftaten wurde ein kühnes Repressionssystem eingeführt, das den Kausalzusammenhang zu einem zentralen Element der Strafbarkeit von vorsatzlosen Straftaten im französischen Recht macht.

Dieses System, das in erster Linie die Haftung von Entscheidungsträgern begrenzen sollte, variiert die Schwere der Unvorsichtigkeit, die erforderlich ist, um die Haftung natürlicher Personen auszulösen, je nachdem, ob es sich um einen direkten oder indirekten Kausalzusammenhang handelt²⁶⁸⁹: Bei indirektem Kausalzusammenhang muss ein qualifizierter Fehler (*faute qualifiée*) nachgewiesen werden, während umgekehrt bei direktem Kausalzusammenhang ein einfacher Fehler (*faute simple*) ausreicht²⁶⁹⁰. Folglich sind natürliche Personen, die einfache Fehler begehen (*faute simple*), die nur indirekt mit dem Schaden in Zusammenhang stehen, nicht mehr strafbar. Diese Bestimmung wurde jedoch nicht auf juristische Personen ausgedehnt, die weiterhin für einfache Fehler (*faute simple*) ihrer Organe oder Vertreter haften, unabhängig vom Kausalzusammenhang. Auf diese Weise kompensieren sie gewissermassen die teilweise Entkriminalisierung ihres Führungspersonals²⁶⁹¹.

Dieses System scheint jedoch der anvisierten Differenzierungen nicht gerecht zu werden, da es keine hinreichend klaren und präzisen Kriterien für die Unterscheidung zwischen direkter und indirekter Kausalität liefert²⁶⁹². Professor YVES MAYAUD ist zweifellos einer der Autoren, die den wesentlichen Unterschied zwischen diesen beiden Begriffen am besten erklären: Die direkte Kausalität umfasse alles, «was an einer Bewegung in Richtung des Schadens teilnimmt und die spezifische Kraft und Dyna-

²⁶⁸⁷ A. DAN, *Le délit de commission par omission: éléments de droit suisse et comparé*, Schulthess, Dissertation, Genf, 2015, S. 121.

²⁶⁸⁸ L. MOREILLON, *L'infraction par omission*, op. cit., S. 473.

²⁶⁸⁹ J. PRADEL und M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, 7. Auflage, 2017, S. 104.

²⁶⁹⁰ P. BONFILS und M. GIACOPELLI, *Droit pénal général*, op. cit., S. 142.

²⁶⁹¹ Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, op. cit., S. 357.

²⁶⁹² *Ibid.*, S. 202.

mik nährt», während die indirekte Kausalität «nur als vorbereitender oder ergänzender Teil eingreift, die den Schaden bloss begünstigt oder erleichtert, ohne jedoch so weit zu gehen, dass er seine Verwirklichung gewährleistet oder gar garantiert ist»²⁶⁹³. Er räumt jedoch selbst ein, dass dieser Unterschied weitgehend theoretisch bleibt.

In der Praxis hat die Schwierigkeit, die Grenze zwischen direkter und indirekter Verursachung festzulegen, Strafgerichten beträchtlichen Spielraum bei der Abgrenzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für eine Unvorsichtigkeit vom straflosen Verhalten gegeben²⁶⁹⁴. Heute lässt sich feststellen, dass die Strafgerichte den Bereich der direkten Kausalität deutlich ausgeweitet und dadurch die Tragweite der Reform 2000 eingeschränkt haben²⁶⁹⁵.

Schliesslich scheint das Gesetz aus dem Jahr 2000 nicht wirklich einen fixen Regelungsgehalt zu haben, da die Strafgerichte immer einen Weg finden können, die Reform zu umgehen, um die Repression vorsatzloser Taten aufrechtzuerhalten²⁶⁹⁶. So können die Gerichte, wenn es sich um einen offensichtlichen einfachen Fehler handelt, das Vorliegen einer direkten Kausalität feststellen, und umgekehrt, wenn sich der Kausalzusammenhang als offensichtlich indirekt erweist, einen qualifizierten Fehler (*faute qualifiée*) begründen, wodurch sich eine Haftung des Beschuldigten ergibt²⁶⁹⁷.

Das Endergebnis ist daher verwirrend. Sicher ist jedoch, dass die Technik des Gesetzgebers, heikle Unterscheidungen vorzusehen und den Richtern dann erheblichen Spielraum zu geben, um Einteilungen vorzunehmen, nicht die beste ist.

30. Fazit des ersten Teils

Der erste Teil, der die strafbaren vorsatzlosen Taten behandelt, zeigt, dass das schweizerische und das französische Recht die verschiedenen Elemente der vorsatzlosen Taten in unterschiedlicher Weise verstehen.

Im schweizerischen Recht gibt der Gesetzgeber mit Artikel 12 Abs. 3 des Schweizer Strafgesetzbuches eine im Gesetz fixierte Formel für alle Formen der Fahrlässigkeit

²⁶⁹³ Y. MAYAUD, «La causalité directe dans les violences involontaires, cause première ou «paramètre déterminant»?», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2002, S. 100f: «[La causalité directe comprend] tout ce qui participe d'un mouvement conducteur vers le dommage, pour en alimenter la force et le dynamisme propre, [là où, la causalité indirecte n'intervient] que comme une donnée préalable ou complémentaire, par laquelle le dommage est seulement favorisé ou facilité, mais sans aller jusqu'à en assurer, voir en garantir, la réalisation».

²⁶⁹⁴ E. LEMOINE, *La répression de l'indifférence sociale en droit pénal français*, L'Harmattan, 2002, S. 144.

²⁶⁹⁵ J. PRADEL und M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, op. cit., S. 105.

²⁶⁹⁶ E. LEMOINE, *La répression de l'indifférence sociale en droit pénal français*, op. cit., S. 144.

²⁶⁹⁷ *Ibid.*

vor, für die auch die vom Gesetzgeber gewählte Unterscheidung gilt, dass eine Fahrlässigkeitsstraftat durch eine Handlung oder durch ein Unterlassen begangen werden kann. Im Falle einer Unterlassung müssen die Gerichte insbesondere prüfen, ob ein Täter eine Garantenstellung innehat, die ihn zum Handeln verpflichtet.

Im französischen Recht wurde diese Unterscheidung vom Gesetzgeber mit der Reform des Jahres 2000 nicht gewählt. Es gilt weiterhin ein hybrider Ansatz für Fahrlässigkeitsdelikte, der sowohl Begehungen als auch Unterlassungen umfasst. Der Gesetzgeber entwickelte mit dem Gesetz vom 10. Juli 2000 ein neues System, das auf dem Gegensatz zwischen direkter und indirekter Kausalität beruht. Die Einführung dieser Unterscheidung hat jedoch dazu geführt, dass die Texte, die die rechtliche Grundlage der Unvorsichtigkeit stellen äusserst komplex wurden und deren Bedeutung nun sehr schwer zu verstehen ist.

Das Problem ist daher, dass es schwer ist, eine klare Grenze zwischen der indirekten und der direkten Kausalität zu ziehen. Diese Unterscheidung wird in den Überlegungen so sehr betont, dass viele andere grundlegende Parameter der Strafbarkeit von vorsatzlosen Taten, etwa die Genehmigung zur Ausübung einer gefährlichen Tätigkeit, das Risikomanagement oder der Nutzen der Tätigkeit, oft völlig ausser Acht gelassen werden. Dies führt dazu, dass es sehr schwierig ist, die genaue Strafbarkeitsschwelle für vorsatzlose Taten zu bestimmen, insbesondere in innovativen Bereichen wie hochautomatisiertem Fahren.

Es ist daher notwendig, der Strafbarkeitsschwelle von vorsatzlosen Taten genauer zu definieren, um Gerichtsentscheidungen zur pflichtwidrigen Unvorsichtigkeit vorhersehbarer zu machen. So könnte mehr Rechtssicherheit geschaffen werden. Ohne das französische Gesetz zu ändern, kann durch neue dogmatische Lösungsansätze auf der Grundlage offener Gesetzestexte ein neuer Ansatz für die strafrechtliche Bewertung der vorsatzlosen Tat entwickelt werden.

Zweiter Teil Die notwendige Berücksichtigung der zulässigen vorsatzlosen Tat für die Festlegung der Strafbarkeitsschwelle

31. Überlegungen für einen neuen Lösungsansatz

Um die Strafbarkeitsschwelle festzustellen, wird in einem neuen Ansatz untersucht, welches Verhalten im Strafrecht als zulässig betrachtet wird, auch wenn es einen Schaden hervorruft. Ziel ist es, das Problem der strafwürdigen vorsatzlosen Tat nicht von der Seite eines negativen Ergebnisses zu betrachten, d.h. nicht nur nach dem suchen, was verboten ist, sondern nach einem positiven Ergebnis, indem versucht wird, festzustellen, welches Verhalten im Strafrechtlichen Sinne als zulässig zu betrachten ist.

Dieser Ansatz ermöglicht es, einen neuen Blick auf die Strafbarkeitsschwelle zu werfen, indem diejenigen Verhaltensweisen analysiert werden, die trotz der von ihnen verursachten Schäden keinen gesellschaftlich missbilligten Charakter aufweisen und nicht als ein von einer Gleichgültigkeit gegenüber anderen geprägtes Verhalten erscheinen. Dieser neue Ansatz ermöglicht es, die im ersten Teil genannten Kriterien zu analysieren und zu ergänzen, indem nach neuen Instrumenten gesucht wird, um zu bestimmen, welches Verhalten die Strafbarkeitsschwelle nicht überschreitet. Letztlich sollen das Verständnis der vorsatzlosen Tat neu durchdacht und neue Denkweisen entwickelt werden.

32. Doktrin

Dazu ist es notwendig, die Arbeiten der schweizerischen und französischen Doktrin vergleichend zu reflektieren, um zu sehen, ob die Autoren nicht bereits Theorien vorgeschlagen haben, die in den Rahmen dieses neuen Ansatzes passen. Daher soll zunächst die Existenz von Theorien zur zulässigen vorsatzlosen Tat geprüft werden (Titel 1) und dann analysiert werden, wie diese sich begegnen können: die Theorie des erlaubten Risikos kann einen bedeutenden Beitrag zur Bestimmung des unvermeidlichen Versehens leisten (Titel 2).

Titel 1 Theorien zur zulässigen vorsatzlosen Tat: die Anerkennung eines bestimmten Risikos

33. Theorien

Im Folgenden wird zunächst die Theorie des erlaubten Risikos im Schweizer Recht erläutert (Kapitel 1) und dann die Theorie des unvermeidlichen Versehens im französischen Recht (Kapitel 2).

Kapitel 1 Die ausdrückliche Anerkennung eines Risikos in der Theorie des erlaubten Risikos im Schweizer Recht

34. Darstellung des erlaubten Risikos

Die Rechtsfigur des erlaubten Risikos ist eine rechtsdogmatische Konstruktion, um bestimmte Verhaltensweisen aus der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit zu nehmen. Ihr historischer Ausgangspunkt ist schwer zu bestimmen²⁶⁹⁸. Nach allgemeiner Meinung ist die Rechtsfigur jedoch ein Kind des Industriezeitalters. Es zeigt die Notwendigkeit für das Strafrecht, das Paradoxon zu berücksichtigen, wonach die Zunahme des Ausmaßes eines Risikos im konkreten Fall zu einer grösseren Sicherheit für den Einzelnen

²⁶⁹⁸ K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. IV, Felix Meiner Verlag, 1919, S. 436.

führen könnte²⁶⁹⁹. Der Grundsatz des erlaubten Risikos wird von der Lehre weitgehend akzeptiert und summarisch durch die Rechtsprechung anerkannt²⁷⁰⁰.

Die Figur des erlaubten Risikos zielt darauf ab, die strafrechtliche Verantwortlichkeit derjenigen zu umreißen und zu begrenzen, die während einer Aktivität, die zu einem (nach vorherrschender gesellschaftlicher Ansicht) nützlichen Tätigkeitskomplex gehört, ein Risiko schaffen²⁷⁰¹. Ist demnach die Verwirklichung eines Risikos bei bestimmten Tätigkeiten statistisch unvermeidbar, wird ein gewisses Risiko von der Strafrechtsordnung toleriert, solange dieses gewissenhaft auf einen Restanteil reduziert wurde²⁷⁰².

Das erlaubte Risiko bietet einen flexiblen Rahmen, mit dem möglich wird, dass das Recht mit den gesellschaftlichen Entwicklungen und dem technischen Fortschritt Schritt halten. Das erlaubte Risiko ermöglicht dem Strafrecht eine Anpassung an die sich wandelnden Risiken in der Gesellschaft auf sozialadäquate Weise²⁷⁰³. Gleichzeitig stellt die Figur des erlaubten Risikos sicher, dass Strafen nur als *ultima ratio* verhängt werden²⁷⁰⁴, damit die verfassungsrechtlich garantierte Betätigungsfreiheit auch bei riskanten Handlungen gewahrt bleibt²⁷⁰⁵.

Die Stellung des erlaubten Risikos im Aufbau der Strafbarkeitsprüfung muss jedoch geklärt werden

35. Erlaubtes Risiko in der Strafbarkeitsprüfung

Obwohl sich das erlaubte Risiko als neuer Mechanismus der Straffreistellung im Schweizer Recht etabliert hat, ist es noch nicht gelungen, es in der Struktur der Strafbarkeitsprüfung klar zu verankern²⁷⁰⁶. Indem die Analyse der Fahrlässigkeit vollständig auf die Ebene der Tatbestandmässigkeit verlagert wurde, haben die letzten Entwicklungen in der finalen Handlungslehre dazu geführt, dass sich allmählich ein Quasi-Konsens in der Lehre herausgebildet hat, dass das erlaubte Risiko allgemein als Ursache für den Ausschluss von der Tatbestandmässigkeit angesehen wird²⁷⁰⁷.

Innerhalb der Tatbestandmässigkeit besteht noch eine gewisse Unklarheit darüber, ob das zulässige Risiko mit der Sorgfaltspflicht gleichgesetzt werden sollte, die dann

²⁶⁹⁹ C. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, Bd. 22, Juristische Abhandlungen, 1993, S. 303 f.

²⁷⁰⁰ *Ibid.*, S. 267. Siehe insbesondere: BGE 135 IV 56 et BGE 135 IV 64; BGE 134 IV 262; BGE 127 IV 65 et BGE 130 IV 10.

²⁷⁰¹ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, Dissertation, Zürich, 1962, S. 51.

²⁷⁰² N. ZURKINDEN, «Strafrecht und selbstfahrende Autos – ein Beitrag zum erlaubten Risiko», *recht*, 2016, Bd. 3, S. 147.

²⁷⁰³ H. WELZEL, «Studien zum System des Strafrechts», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1939, Bd. 58, S. 10.

²⁷⁰⁴ PH. GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, *op. cit.*, S. 52.

²⁷⁰⁵ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, S. 192.

²⁷⁰⁶ C. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, Bd. 22, *op. cit.*, S. 275.

²⁷⁰⁷ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, S. 235.

durch die Aufnahme eines neuen Parameters ergänzt würde²⁷⁰⁸ oder ob das erlaubte Risiko als ein formales Konzept zu betrachten ist, das die Sorgfaltpflicht einschliesst²⁷⁰⁹. Diese Frage scheint offengelassen werden zu müssen und ist in jedem Fall nur ein Zeichen für den sehr engen Zusammenhang zwischen erlaubtem Risiko und Sorgfaltpflicht.

Sicher ist, dass die Theorie des erlaubten Risikos eine Erneuerung des klassischen Ansatzes der Festlegung der Sorgfaltpflicht ermöglicht. Damit wird eine Methode vorgeschlagen, um in komplexen Situationen eine angemessene juristische Bewertung vorzunehmen, indem Konzepte oder Grundsätze in der Verbindung mit der Sorgfaltpflicht – insbesondere der sozialen Angemessenheit – miteinander verknüpft werden, die für die Behandlung derartiger Fälle wesentlich sind. Nach den Worten von REHBERG sind «zweifellos (...) gerade ihr die Ansatzpunkte zu verdanken, aus denen heraus sich eine neue Fahrlässigkeitsdogmatik entwickelt hat»²⁷¹⁰.

Kapitel 2 Die implizite Übernahme eines Risikos in der Theorie der unvermeidlichen Versehen im französischen Recht

36. Darstellung des unvermeidlichen Versehens

Die Theorie des unvermeidlichen Versehens im französischen Recht ist nicht so ausdifferenziert wie die Theorie des erlaubten Risikos im Schweizer Recht, obwohl beide in ihren Rechtsordnungen eine funktional-äquivalente Aufgabe übernehmen. Auch die Theorie des unvermeidlichen Versehens entstand im Zusammenhang mit der zunehmenden Komplexität der Tätigkeiten und dem Auftreten neuer Risiken im Zusammenhang mit der Industrialisierung. Diese Theorie geht davon aus, dass da Irren menschlich ist – es immer möglich ist, trotz Einhaltung der Sorgfaltpflicht anderen Schaden zuzufügen, ohne dass der Täter immer strafrechtlich belangt werden kann. In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts wurde die Theorie von einem belgischen Juristen in der strafrechtlichen Doktrin formalisiert²⁷¹¹, bevor sie in der französischen Doktrin aufgegriffen wurde, wenn auch hauptsächlich im Bereich der Medizin²⁷¹². Die Theorie kann jedoch ohne weiteres auf andere Bereiche ausgedehnt werden, da

²⁷⁰⁸ K. ENGISCH, «Der Unrechtstatbestand im Strafrecht», in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben*, Bd. 1, Karlsruhe, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1960, S. 417.

²⁷⁰⁹ W. PREUß, *Untersuchung zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Dissertation, Berlin, 1974, S. 225.

²⁷¹⁰ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, S. 139.

²⁷¹¹ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, Vaillant-Carmanne, 1959.

²⁷¹² Insbesondere J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, Dissertation, Paris, 1973; C. GRAPIN, *La responsabilité chirurgicale*, Sauramps Médical, 2000.

der Begriff des unvermeidlichen Versehens weit genug gefasst ist, um ganz verschiedene Situationen zu erfassen.

Die Theorie des unvermeidlichen Versehens beruht auf dem Grundsatz, dass die Gesellschaft den Einzelnen, wenn sie ihn in gefährliche und komplexe Tätigkeiten einbindet aus denen sie einen Nutzen zieht, nicht sanktionieren kann, wenn ihm ein unvermeidliches Versehen unterläuft²⁷¹³. Da der Mensch von Natur aus fehlbar ist, unterliegt er zwangsläufig bestimmten unüberwindbaren Irrtümern, die er trotz seiner Bemühungen nicht verhindern kann²⁷¹⁴. Dabei handelt es sich um statistisch unvermeidliches Versagen, das im Rahmen einer risikoreichen Tätigkeit trotz vorsichtiger und sorgfältiger Ausführung geschehen kann.²⁷¹⁵

Die Theorie des unvermeidlichen Versehens wurde von einigen Autoren entwickelt, um eine als inadäquat angesehene Strafverfolgung zu beschränken, die infolge der früheren Gleichsetzung strafrechtlicher und zivilrechtlicher Fehler (*faute*) oft vorsatzloses schädigendes Handeln auch gleich bestrafte²⁷¹⁶. Begründet wird die Ansicht, dass wenn ein unvermeidliches Versehen vorliegt kein Fahrlässigkeitsdelikt vorliege durch zwei Grundsätze: erstens durch den Schuldgrundsatz (*principe de culpabilité*), der verlangt, dass das Verhalten eines Täters eine echte und vorwerfbare Gleichgültigkeit gegenüber der Unversehrtheit anderer zeigt²⁷¹⁷; zweitens durch den Grundsatz der Angemessenheit der Strafbarkeit mit der Reaktion der sozialen Gruppe, der der Täter angehört. Dieser ist eine notwendige Voraussetzung, damit die strafrechtliche Verurteilung von der Allgemeinheit akzeptiert wird und sie positiv auf ihre Praxis auswirkt²⁷¹⁸. Diese Theorie zielt darauf ab, einen realistischen Ansatz für die Strafbarkeit der vorsatzlosen Tat zu wählen, sodass die strafrechtliche Verurteilung wieder ihr volles Ansehen erlangt.

Das unvermeidliche Versehen muss nun in die derzeitige Struktur des Unvorsichtigkeitsdelikt eingeordnet werden.

37. Unvermeidliche Versehen in der Strafbarkeitsprüfung

Ein unvermeidliches Versehen stellt einen Grund für den Ausschluss der strafrechtlichen Haftung für unvorsätzliche Straftaten dar. Dieser Ausschlussgrund ist zu unterscheiden vom Zurechnungsausschluss, weil eine Person zum Zeitpunkt der Handlung aufgrund psychischer oder neuropsychologischer Störungen oder Zwang nicht einsichts- oder willensfähig war²⁷¹⁹. Bei einem unvermeidlichen Versehen hingegen hat

²⁷¹³ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., S. 77.

²⁷¹⁴ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., S. 136 f.

²⁷¹⁵ C. GRAPIN, *La responsabilité chirurgicale*, op. cit., S. 596.

²⁷¹⁶ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op. cit., S. 144.

²⁷¹⁷ *Ibid.*, S. 233.

²⁷¹⁸ Y. HANNEQUART, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, op. cit., S. 64.

²⁷¹⁹ M.- L. RASSAT, «Art. 122-1 et 122-2, Troubles psychique ou neuropsychique. Contrainte», *JurisClasseur Pénal code*, LexisNexis, 2020.

die Person ihren freien Willen in vollem Umfang ausgeübt, indem sie alle zumutbaren Vorkehrungen zur Durchführung der Tätigkeit getroffen hat, die sich jedoch als unzureichend erwiesen haben, um den Schaden zu vermeiden. Das Verhalten kann der fraglichen Person zugerechnet, aber nicht strafrechtlich vorgeworfen werden, da sie die erforderliche Sorgfalt angewendet hat. Das unvermeidliche Versehen ist ein Grund für den Ausschluss der strafrechtlichen Fehler bei vorsatzlosen Taten.

Es kann davon ausgegangen werden, dass das Verhältnis zwischen unvermeidlichem Versehen und nicht vorsätzlichem Fehler durch die Reformen von 1996 und 2000 weitgehend geklärt worden ist. Mit dem Gesetz vom 13. Mai 1996 hat der Gesetzgeber das Kriterium der normalen Sorgfaltspflicht eingeführt (Artikel 121-3 des französischen Strafgesetzbuches), das es ermöglicht, zwischen einem Fehler und einem blossen Versehen zu unterscheiden²⁷²⁰. Auch wenn dieses Kriterium Anlass zu einigen Zweifeln darüber gab, ob es rechtfertigend oder konstitutiv ist²⁷²¹, scheint der Verweis auf die normale Sorgfaltspflicht nun eindeutig ein konstitutives Element der Definition der vorsatzlosen Straftaten zu sein²⁷²². Die Tatsache, dass es sich um ein Versehen handelt, verhindert die Charakterisierung derartiger Straftaten und begründet somit die Idee, dass nicht jedes schädliche Verhalten notwendigerweise strafbar ist und dass es sich um ein blosses Versehen handeln kann.

Dieses Kriterium wurde jedoch sehr schnell durch das Gesetz vom 10. Juli 2000 an die Seite gedrängt. Das Gesetz von 2000 hat die Rechtslage grundlegend verändert, indem es den einfachen Fehler (*faute simple*) natürlicher Personen, die den Schaden indirekt verursacht haben, neutralisierte²⁷²³. Diese Reform änderte jedoch nichts an der Tragweite der Theorie des unvermeidlichen Versehens in Fällen direkter Verursachung, was die viel häufigere Fallkonstellation ist. Allerdings wurde die Tragweite der Theorie des unvermeidlichen Versehens für natürliche Personen, die indirekt für den Schaden verantwortlich sind, eingeschränkt, da nun ein qualifizierter Fehler (*faute qualifiée*) erforderlich ist, um sie zu verurteilen. Die Versehenstheorie kann bei dieser Hypothese dennoch von gewissem Nutzen sein, da das Bewusstsein, das einen qualifizierten Fehler (*faute qualifiée*) begründet, von den Strafgerichten im Allgemeinen breit bewertet wird. So kann diese Theorie vermeiden, dass einfache Versehen als qualifizierter Fehler gewertet werden.

²⁷²⁰ R. BERNARDINI und M. DALLOZ, *Droit criminel, Volume II – L’infraction et la responsabilité*, Larcier, 4. Auflage, 2021, S. 208, n° 456.

²⁷²¹ F. SOBO, *L’article 121-3 du Code pénal, op. cit.*, S. 262.

²⁷²² Y. MAYAUD, «De la portée non justificative des diligences normales», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1998, S. 328f.

²⁷²³ G. GIUDICELLI-DELAGE, «La sanction de l’imprudence», *La sanction du droit*, Angebote an P. COUVRAT, PUF, 2001, S. 526.

Die grosse Flexibilität der juristischen Kategorien lässt Strafrichtern einen grossen Spielraum bei der Bewertung der vorsatzlosen Tat, weil sie immer einen Weg finden können, den Beschuldigten zu verurteilen, wenn sie dies für sinnvoll erachten. Es ist daher notwendig, auf die eigentliche Grundlage der richterlichen Entscheidung zurückzukommen, indem man feststellt, welche Verhaltensweisen als vorwerfbar im Sinne des Strafrechts anzusehen sind. Aus diesem Grund hat die Theorie des unvermeidlichen Versehens weiterhin ihren Platz im geltenden Recht.

38. Rolle des unvermeidlichen Versehens heute

Wenn die Versehenstheorie im französischen Recht nicht so populär ist wie das erlaubte Risiko im schweizerischen Recht, liegt das wahrscheinlich daran, dass man sich bisher damit begnügt hat, auf die Sorgfaltspflicht in ihrem traditionellsten Sinne zu verweisen. Sie kann jedoch auch heute noch nützlich sein, da sie als Denkraum für die Neugestaltung der Parameter dienen kann, die die «normale Sorgfalt» gemäss Artikel 121-3 des französischen Strafgesetzbuches bestimmen, indem sie sich daran orientiert, was ein gutes Risikomanagement bei der Durchführung bestimmter nützlicher Tätigkeiten darstellt. Die Theorie des unvermeidlichen Versehens stellt sich für den französischen Rechtsvergleicher also als ein echtes Einfallstor dar, um den Gedanken des erlaubten Risikos in sein Rechtssystem einzuführen. Die zaghaften Entwicklungen in Bezug auf die Theorie des unvermeidlichen Versehens im französischen Recht können dann durch die Übernahme bestimmter Gedankenelemente aus der Theorie des erlaubten Risikos vervollständigt werden.

Titel 2 Die Begegnung der Theorien: der Beitrag der Theorie des erlaubten Risikos zur Bestimmung des unvermeidlichen Versehens

39. Umsetzung

Die Art und Weise, wie die Theorie des erlaubten Risikos einerseits und die Theorie des unvermeidlichen Versehens andererseits in der Praxis anzuwenden sind, ist noch nicht geklärt. Ziel dieses Teils der Dissertationsschrift ist es daher nicht, hier eine umfänglich durchdachte Methode für die Anwendung dieser Theorien auf alle möglichen Sachverhalte zu präsentieren. Vielmehr soll eine Umsetzung nur insoweit skizziert werden, dass die Strafrechtspraxis und Strafrechtswissenschaft Reflexionselemente erhält, an denen sie sich orientieren können. Zunächst wird das erlaubte Risiko (Kapitel 1) und dann das unvermeidliche Versehen (Kapitel 2) beleuchtet.

Kapitel 1 Die Bestimmung des erlaubten Risikos

40. Rechtsfigur des erlaubten Risikos als «Sanktionentrichter»

Wie bereits erläutert soll die Rechtsfigur des erlaubten Risikos die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit dort einschränken, wo Personen ein gesellschaftlich gebilligtes Risiko eingehen und sich an die formulierten Sorgfaltspflichten halten. Die Bestimmung des erlaubten Risikos kann in mehrere Stufen unterteilt werden, die einer Trichterlogik folgen: die Bedingungen jeder Stufe müssen erfüllt sein, um zur nächsten Stufe überzugehen; andernfalls kann das Risiko im Prinzip nicht zu einem erlaubten Risiko werden. Jede Stufe bildet somit einen Rahmen, der das erlaubte Risiko wie eine «Babuschka-Puppe» umschreibt. Innerhalb des ersten Rahmens wird der zweite Rahmen eingefügt, in den dann ein dritter Rahmen integriert wird. Letztlich ist es die in diesem letzten Rahmen verbleibende Fläche, die es ermöglicht, das Ausmass des erlaubten Risikos in einem Einzelfall zu bestimmen.

41. Normative Bestimmung des erlaubten Risikos

Die ersten beiden Stufen legen die normativen Grenzen des erlaubten Risikos wie folgt fest.

Damit im ersten Schritt das Vorliegen eines erlaubten Risikos bejaht werden kann, muss die Person innerhalb eines zulässigen Tätigkeitskomplexes handeln. Das Schweizer Recht kennt kein allgemeines Verbot gefährlicher Tätigkeiten. Somit sind alle Tätigkeitskomplexe grundsätzlich rechtmässig²⁷²⁴. Diese voraussetzungslose Gestattung präjudiziert jedoch nicht den Wert der Handlung oder die spätere Bestimmung der Sorgfalt²⁷²⁵. Der Hauptvorteil dieses doktrinären Grundsatzes der voraussetzungslosen Gestattung besteht darin, dass keine ausserstrafrechtlichen Normen herangezogen werden müssen, um die Erlaubnis für die Tätigkeit zu rechtfertigen. Der Gesetzgeber hat jedoch weiterhin die Möglichkeit, die Ausübung bestimmter Tätigkeitskomplexe einzuschränken, wenn er sie für zu gefährlich hält²⁷²⁶, indem er sie nur mit einer Verwaltungsbewilligung, d.h. entweder mit einer Polizeibewilligung oder einer Ausnahmegewilligung, zulässt²⁷²⁷. Diese Bewilligungen werden dann notwendig, um innerhalb des erlaubten Risikos zu bleiben.

Damit auf zweiter Stufe ein erlaubtes Risiko erfüllt ist, muss der Einzelne die für den Tätigkeitskomplex geltenden Verhaltensregeln beachten²⁷²⁸. Diese Regeln, unabhän-

²⁷²⁴ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, S. 212.

²⁷²⁵ *Ibid.*, S. 213.

²⁷²⁶ *Ibid.*, S. 214.

²⁷²⁷ N. ZURKINDEN, «Strafrecht und selbstfahrende Autos – ein Beitrag zum erlaubten Risiko», *op. cit.*, S. 149.

²⁷²⁸ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, Payot, Lausanne, 1987, S. 31.

gig davon, ob es sich um staatliche oder nichtstaatliche Vorschriften handelt, ermöglichen es, innerhalb jedes Tätigkeitskomplexes einen Bereich des erlaubten Risikos abzugrenzen. Zunächst bestimmen sich die Verhaltensregeln nach den durch Gesetz und Verordnung erlassenen Vorschriften, z.B. in den Bauvorschriften oder den Regelungen über gefährliche Produkte. Nur in Ermangelung solcher Regeln kann man auf ausserstaatliche Verhaltensvorschriften zurückgreifen. Letztere sind allgemeine und abstrakte Regeln, die in der jeweiligen Ordnung gesellschaftlich anerkannt sind, wie die Einhaltung der Regeln von Wissenschaft und Technik oder allgemeine Regeln zur Ausübung einer erlaubten Risikosportart²⁷²⁹. Diese Regeln werden von den Strafgerichten bei der Feststellung berücksichtigt, ob das Verhalten innerhalb des erlaubten Risikos geblieben ist. Die Anerkennung staatlicher Verhaltensregeln beruht auf dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung, wonach das, was in einem Rechtsgebiet geregelt ist, notwendigerweise auch im Strafrecht wirkt²⁷³⁰. Die Anerkennung ausserstaatlicher Verhaltensregeln im Strafrecht ergibt sich aus dem Bedürfnis nach Kohärenz zwischen der staatlichen Rechtsordnung und den verschiedenen autonomen sozialen Rechtsordnungen, wie etwa der den Ausübungsregeln einer Risikosportart oder der Regeln einer medizinischen Behandlung²⁷³¹. In beiden Fällen tragen die Verhaltensregeln dazu bei, das Risiko ex ante zu begrenzen, indem sie die während der Massnahme zu beachtende Vorsicht normieren. Sie geben dem Verhaltensmuster, das bei der Ausübung einer gefährlichen Tätigkeit erforderlich ist, Vorhersehbarkeit.

Auf Grundlage der Verhaltensregeln lassen sich dann abstrakt die Grenzen des durchschnittlich geforderten Verhaltens angeben. Da der Einzelfall jedoch selten dem Durchschnittsfall entspricht, misst die Lehre der Einhaltung der Verhaltensregeln nur einen indiziellen Wert bei. Daher kann es der Person gestattet sein, wenn es die Umstände erfordern, ausnahmsweise gegen eine Verhaltensregel zu verstossen, um den Eintritt eines Schadens zu vermeiden. In anderen Situationen hingegen kann der Person vorgeworfen werden, dass sie nicht mehr Vorsichtsmassnahmen getroffen hat, als die Verhaltensregeln vorschreiben. Aus diesem Grund bleibt den Strafgerichten bei der Bestimmung des erlaubten Risikos ein gewisser Ermessensspielraum, der im dritten Rahmen des erlaubten Risikos präzisiert werden muss.

42. Gerichtliche Bestimmung des erlaubten Risikos

In der dritten Stufe der Überlegung bestimmen die Strafgerichte endgültig die Grenze des erlaubten Risikos. Dazu müssen sie zunächst prüfen, ob im betreffenden Fall tatsächlich nur ein generelles Risiko für die betreffende Person bestand. Im Falle von mehreren handelnden Personen kommt der Vertrauensgrundsatz ins Spiel, der besagt,

²⁷²⁹ *Ibid.*, S. 34.

²⁷³⁰ N. ZURKINDEN, «Crash beim Testbetrieb selbstfahrender Fahrzeuge», *Jusletter IT*, 2016, Rz 19.

²⁷³¹ R. ROTH, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, *op. cit.*, S. 107.

dass eine Person grundsätzlich die Unvorsichtigkeit anderer nicht voraussehen muss, ausser es liegen besondere Umstände vor²⁷³². In den anderen Fällen wird das generelle Risiko einfach durch den Ausschluss von Sonderrisiken bestimmt, d.h. von Risiken, für die ein Sonderwissen bestand, das es ermöglichte, ihre konkrete Verwirklichung in der Situation vorherzusehen²⁷³³. Es darf also nur das generelle (und in diesem Umfang sozial akzeptierte) Risiko verbleiben, das mit der getroffenen Tätigkeit untrennbar verbunden ist.

Das Gericht muss sich dann vergewissern, dass dieses generelle Risiko so weit wie vernünftigerweise möglich reduziert wurde, damit die betroffenen Rechtsgüter so gut wie möglich geschützt sind²⁷³⁴. Auf diese Weise kann der Richter prüfen, ob die Person durch geeignete Gegenvorkehrungen das Risiko eingedämmt hat, ob sie eine ausreichende Kontrolle über die eingesetzten Mittel behalten hat oder ob sie Rechtsgüter dem Wirkungsbereich ihrer Tätigkeit so weitgehend wie möglich entzogen hat²⁷³⁵. Aber selbst wenn man es auf seinen Restanteil reduziert, kann das Generalrisiko in manchen Situationen immer noch sehr hoch sein²⁷³⁶.

Aus diesem Grund muss der Richter den Wert des Generalrisikos abschliessend bewerten, indem er eine «Nutzen-Risiko» Abwägung durchführt, um zu wissen, ob es erlaubt werden kann. Im konkreten Fall stellt das Strafgericht fest, ob der soziale Nutzen der Tätigkeit das Generalrisiko, das die Tätigkeit für die betroffenen Rechtsgüter darstellt, deutlich überwiegt²⁷³⁷. Insbesondere wird der Nutzen mit dem befürchteten Risiko verglichen. Bei dieser Analyse kann man bejahen, dass die Schwelle für ein erlaubtes Generalrisiko umso höher ist, je grösser der Nutzen der Tätigkeit ist, und andersherum. Dabei handelt es sich um einen globalen Abwägungsprozess, der es dem Richter ermöglicht, eine detaillierte Bewertung der Handlung vorzunehmen. Wenn die Abwägung günstig ausfällt, kann der Richter die strafrechtliche Haftung des Täters ausschliessen, indem er das Bestehen eines erlaubten Risikos anerkennt.

²⁷³² G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I – die Straftat*, *op. cit.*, S. 510.

²⁷³³ N. ZURKINDEN, «Strafrecht und selbstfahrende Autos – ein Beitrag zum erlaubten Risiko», *op. cit.*, S. 154.

²⁷³⁴ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, S. 29.

²⁷³⁵ *Ibid.*, S. 197.

²⁷³⁶ C. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, Bd. 22, *op. cit.*, S. 289.

²⁷³⁷ J. REHBERG, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, *op. cit.*, S. 232.

Kapitel 2 Die Neubestimmung der Bedeutung des unvermeidlichen Versehens für die Strafbarkeitsschwelle der vorsatzlosen Tat

43. Angewendete Methode

Im französischen Recht haben sich die Versehenslehren nicht so stark entwickelt, wie die des erlaubten Risikos im schweizerischen Recht, so dass es in der Praxis nicht immer offensichtlich ist, was ein unvermeidliches Versehen darstellt. Im Allgemeinen bezieht sich die Lehre lediglich auf den traditionellen Begriff der Sorgfalt, ohne dessen Tragweite und Umsetzung im Hinblick auf das Risikomanagement wirklich in Frage zu stellen. Ziel dieses Kapitels ist es daher, diese spärlichen Entwicklungen im Lichte der Überlegungen des Schweizer Rechts für das französische Recht passend zu ergänzen. Dazu wird, wie in der Einleitung erläutert, die Idee des erlaubten Risikos in den Baum des unvermeidlichen Versehens des französischen Rechts implantiert, um es zu ergänzen und zu verbessern. Der Rechtsvergleicher kann dann auf der Grundlage seines eigenen Rechts und der schweizerischen Erkenntnisse die Bestimmung des unvermeidlichen Versehens neu überdenken, indem er einen neuen Begriff der Sorgfalt im französischen Recht vorschlägt.

44. Aufwendung der «normalen Sorgfalt», um ein Versehen zu erkennen

Wie kann der Gesetzgeber das Erfordernis der «*normalen Sorgfalt*»²⁷³⁸ festschreiben, wie ist dies in einem konkreten Fall insbesondere im Zusammenhang mit einer risikoreichen Tätigkeit auszulegen?²⁷³⁹ Im Folgenden wird versucht, die Bedeutung des Begriffs einer «*normalen Sorgfalt*» zu klären.

Zu Beginn der Überlegungen scheint das Adjektiv «*normal*» besonders aufschlussreich zu sein. Es ist ein mehrdeutiger Begriff, der auf zwei verschiedene Arten verstanden werden kann. Zum einen bezieht sich der Begriff auf die Norm als einzuhaltende Verhaltensregel und zum anderen auf das, was «massvoll, durchschnittlich, vernünftig ist, im Gegensatz zu dem, was übertrieben [oder unvernünftig] ist»²⁷⁴⁰. Diese beiden Bedeutungen werden die folgende Analyse leiten, die in zwei Phasen unterteilt ist, die ähnlich sind, wie diejenigen des erlaubten Risikos im Schweizer Recht.

45. Umgang mit dem Risiko unter Beachtung der Normen

Um festzustellen, ob eine Person ein «normales» Risikomanagement betrieben hat, müssen sich die Strafgerichte in der ersten Etappe vergewissern, dass eine Person die für ihren Tätigkeitskomplex geltenden Sicherheitsnormen, d.h. die verbindlichen allgemeinen und abstrakten Regeln, beachtet hat²⁷⁴¹. Dadurch wird der Rahmen der erforderlichen Sorgfalt festgelegt.

²⁷³⁸ Art. 121-3 fStGB: «*diligences normales*».

²⁷³⁹ F. SOBO, *L'article 121-3 du Code pénal*, op. cit., S. 258.

²⁷⁴⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 13. Auflage, 2020, Stichwort «*normal*».

²⁷⁴¹ *Ibid.*

Dazu werden die Strafgerichte in erster Linie auf Gesetzes- oder Verwaltungsvorschriften zurückgreifen, die formell verbindlich sind. Neben Gesetzen und Verwaltungsvorschriften fallen auch viele Regeln in diese Kategorie, wie z.B. die Spielregeln des Sports²⁷⁴² oder bestimmte Regeln für Verwaltungserlaubnisse²⁷⁴³. Gemäss Artikel 121-3 des französischen Strafgesetzbuches kann die Verletzung dieser Normen entweder als wissentlicher Fehler (*faute délibérée*) geahndet werden, wenn es sich um einen bewussten Verstoss handelt – der direkte oder indirekte Charakter des Kausalzusammenhangs ist dann irrelevant – oder als einfacher Fehler (*faute simple*), wenn es sich um einen unbewussten Verstoss handelt – dann muss ein direkter Kausalzusammenhang nachgewiesen werden. Um einen einfachen Fehler (*faute simple*) festzustellen, muss nachgewiesen werden, dass es einer sorgfältigen Person unter den gegebenen Umständen gelungen wäre, die verletzte Regel zu beachten. Umgekehrt ist die Einhaltung dieser Vorschriften ein Indiz für ein gutes Risikomanagement durch die handelnde Person. Mit Ausnahme der Spielregeln für die Ausübung von Risikosportarten dürfte sich dieses Indiz jedoch als unzureichend erweisen²⁷⁴⁴.

Die Strafgerichte werden sich dann auf die Kunstregeln berufen, die ihre Verbindlichkeit aus der Autorität ableiten, die ihnen im beruflichen Umfeld zukommt. Sie gelten als besondere Regeln der faktischen Praxis, die nicht mit einer alten Gewohnheit oder mit einer je nach Praktiker unterschiedlichen Meinungspraxis zu verwechseln sind²⁷⁴⁵. Um als Kunstregel zu gelten, muss die Regel aktuell sein und unter den Fachleuten die *opinio necessitatis* geniessen, unabhängig von der Quelle, aus der sie hervorgeht. Ein Verstoss gegen die Kunstregeln wird prinzipiell als Fehler gewertet. In den meisten Fällen ist der Verstoss die direkte Ursache für den Schaden; ein einfacher Fehler (*faute simple*) reicht dann aus, um verurteilt zu werden. Im Falle einer indirekten Verursachung werden die Richter jedoch keine Schwierigkeiten haben, das Vorliegen charakterisierter Fehler festzustellen, indem sie entweder auf die beruflichen Fähigkeiten der Fachperson oder auf die mögliche Häufung der begangenen Verstösse abstellen. Der Grundsatz ist jedoch eingeschränkt, wenn besondere Umstände vorliegen oder mehrere Verhaltensregeln gelten. Die Einhaltung dieser Vorschriften ist im Gegenteil ein deutliches Indiz für die Sorgfalt des Täters beim Management des mit seiner Tätigkeit verbundenen Risikos. In einigen Fällen wird er jedoch über die in diesen Regeln geforderte Sorgfalt hinausgehen müssen.

In jedem Fall regeln die Normen nicht alle Situationen, und selbst wenn eine Norm anwendbar ist, reicht ihre blosser Einhaltung nicht aus, um nachzuweisen, dass die nor-

²⁷⁴² G. SIMON, *Puissance sportive et ordre juridique étatique*, L.G.D.J, 1990, S. 233.

²⁷⁴³ F. ROUSSEAU, «Épilogue judiciaire de l'affaire AZF, suite et fin!», *La Semaine Juridique Edition Générale*, Nr 12, 2020.

²⁷⁴⁴ J.-P. VIAL, *Le risque pénal dans le sport*, Lamy, 2012, S. 81.

²⁷⁴⁵ A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, L.G.D.J, 1989, S. 95; J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale, op. cit.*, S. 57 f.

male, anwendbare Sorgfalt erfüllt wurde. Daher ist der normative Ansatz allein nicht in der Lage, das erwartete Verhalten festzulegen²⁷⁴⁶. Im Schadensfall muss der Richter weiter prüfen, ob der Täter das mit seiner Tätigkeit verbundene Risiko in angemessener Weise gesteuert hat, um das Vorliegen eines unvermeidlichen Versehens festzustellen.

46. Vernünftiger Umgang mit dem Risiko

Um festzustellen, ob die Person ein «normales» Risikomanagement betrieben hat, muss sich das Strafgericht in diesem zweiten Schritt vergewissern, dass die Person unter den gegebenen Umständen vernünftig, d.h. ohne Leichtsinn oder Übervorsichtigkeit, gehandelt hat.

Dazu muss ein Strafrichter zunächst prüfen, ob die Person nur ein generelles Risiko eingegangen ist. Wenn das Risiko auf das Handeln anderer zurückzuführen ist, stellt der Richter die Generalität des Risikos fest, indem er einen französischen Vertrauensgrundsatz anwendet, der sich aus dem persönlichen Charakter der strafrechtlichen Haftung ergibt²⁷⁴⁷. Liegen besondere Umstände vor, darf nicht auf die Rechtmässigkeit des Verhaltens anderer Personen vertraut werden. In allen Fällen kann der Strafrichter das Vorliegen eines allgemeinen Risikos nur feststellen, indem er sich vergewissert, dass die Person kein Sonderrisiko eingegangen ist, d.h. dass sie keine besonderen Kenntnisse vom Vorliegen eines spezifischen Risikos in ihrer Situation hatte oder hätte haben müssen. Wenn der Richter das Vorliegen eines Sonderrisikos entdeckt, kann er ein Fehler feststellen, der im Falle einer indirekten Kausalität sogar einen «charakterisierten Fehler» (*faute caractérisée*) sein kann. Andernfalls ist die Person nur ein Generalrisiko im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit eingegangen.

Der Strafrichter muss sich dann versichern, dass die Person dieses Generalrisiko in vernünftiger Weise vermindert hat, indem es auf ein Restrisiko verringert wurde. Dazu werden die gleichen Kriterien wie im schweizerischen Recht angewendet, nämlich die Analyse der durchgeführten Massnahmen zur Verringerung des Risikos. Um über das Vorliegen eines unvermeidlichen Versehens zu entscheiden, beurteilt der französische Richter das Verhalten der Person zum Zeitpunkt der Handlung. Dabei ist darauf zu achten, dass die Beurteilung nicht durch Rückschaufehler beeinflusst wird. Das Verhalten der Person muss nicht nur zum Zeitpunkt des Versagens bewertet werden, sondern über einen grösseren Zeitraum hinweg. Dies ist notwendig, um einen Gesamtüberblick über geleistete Sorgfalt zu erhalten.

Schliesslich muss der Richter das Restrisiko bewerten. Er muss im Sinne einer Proportionalitätslogik abwägen, ob im konkreten Fall der erwartete Nutzen der von der Person vorgenommenen Handlung das befürchtete Ergebnis tatsächlich überwiegt, und

²⁷⁴⁶ P.-Y. VERKINDT, *L'imprudence et la négligence collectives: essai sur les quasi-délits et sur le délit pénal d'imprudence dans les situations complexes*, Dissertation, Lille, 1988, S. 50.

²⁷⁴⁷ Art. 121-1 fStGB, der besagt: «nul n'est responsable pénalement que de son propre fait».

zwar sowohl unter dem Gesichtspunkt ihrer jeweiligen Bedeutung, ihres Umfangs und auch ihrer Wahrscheinlichkeiten. Nur wenn diese letzte Bedingung erfüllt ist, kann ein Strafgericht bei Verwirklichung des Risikos zu dem Schluss kommen, dass einer Person lediglich ein unvermeidliches Versehen unterlaufen und deshalb eine Strafbarkeit nicht angezeigt ist.

47. Fazit des zweiten Teils

In diesem zweiten Teil konnte ein neuer Ansatz der vorsatzlosen Tat entwickelt werden, der nicht mehr darauf abzielt, zu ermitteln, was unvorsichtig oder fahrlässig ist, sondern vielmehr das Verhalten zu bestimmen, das im Sinne des Strafrechts als zulässig angesehen wird und die Strafbarkeitsschwelle nicht überschreitet. Die zu diesem Ansatz gehörenden Theorien des zulässigen Risikos und des unvermeidlichen Versehens ermöglichen es, die vorsatzlosen Taten aus einem neuen Blickwinkel zu betrachten. Die erste Theorie ist jedoch in der Lehre weiterentwickelt als die zweite. Die Umsetzung der Überlegungen zur Anwendung des schweizerischen erlaubten Risikos im französischen Recht haben zu dessen Verbesserung geführt, sodass bessere, effizientere und präzisere Ergebnisse erzielt werden können. Dieser Ansatz bildet somit die Grundlage für neue Überlegungen mit dem Nutzen die Strafbarkeitsschwelle festzulegen.

Allgemeine Schlussfolgerungen

48.

Am Ende dieser Arbeit steht die Feststellung, dass ein rein traditioneller Ansatz bei vorsatzlosen Taten nicht ausreichend ist, sondern dass eine Kombination mit einem erneuerten Ansatz, der ein Risiko anerkennt, benötigt wird. Durch den in dieser Dissertationsschrift erarbeiteten Lösungsansatzes zur Strafbarkeitsschwelle kann das Strafrecht wieder auf seine eigentliche Aufgabe fokussiert werden, nämlich nur wirklich vorwerfbares Verhalten zu ahnden.

Der wissenschaftliche Fortschritt, der Wunsch nach Nutzung neuer Technologien und viele andere soziale formulierte Anforderungen haben unsere Gesellschaft zu einer Art Risikogesellschaft gemacht. Entsprechend darf eine liberale Gesellschaft unvermeidbare Risiken auch dann nicht ohne weiteres als Grund für eine Strafverfolgung nehmen, wenn Personen an Leib oder Leben geschädigt werden. Vielmehr muss ein gewisses Risiko als sozialadäquates Risiko, bzw. als allgemeines Lebensrisiko in Kauf genommen werden. Angesichts der Möglichkeit von Irrtümern bei der Ausübung einer Tätigkeit, und der damit verbundenen Gefahr, dass sich Risiken in Schäden realisieren, ist das Absehen von Strafverfolgung im bestimmten Fällen möglich. Es existiert allerdings auch ein Punkt, an dem die Häufung und Schwere von Risiken bei einem Schadenseintritt unweigerlich zu einer grösseren sozialen Störung führen

würden als die mit dem Risiko selbst verbundenen Schäden²⁷⁴⁸. Die grundlegende Schwierigkeit besteht also darin, das richtige Gleichgewicht zu finden. Es ist daher notwendig, eine «Vorsicht-Weisheit» anstelle einer «Vorsicht-Vorbeugung» anzustreben, ein Prinzip des Handelns zu akzeptieren, anstatt mit einem Prinzip der Untätigkeit zu resignieren²⁷⁴⁹.

²⁷⁴⁸ J. PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, *op. cit.*, S. 145.

²⁷⁴⁹ P.-Y. VERKINDT, *L'imprudence et la négligence collectives : essai sur les quasi-délits et sur le délit pénal d'imprudence dans les situations complexes*, *op. cit.*, S. 211.

La classification *SAE international*

Le risque engendré par l'intelligence artificielle augmente avec le degré d'autonomie du véhicule. La classification *SAE international* (*Society of Automotive Engineers*)²⁷⁵⁰ distingue six niveaux d'automatisation, allant de zéro à cinq.

Le niveau zéro correspond à la circulation automobile telle que nous la connaissons depuis l'enfance, avec un conducteur humain qui a en permanence le contrôle total sur l'ensemble des fonctions du véhicule et réalise la totalité des manœuvres.

Dans les niveaux un et deux, le système d'assistance à la conduite ne fait que décharger le conducteur de certaines tâches mais une direction humaine reste nécessaire²⁷⁵¹.

C'est seulement à partir du niveau trois qu'il est véritablement possible de parler d'autonomie du véhicule car c'est à partir de ce niveau que la surveillance de l'environnement de la conduite revient à l'intelligence artificielle. Ces véhicules « agissent de façon autonome, dans la mesure où ils analysent et interprètent de manière sensorielle leur environnement »²⁷⁵² et réagissent en fonction de cela. Durant les phases d'autono-

²⁷⁵⁰ SAE international, Automated driving; cette classification peut être consultée sur: <web.archive.org/web/20170903105244/https://www.sae.org/misc/pdfs/automated_driving.pdf>; pour des explications en français, voir également: <www.numerama.com/tech/212551-voiture-autonome-autopilote-assistance-a-la-conduite-quelles-differences.html> ou J. PERRIN, « Voitures autonomes: responsabilité, droit et éthique », *Des véhicules autonomes à l'intelligence artificielle*, sous la coordination de A. STROWEL et C. LAZARO, Larcier, 2020, p. 26 et s.

²⁷⁵¹ Au niveau 1 (assistance à la conduite), le conducteur bénéficie seulement d'une assistance dans certaines tâches de la conduite, telles que le maintien de la direction (direction assistée) ou de la vitesse (régulateur de vitesse). Au niveau 2 (autonomie partielle), le véhicule peut exécuter seul certaines tâches – comme l'accélération et la décélération – et même assurer la direction sur certains tronçons. Ce niveau d'automatisation est présent sur la plupart des véhicules hauts-de-gamme, comme ceux qui sont équipés d'un régulateur de vitesse adaptatif ou d'une option de maintien sur la voie ou encore ceux qui peuvent effectuer un créneau de manière autonome.

²⁷⁵² S. GLESS et T. WEIGEND, « Intelligente Agenten und das Strafrecht », *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, De Gruyter, vol. 126, 2014, N° 3, p. 563: « [Geöffnete und intelligente Systeme] handeln insofern autonom, als sie sensorisch ihre Umgebung analysieren und verarbeiten ».

mie, la personne à bord est plus un passager qu'un conducteur²⁷⁵³. Ainsi, au niveau trois (autonomie conditionnelle), la voiture autonome réalise seule de nombreuses tâches de la conduite, tout en attendant de l'utilisateur humain qu'il reprenne rapidement le volant lorsque le système le lui demande. L'autopilote capable de dépasser en toute autonomie entre dans cette catégorie.

Le niveau quatre (autonomie élevée) correspond au stade où le système de conduite est totalement autonome et peut dans certaines situations – sur autoroute par exemple – prendre en charge tous les aspects de la conduite: il n'a en principe plus besoin de se reposer sur le conducteur, même en cas de difficulté mais peut toutefois enjoindre le conducteur de reprendre la conduite en cas de besoin, en lui laissant un certain laps de temps. Les navettes autonomes circulant en circuit fermé en font partie.

Le cinquième et dernier niveau est atteint uniquement lorsque le système de conduite réalise de manière complètement autonome et en permanence tous les aspects de la conduite, sur toutes les routes et dans toutes les conditions météorologiques, de la même manière qu'un conducteur humain. Le système est alors capable de mettre le véhicule en situation de risque minimal²⁷⁵⁴. C'est à ce niveau que les véhicules correspondent véritablement à ce qu'on appelle les «*driverless cars*» (les voitures sans conducteur), à l'image de la *google car*.

²⁷⁵³ S. MAEDER et C. RIEDO, «Die Benutzung automatisierter Motorfahrzeuge aus strafrechtlicher Sicht», *Strassenverkehrsrechts-Tagung*, dirigé par T. PROBST et F. WERRO, Stämpfli, 2016, p. 91.

²⁷⁵⁴ N. ZURKINDEN, «Strafrecht und selbstfahrende Autos – ein Beitrag zum erlaubten Risiko», *recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, 2016, vol. 34-3, p. 144.

Table des abréviations

A. P.	Assemblée plénière
al.	alinéa
art.	article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral (voir explication de la numérotation dans la bibliographie)
Bull. inf. C. Cass.	bulletin d'information de la Cour de cassation
c.	contre
CA	Cour d'appel
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
chron.	chronique
civ.	civil
CO	Code des obligations (Suisse)
CPF	Code pénal français
CPS	Code pénal suisse
CR	Code de la route (France)
CSP	Code de la santé public (France)
CS	Code de la santé (France)
CT	Code du travail (France)
D.	Recueil Dalloz
Dr. Pén.	Droit pénal (revue)
ex.	exemple
G	général
Gaz. Pal.	Gazette du Palais

<i>Ibid.</i>	<i>ibidem</i>
ITT	incapacité totale de travail
JCP	La Semaine juridique
LCR	Loi fédérale sur la circulation routière
Litt.	littéral
LPA	Les Petites affiches
N°	numéro de la revue
n°	numéro du paragraphe, du pourvoi ou de la norme
OCR	Ordonnance sur les règles de la circulation routière
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	page
ph.	phrase
réf.	référence
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
s.	suivant
soc.	social
Trib. corr.	Tribunal correctionnel
vol.	volume

Principaux articles utilisés

Dans le Code pénal suisse

Article 12 du Code pénal suisse :

En langue française :

Al. 1: *«Sauf disposition expresse et contraire de la loi, est seul punissable l'auteur d'un crime ou d'un délit qui agit intentionnellement».*

Al. 2: *«Agit intentionnellement quiconque commet un crime ou un délit avec conscience et volonté. L'auteur agit déjà intentionnellement lorsqu'il tient pour possible la réalisation de l'infraction et l'accepte au cas où celle-ci se produirait».*

Al. 3: *«Agit par négligence quiconque, par une imprévoyance coupable, commet un crime ou un délit sans se rendre compte des conséquences de son acte ou sans en tenir compte. L'imprévoyance est coupable quand l'auteur n'a pas usé des précautions commandées par les circonstances et par sa situation personnelle».*

En langue allemande :

Al. 1: *«Bestimmt es das Gesetz nicht ausdrücklich anders, so ist nur strafbar, wer ein Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich begeht».*

Al. 2: *«Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt. Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt».*

Al. 3: *«Fahrlässig begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt. Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist».*

Article 117 du Code pénal suisse

En langue française :

«Celui qui, par négligence, aura causé la mort d'une personne sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire».

En langue allemande :

«Wer fahrlässig den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft».

Article 125 du Code pénal suisse

En langue française :

Al. 1: « *Celui qui, par négligence, aura fait subir à une personne une atteinte à l'intégrité corporelle ou à la santé sera, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire* ».

Al. 2: « *Si la lésion est grave le délinquant sera poursuivi d'office* ».

En langue allemande :

Al. 1: « *Wer fahrlässig einen Menschen am Körper oder an der Gesundheit schädigt, wird, auf Antrag, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft* ».

Al. 2: « *Ist die Schädigung schwer, so wird der Täter von Amtes wegen verfolgt* ».

Dans le Code pénal français

Article 121-3 du Code pénal français :

Al. 1: « *Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* ».

Al. 2: « *Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui* ».

Al. 3: « *Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait* ».

Al. 4: « *Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer* ».

Al. 5: « *Il n'y a point de contravention en cas de force majeure* ».

Article 221-6 du Code pénal français

Al. 1: «*Le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende*».

Al. 2: «*En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende*».

Article 222-19 du Code pénal français

Al. 1: «*Le fait de causer à autrui, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, une incapacité totale de travail pendant plus de trois mois est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende*».

Al. 2: «*En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à trois ans d'emprisonnement et à 45 000 euros d'amende*».

Article 222-20 du Code pénal français

«*Le fait de causer à autrui, par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, une incapacité totale de travail d'une durée inférieure ou égale à trois mois, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende*».

Article R. 625-2 du Code pénal français

«*Hors les cas prévus par les articles 222-20 et 222-20-1, le fait de causer à autrui, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, une incapacité totale de travail d'une durée inférieure ou égale à trois mois est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe*».

Article R. 625-2 du Code pénal français

Al. 1: «*Hors le cas prévu par l'article R. 625-3, le fait, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence*

imposée par la loi ou le règlement, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, de porter atteinte à l'intégrité d'autrui sans qu'il en résulte d'incapacité totale de travail est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 2^e classe».

Article R. 625-3 du Code pénal français

«Le fait, par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement, de porter atteinte à l'intégrité d'autrui sans qu'il en résulte d'incapacité totale de travail est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5e classe».

Lexique des traductions principales

Adéquation sociale (l')	<i>Sozialadäquanz (die)</i>
Agent de bord (l')	<i>Begleitperson (die)</i>
Autorisation administrative (l')	<i>Bewilligung (die)</i>
Autorisation de police (l')	<i>Polizeibewilligung (die)</i>
Autorisation exceptionnelle (l')	<i>Ausnahmebewilligung (die)</i>
Autorisation inconditionnelle (l')	<i>voraussetzungslose Gestattung (die)</i>
Bien juridique (le)	<i>Rechtsgut (das)</i>
Borne d'îlot (la)	<i>Inselpfosten (der)</i>
Capacité d'action (la)	<i>Leistungsfähigkeit (die)</i>
Caractère accessoire des règles de conduite (le)	<i>Verwaltungsrechtsakzessorietät (die)</i>
Causalité hypothétique (la)	<i>hypothetische Kausalität (die)</i>
Causalité naturelle (la)	<i>natürliche Kausalität (die)</i>
Causalité réelle (la)	<i>wirkliche Kausalität (die)</i>
Commission par omission (la)	<i>Begehung durch Unterlassung (die)</i>
Contraire au devoir (litt.), coupable (art. 12 CPS)	<i>pflichtwidrig</i>
Contrôle final (le)	<i>Finalsteuerung (die)</i>
Coupable	<i>schuldig</i>
Cour d'appel (la)	<i>Berufungsgericht (das)</i>
Culpabilité (la)	<i>Schuld (die)</i>
Détenteur de l'autorisation (le)	<i>Bewilligungsinhaber (der)</i>
Devoir de diligence (le)	<i>Sorgfaltspflicht (die)</i>
Directive (la)	<i>Richtlinie (die)</i>
Disposition justificatrice (la)	<i>Rechtfertigungstatbestand (der)</i>
Dol éventuel (le)	<i>Eventualvorsatz (der)</i>
Droit pénal accessoire (le)	<i>Nebenstrafrecht (das)</i>
Énoncé de fait légal (l') ou type (le)	<i>Tatbestand (der)</i>
Évitabilité (l')	<i>Vermeidbarkeit (die)</i>

Fait justificatif (le)	<i>Rechtfertigungsgrund (der)</i>
Faute par acceptation (la)	<i>Übernahmeverschulden (das)</i>
Figure juridique du risque autorisé (la)	<i>Rechtsfigur des erlaubten Risikos (die)</i>
Homme archétypal (l')	<i>Mustermensch (der)</i>
Illicéité (l')	<i>Rechtswidrigkeit (die)</i>
Imprévoyance (l') ou imprudence (l')	<i>Unvorsichtigkeit (die)</i>
Imputabilité subjective (l')	<i>subjektive Zurechenbarkeit (die)</i>
Indulgent aux erreurs	<i>fehlerfreundlich</i>
Ingérence dormante (l')	<i>schlafende Ingerenz (die)</i>
Injuste (l')	<i>Unrecht (das)</i>
Liberté d'action (la)	<i>Betätigungsfreiheit (die)</i>
Mise en balance bénéfice-risque (la)	<i>Nutzen-Risiko-Abwägung (die)</i>
Négligence (la)	<i>Fahrlässigkeit (die)</i>
Négligence consciente (la)	<i>bewusste Fahrlässigkeit (die)</i>
Négligence inconsciente (la)	<i>unbewusste Fahrlässigkeit (die)</i>
Notion formelle (la)	<i>Formalbegriff (der)</i>
Notion-cadre (la)	<i>Oberbegriff (der)</i>
Obligation d'agir (l')	<i>Handlungspflicht (die)</i>
Obligation d'observation (l')	<i>Beobachtungspflicht (die)</i>
Obligation de protection (l')	<i>Obhuts- ou Schutzpflicht (die)</i>
Obligation de surveillance (l')	<i>Sicherungs- ou Überwachungs- pflicht (die)</i>
Obligation juridique (l')	<i>Rechtspflicht (die)</i>
Omission improprement dite (l')	<i>unechte Unterlassung (die)</i>
Omission proprement dite (l')	<i>echte Unterlassung (die)</i>
Position de garant (la)	<i>Garantenstellung (die)</i>
Prévisibilité (la)	<i>Voraussehbarkeit (die)</i>
Principe d'ingérence (le)	<i>Ingerenzprinzip (der)</i>
Principe de confiance (le)	<i>Vertrauensgrundsatz (der)</i>
Règle de comportement pré-pénale (la)	<i>vorstrafrechtliche Verhaltensregel (die)</i>
Règle de conduite (la) (non litt., cf. n° 372)	<i>Verwaltungsrecht (das)</i>
Règle de l'art (la)	<i>Kunstregel (die)</i>
Répartition des risques (la)	<i>Risikoverteilung (die)</i>
Réprobation (la)	<i>Missbilligung (die)</i>
Reproche (le)	<i>Vorwurf (der)</i>
Responsabilité pour l'acte (la)	<i>Tatverantwortung (die)</i>
Risque du métier (le)	<i>Berufsrisiko (das)</i>
Risque résiduel (le)	<i>Restrisiko (das)</i>
Sphère d'activité (la)	<i>Tätigkeitskomplex (der)</i>

Sphère d'influence des moyens (la)	<i>Wirkungsbereich der Handlungsmittel (der)</i>
Sujet particulièrement qualifié (le)	<i>Besserwisser (der)</i>
Théorie causaliste de l'action (la)	<i>kausale Handlungslehre (die)</i>
Théorie de l'action (la)	<i>Handlungslehre (die)</i>
Théorie de l'augmentation du risque (la)	<i>Risikoerhöhungstheorie (die)</i>
Théorie de l'équivalence des conditions (la)	<i>Bedingungs- oder Äquivalenztheorie (die)</i>
Théorie de la pondération ou du centre de gravité (la)	<i>Schwerpunkttheorie (die)</i>
Théorie de la probabilité ou de la vraisemblance (la)	<i>Wahrscheinlichkeitstheorie (die)</i>
Théorie de la subsidiarité (la)	<i>Subsidiaritätstheorie (die)</i>
Théorie finaliste de l'action (la)	<i>finale Handlungslehre (die)</i>
Type ouvert (le)	<i>offene Tatbestand (der)</i>
Typicité (la)	<i>Tatbestandmässigkeit (die)</i>
Typique	tatbestandsmässig
Utilisateur (l') (dans contexte des voitures autonomes)	<i>Begleitperson (die)</i>
Valeur négative du comportement (la)	<i>Handlungsunwert (der)</i>
Valeur négative du résultat (la)	<i>Erfolgswert (der)</i>
Valeur positive du comportement (la)	<i>Handlungswert (der)</i>
Valeur positive du résultat (la)	<i>Erfolgswert (der)</i>
Violation des règles de l'art (la) (domaine médical)	<i>Behandlungsfehler (der)</i>

Bibliographie

Sommaire

	Page
I Ouvrages généraux et manuels	540
A Pour l'étude du droit suisse	540
B Pour l'étude du droit français	541
II Ouvrages spéciaux, thèses et monographies	544
A Pour l'étude du droit suisse	544
B Pour l'étude du droit français	545
III Contributions dans des ouvrages collectifs ou mélanges et actes de colloques	550
A Pour l'étude du droit suisse	550
B Pour l'étude du droit français	551
IV Fascicules d'encyclopédie, commentaires d'articles et dictionnaires juridiques	553
A Pour l'étude du droit suisse	553
B Pour l'étude du droit français	555
V Articles de revue et commentaires de jurisprudence	556
A Pour l'étude du droit suisse	556
B Pour l'étude du droit français	558
VI Divers	563
A Autres sources juridiques	563
B Sources non juridiques	564
C Sites internet	564

I Ouvrages généraux et manuels

A Pour l'étude du droit suisse

- BÜRGE Lukas**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Orell füssli, 2^e édition, 2017.
- DONATSCH Andreas**, **JOSISTSCH Daniel**, **KILLIAS Martin**, **SCHWARZENEGGER Christian**, **TAG Brigitte** et **WOHLERS Wolfgang**, *Klausuren und Hausarbeiten im Strafrecht und Strafprozessrecht*, Schulthess, 4^e édition, 2008, p. 8.
- DONATSCH Andreas** et **TAG Brigitte**, *Strafrecht I, Verbrechenlehre*, Schulthess, Züricher Grundrisse des Strafrechts, Zurich, 9^e édition, 2013.
- GETH Christopher**, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 7^e édition, 2021.
- GRAVEN Philippe**, *L'infraction pénale punissable*, 2^e édition mise à jour par B. STRÄULI, Stämpfli, Précis de droit, Berne, 1995.
- HURTADO POZO José** et **GODEL Thierry**, *Droit pénal général*, Schulthess, Genève/Zurich, 3^e édition, 2019.
- HURTADO POZO José**, *Droit pénal, partie générale*, Schulthess, Zurich, 2008.
- HURTADO POZO José**, *Droit pénal, partie spéciale*, Schulthess, Zurich, 2009.
- JEAN-RICHART-DIT-BRESSEL Marc**, *Strafrecht in a nutshell*, Dike, Zurich, 2015.
- KILLIAS Martin**, **KUHN André**, et **DONGOIS Nathalie**, *Précis de droit pénal général*, Stämpfli, Berne, 4^e édition, 2016.
- KILLIAS Martin**, **MARKWALDER Nora**, **KUHN André** et **DONGOIS Nathalie**, *Grundriss der Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuchs*, Stämpfli, Berne, 2^e édition, 2017.
- KLEINSCHROD Gallus Aloys**, *Neues Archiv des Criminalrechts*, VI, 1817.
- MAURACH Reinhart**, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Müller Verlag, Karlsruhe, 1958.
- MAYER Hellmuth**, *Strafrecht: allgemeiner Teil*, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1953.
- MÜLLER Friedrich**, *Repetitorium zum Schweizerischen Strafrecht, Allgemeiner Teil und Jugendstrafrecht*, Stämpfli, Berne, 4^e édition, 2014.
- PETRIG Anna** et **ZURKINDEN Nadine**, *Swiss criminal law*, Dike, Swiss law in a nutshell series, Zurich, 2015.
- PIETH Mark**, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2^e édition, 2018.
- QUELOZ Nicolas**, *Droit pénal suisse, partie générale*, Schulthess, PrintPlus, Zurich, 3^e édition, 2019.
- RIKLIN Franz**, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Verbrechenlehre*, Schulthess Juristische Medien», Zurich, 3^e édition, 2007.

- SCHAFFNER Daniel**, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: die Straftat*, Stämpfli, Juristische Repetitorien, Berne, 2009.
- STOOS Carl**, *Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts im Auftrage des Bundesrates, Vergleichend dargestellt*, Bâle et Genève, Commissionsverlag von H. Georg, 1890.
- STOOS Carl**, *Die schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung zusammengestellt und im Auftrage des Bundesrates herausgegeben*, Bâle et Genève, Commissionsverlag von H. Georg, 1890.
- STRATENWERTH Günter, JENNY Guido et BOMMER Felix**, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen*, Stämpfli, Stämpflis juristische Lehrbücher, Berne, 7^e édition, 2010.
- STRATENWERTH Günter**, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I – die Straftat*, Stämpfli, Stämpflis juristische Lehrbücher, Berne, 4^e édition, 2011.
- TRECHSEL Stefan, NOLL Peter et PIETH Mark**, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 7^e édition, 2017.
- VEST Hans, FREI Sonja, MONTERO Sabrina**, *Betriebsanleitung zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil I*, Stämpfli, Berne, 2^e édition, 2017.
- WELZEL Hans**, *Das Deutsche Strafrecht*, De Gruyter, Berlin, 7^e édition, 1960.
- WELZEL Hans**, *Das Deutsche Strafrecht*, De Gruyter, Berlin, 11^e édition, 1969.
- ZWEIGERT Konrad et KÖTZ Hein**, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Mohr Siebeck, 3^e édition, 1996.
- B Pour l'étude du droit français*
- ANDRÉ Christophe**, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Précis, 6^e édition, 2021.
- BACACHE-GIBEILI Mireille**, *Les obligations, la responsabilité civile extra-contractuelle*, Economica, Corpus droit privé, 4^e édition, 2021.
- BERNARDINI Roger et DALLOZ Marc**, *Droit criminel, volume 2 – L'infraction et la responsabilité*, Larcier, Paradigme, 4^e édition, 2021.
- BERTAUD Alfred**, *Cours de Code pénal et leçon de législation criminelle, explication théorique et pratique*, 3^e édition, 1864.
- BONFILS Philippe et GIACOPELLI Muriel**, *Droit pénal général*, Cujas, Synthèse, 3^e édition, 2021.
- BOULOC Bernard**, *Droit pénal général*, Dalloz, Précis, 27^e édition, 2021.
- BOUZAT Pierre et PINATEL Jean**, *Traité de droit pénal et de criminologie, tome 1, droit pénal général*, Dalloz, 2^e édition, 1970.
- CANIN Patrick**, *Droit pénal général*, Hachette, Les fondamentaux, 12^e édition, 2022.
- CARBASSE Jean-Marie**, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Presses universitaires de France, Droit fondamental, 3^e édition, 2014.
- CARPENTIER Adrien et FRÈREJOUAN DU SAINT George**, *Répertoire général alphabétique du droit français contenant, sur toutes les matières de la science et*

- de la pratique juridiques, l'exposé de la législation, l'analyse critique de la doctrine et les solutions de la jurisprudence*, tome 33, 1900.
- AMBROISE-CASTEROT Coralie**, *Droit pénal spécial et droit pénal des affaires*, Gualino, 7^e édition, 2019.
- CHAUVEAU Adolphe et HÉLIE Faustin**, *Théorie du Code pénal*, tome 1, Cosse, 1872
- CHAUVEAU Adolphe et HÉLIE Faustin**, *Théorie du Code pénal*, tome 4, Cosse, 3^e édition, 1852.
- CHRÉTIEN Patrice, CHIFFLOT Nicolas et TOURBE Maxime**, *Droit administratif*, Sirey, Université, 17^e édition, 2021.
- CLERGERIE Jean-Louis, GRUBER Annie et RAMBAUD Patrick**, *Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*, 13^e édition, Dalloz, Précis, 2020.
- COCÂTRE-ZILGIEN Philippe et CORIAT Jean-Pierre**, *Institutes de Justinien*, Dalloz, 2021.
- CONSTANTINESCO Léontin-Jean**, *Traité de droit comparé, tome 1, introduction au droit comparé*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972.
- CONSTANTINESCO Léontin-Jean**, *Traité de droit comparé, tome 2, La méthode comparative*, Librairie de droit et de jurisprudence, 1974.
- CONTE Philippe**, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, Manuel, 6^e édition, 2019.
- CONTE Philippe et MAISTRE DU CHAMBON Patrick**, *Droit pénal général*, Armand Colin, Collection U, 7^e édition, 2004.
- DÉCIMA Olivier, DETRAZ Stéphane, VERNY Edouard**, *Droit pénal général*, L.G.D.J, Collection cours, 5^e édition, 2022.
- DECOCQ André**, *Droit pénal général*, Armand Colin, Collection U, 1971.
- DE LOYNES DE FUMICHON Bruno**, *Introduction au droit comparé*, vol. 2, Journal de droit Comparé du Pacifique, Ex Professo, Tahiti, 2013.
- DENISART Jean-Baptiste**, *Collection des décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, tome 1, Desaint, Paris, 5^e édition, 1766.
- DESORTES Frédéric et LE GUNEHÉC Francis**, *Droit pénal général*, Economica, Corpus droit privé, 16^e édition, 2009.
- DREYER Emmanuel**, *Droit pénal général*, LexisNexis, Manuel, 6^e édition, 2021.
- DREYER Emmanuel**, *Droit pénal spécial*, L.G.D.J, 2020.
- FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric**, *Les obligations 2, le fait juridique*, Sirey, Université, 14^e édition, 2011.
- FOURNIER Stéphanie**, *Droit pénal général*, LexisNexis, Objectif droit cours, 2^e édition, 2021.
- GARÉ Thierry**, *Droit pénal spécial, personnes et biens*, Bruylant, Paradigme, 8^e édition, 2022.
- GARÇON Émile**, *Code pénal annoté, Premier fascicule (art. 1 à 165)*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1901.

- GARRAUD René**, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, tome 1, Librairie de la société du recueil Sirey, 3^e édition, 1913.
- HAGUENAU-MOIZARD Catherine**, *Introduction au droit comparé*, Dalloz, Séquences, 2018.
- HERZOG-EVANS Martine** et **ROUSSEL Gildas**, *Droit pénal général*, Vuibert, Dyna'sup droit, 3^e édition, 2011.
- JACOPIN Sylvain**, *Droit pénal général*, Bréal, Grand amphi – Droit, 3^e édition, 2015.
- JACQUES GHESTIN**, **JOURDAIN Patrice** et **VINEY Geneviève**, *Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité*, Lextenso, L.G.D.J, Traités, 4^e édition, 2013.
- JOUSSE Daniel**, *Traité de la justice criminelle de la France*, tome 3, 1771.
- KELSEN Hans**, *Théorie générale des normes*, Presses universitaires de France, Léviathan, 1979.
- KOLB Patrick** et **LETURMY Laurence**, *Cours de droit pénal général*, Gualino, Amphi LMD, 7^e édition, 2022.
- LARGUIER Jean**, **CONTE Philippe** et **FOURNIER Stéphanie**, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Mémentos, 15^e édition, 2013.
- LAVAL Nathalie**, *Le juge pénal et l'élu local*, L.G.D.J, Systèmes collectivités locales, 2002.
- LEPAGE Agathe** et **MATSOPOULOU Haritini**, *Droit pénal spécial*, Presses universitaires de France, Thémis, 6^e édition, 2015.
- LEROY Jacques**, *Droit pénal général*, L.G.D.J, Manuel, 9^e édition, 2022.
- MALABAT Valérie**, *Droit pénal spécial*, Presses universitaires de France, Hypercours, 10^e édition, 2022.
- MAYAUD Yves**, *Droit pénal général*, Presses universitaires de France, Droit fondamental, 7^e édition, 2021.
- MERLE Roger** et **VITU André**, *Traité de droit criminel, tome 1, Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, Cujas, 7^e édition, 1997.
- MERLE Roger** et **VITU André**, *Traité de droit criminel, tome 3, Droit pénal spécial, 1^{re} partie*, Cujas, 1982.
- MUYART DE VOUGLANS Pierre-François**, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, 1780.
- OLLARD Romain** et **ROUSSEAU François**, *Droit pénal spécial*, Bréal, Grand amphi, Droit, 2^e édition, 2015.
- ORTOLAN Joseph**, *Élément de droit pénal*, tome 1, 4^e édition, 1875.
- PAULIN Christophe**, *Droit pénal général*, LexisNexis, Litec, 6^e édition, 2010.
- PIN Xavier**, *Droit pénal général*, Dalloz, Cours, 14^e édition, 2023.
- PLANIOL Marcel**, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, Librairie générale de droit & de jurisprudence», 11^e édition, 1931.

- PRADEL Jean**, *Droit pénal comparé*, Dalloz, Précis, 4^e édition, 2016.
- PRADEL Jean**, *Droit pénal général*, Cujas, Référence, 22^e édition, 2019.
- PRADEL Jean** et **DANTI-JUAN Michel**, *Droit pénal spécial*, Cujas, Référence, 8^e édition, 2020.
- PUECH Marc**, *Droit pénal général*, Litec, 1988.
- RASCHEL Evan**, *Droit pénal*, Ellipses, CRFPA, 2022.
- RASSAT Michèle-Laure**, *Droit pénal général*, Ellipses, Cours magistral, 4^e édition, 2017.
- RASSAT Michèle-Laure**, *Droit pénal spécial, infractions du Code pénal*, Dalloz, Précis, 8^e édition, 2018.
- RAUTER Jean-Frédéric**, *Traité théorique et pratique du droit criminel français ou cours de législation criminelle*, tome 2, Charles Hingray, 1836.
- RENOUOT Harald**, *Droit pénal général*, Larcier, paradigme, 18^e édition, 2013.
- ROBERT Jacques-Henri**, *Droit pénal général*, Presses universitaires de France, Thémis droit, 22^e édition, 2005.
- ROSSI Pellegrino**, *Traité de droit pénal*, tome 2, J. Barbezat et Cie source, 1829.
- SALVAGE Philippe**, *Droit pénal général*, Presses universitaires de Grenoble, Le droit en plus, 8^e édition, 2016.
- SORDINO Marie-Christine**, *Droit pénal général*, Ellipses, 6^e édition, 2016.
- TERRÉ François** et **MOLFESSIS Nicolas**, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Précis, 14^e édition, 2022.
- VÉRON Michel**, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Sirey université, 17^e édition, 2019.
- VOUIN Robert**, *Manuel de droit criminel*, L.G.D.J, 1949.
- WALINE Jean**, *Droit administratif*, Dalloz, Précis, 28^e édition, 2020.

II Ouvrages spéciaux, thèses et monographies

A Pour l'étude du droit suisse

- ANCEL Marc**, *Utilité et méthodes du droit comparé: éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Ides et calendes, Neuchâtel, 1971.
- BENDEL Felix**, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei der Verletzung der Regeln der Baukunde*, thèse, Genève, 1960.
- BINDING Karl**, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. 4, Felix Meiner Verlag, 1919.
- DAN Adrian**, *Le délit de commission par omission: éléments de droit suisse et comparé*, thèse, Genève, 2015.
- DONATSCH Andreas**, *Sorgfaltsbemessung und Erfolg beim Fahrlässigkeitsdelikt*, thèse, Zurich, 1987.
- ENGISCH Karl**, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Scientia, Aalen, 1964.
- FLACHSMANN Stefan**, *Fahrlässigkeit und Unterlassung*, thèse, Zurich, 1992.

- FREY Erwin**, «*Reobjektivierung des Strafrechts im Zeitalter der Technik*», *Die Rechtsordnung im technischen Zeitalter*, Schulthess, Zurich, 1961.
- FÜNFSINN Helmut**, *Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts durch Unterlassen im Strafrecht*, Peter Lang, Francfort/Berne/New York, 1985.
- GRAMATICA Filippo**, *L'irrazionalità della colpa nel diritto penale*, Gênes, 1929
- HEIERLI Matthias Richard**, *Die Bedeutung des Vertrauensprinzips im Strassenverkehr und für das Fahrlässigkeitsdelikt*, thèse, Zurich, 1996.
- HIRSIG-VOUILLOZ Madeleine**, *La responsabilité du médecin, aspects de droit civil, pénal et administratif*, Stämpfli et Edition Médecine et Hygiène, Berne, 2017.
- JÄGER Wolfgang**, *Fahrlässigkeitsbrände, Eine Strafrechtliche Studie zu § 309 StGB unter Berücksichtigung von Kriminologie und Kriminalistik*, thèse, Francfort, 1989.
- JEANNERET Yvan, KUHN André et LAPÉROU-SCHENEIDER Béatrice**, *Droit pénal français et droit pénal suisse, une mise en parallèle*, L'harmattan, Bibliothèque de droit, Paris, 2017.
- MOREILLON Laurent**, *L'infraction par omission, étude des infractions à la vie et à l'intégrité corporelle en droit anglais, français, allemand et suisse*, Librairie Droz, Comparativa, 1993.
- NOLL Peter**, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besondern die Einwilligung des Verletzten*, Verlag für Recht und Gesellschaft, Schweizerische Kriminalistische Studien, vol. 10, Bâle, 1955.
- PERROW Charles**, *Normale Katastrophen: Die unvermeidbaren Risiken der Großtechnik*, Campus Verlag, Frankfurt, 1989
- PREUß Wilhelm**, *Untersuchung zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Strafrechtliche Abhandlungen, vol. 19, Berlin, 1974.
- PRITTWITZ Cornelius**, *Strafrecht und Risiko*, Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, Vittorio Klostermann, Frankfurt, vol. 22, 1993.
- REHBERG Jörg**, *Zur Lehre vom Erlaubten Risiko*, thèse, Zurich, 1962.
- ROTH Robert**, *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*, Payot, Collection juridique romande, Lausanne, 1987.
- SCHMID Victor**, *Das Delikt der Fahrlässigen Tötung, mit Berücksichtigung der Strassenverkehrsunfälle*, thèse, Zurich, 1937.
- VON BAR Carl Ludwig**, *Die Lehre vom Kausalzusammenhange im Rechte besonders im Strafrechte*, Tauchnitz, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1871.
- WELZEL Hans**, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1961.
- B Pour l'étude du droit français*
- ABDEL-RAZEK Mohamed**, *L'élément moral de l'infraction en droit comparé*, 1992, thèse, Paris II, p. 11.

- ANIM EDMOND**, *La faute en droit libanais comparé avec le droit français*, thèse, Beyrouth, 1952.
- AKIDA Mohamed**, *La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence*, L.G.D.J, bibliothèque de sciences criminelles, 1994.
- AYED Wafa**, *La responsabilité pénale des décideurs publics pour infractions non intentionnelles*, thèse, Paris, 2008.
- BALLOT SOUIRAWSKI Claire**, *Les éléments constitutifs, essai sur les composantes de l'infraction*, Paris-Sud Saclay, 2017.
- BARBIER Hugo**, *La liberté de prendre des risques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Institut de droit des affaires, 2011.
- BARON Élise**, *La coaction en droit pénal*, thèse, Bordeaux, 2012.
- BEAUSSONIE Guillaume**, *Le rôle de la doctrine en droit pénal*, L'Harmattan, Bibliothèques de droit, 2006.
- BÉNÉJAT Murielle**, *La responsabilité pénale professionnelle*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 111, 2012.
- BENESSIANO William**, *Légalité pénale et droits fondamentaux*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2011.
- BENSOUSSAN Alain** et **BENSOUSSAN Jérémy**, *Droit des robots*, Larcier, Lexing, 2015.
- BENSOUSSAN Alain** et **GAZAGNE Didier**, *Droit des systèmes autonomes*, Bruylant, Lexing, 2019.
- BODELET Lionel**, *Le risque accepté en droit pénal français contemporain*, thèse, Dijon, 1932.
- BON Pierre-André**, *La causalité en droit pénal*, L.G.D.J, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers, 2006.
- BRUNET François**, *La normative en droit*, Mare et Martin, Bibliothèques des thèses, 2011.
- BRUNHES Henri**, *L'imprudence devant la loi pénale*, Dijon, thèse, 1932.
- CHETARD Guillaume**, *La proportionnalité de la répression, étude sur les enjeux du contrôle de proportionnalité en droit pénal français*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, Collection des thèses, tome 197, 2020.
- CHARPENTIER Stéphane**, *Contribution à l'étude de la faute pénale d'imprudence*, thèse, Montpellier, 1993.
- COHEN Jennifer**, *Droit du sport et droit pénal: recherche d'un équilibre*, thèse, Aix-Marseille, 2015.
- COQUIN Céline**, *Le concept de proportionnalité en droit pénal*, thèse, Poitiers, 2001.
- CORIOLAND Sophie**, *Responsabilité pénale des personnes publiques*, Dalloz, Corpusdalloz, 2018.
- DANA Adrien-Charles**, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1982.

- DAUDRY-FAUVEAU Morgane**, *La responsabilité pénale du médecin, les principales infractions contre les personnes*, Essentiel, 2003.
- DELIYANNIS Jean**, *La notion d'acte illicite*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1951.
- DELMAS-MARTY Mireille**, *Le flou du droit*, Presses universitaires de France, Quadrige, 2004.
- DELMAS-MARTY Mireille**, *Les forces imaginantes du droit, tome 1, Le relatif et l'universel*, éditions du Seuil, 2004.
- DEMARCHI Jean-Raphaël**, *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, L.G.D.J, Thèses, 2012.
- DORNIER Orane**, *Juges et membre du ministère public dans l'avant-procès, l'exemple de l'Allemagne et de la France*, thèse, Paris, 2019.
- DORSNER-DOLIVET Annick**, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie*, L.G.D.J, Bibliothèque de droit privé, 1986.
- FORTIS Élisabeth**, *L'élément légal dans les infractions d'imprudence portant atteinte à l'intégrité corporelle*, thèse, Lille, 1974.
- GAND Maurice**, *Du délit de commission par omission, essai de théorie pénale*, Paris, Arthur Rousseau éditeur, 1900.
- GAUDEMET Jean**, *Les naissances du droit, le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, L.G.D.J, Anthologie du droit, 2016.
- GHESTIN Jacques**, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, L.G.D.J, Anthologie du droit, 1971.
- GIDE André**, *La séquestrée de Poitiers*, Gallimard, folio, 1930.
- GRAPIN Christine**, *La responsabilité chirurgicale*, Sauramps Médical, 2000.
- HANNEQUART Yvon**, *La responsabilité pénale de l'ingénieur*, Vaillant-Carmanne, 1959.
- HERRMANN Jenny**, *Les mesures de sûreté, étude comparative des droits pénaux français et allemand*, thèse, Strasbourg, 2015.
- HOCQUET-BERG Sophie** et **PY Bruno**, *La responsabilité du médecin*, Heures de France, droit professionnel, 2006.
- HUMBERT Michel**, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Dalloz, Précis, 12^e édition, 2017.
- LACAZE Marion**, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, thèse, Montpellier, 2009.
- LÉGAL Alfred**, *De la négligence et de l'imprudence comme source de responsabilité civile délictuelle*, thèse, Paris, Jouve et C. Éditeurs, 1922.
- LEGROS Robert**, *L'élément moral dans les infractions*, Édition Desoer, Liège, 1952.

- LELIEUR Juliette**, *La règle ne bis in idem, du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive, étude à la lumière des droits français, allemand et européen*, thèse, Paris, 2005.
- LEMOINE Emmanuelle**, *La répression de l'indifférence sociale en droit pénal français*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2002.
- LOYSEL Antoine**, *Institutes coutumières*, vol. 2, Livre VI, Titre 1, IV., avec les notes D'E. DE LAURIÈRE, Hachette, 1846.
- LORRAIN-BERTAGNA Isabelle**, *Le statut juridique des infractions d'imprudence et le droit pénal général*, thèse, Nice, 1996.
- MAÏMONIDE Moïse**, *Le guide des égarés*, Verdier, Les dix paroles, 1970.
- MALABAT Valérie**, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, thèse, Bordeaux, 1991.
- MARÉCHAL Jean-Yves**, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2003.
- MARIAT Kevin**, *L'équilibre des pouvoirs dans la phase préparatoire du procès pénal, réflexions françaises à la lumière des droits allemand et italien*, thèse, Lyon, 2019.
- MAYAUD Yves**, *La responsabilité pénale des décideurs locaux*, Lamy, Axe droit, 2012.
- MAYAUD Yves**, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, Dalloz, Dalloz référence, 2003.
- MISTRETTA Patrick**, *Droit pénal médical*, Cujas, 2013.
- MOHAMMADI Samira**, *La notion juridique de faute dans les accidents: un concept à géométrie variable*, thèse, Paris, 2014.
- MONTESQUIEU Charles-Louis**, *De l'esprit des lois*, 1748.
- NOIVILLE Christine**, *Du bon gouvernement des risques*, Presses universitaires de France, Les voies du droit, 2003.
- OTHMANE Khaled**, *L'imprudence pénale et ses liens avec la responsabilité civile*, thèse, Paris, 2007.
- PENNEAU Anne**, *Règles de l'art et normes techniques*, L.G.D.J, Thèse, 1989.
- PENNEAU Jean**, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, thèse, Paris, 1973.
- PFEFFERKORN Fabian**, *Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit im französischen und deutschen Recht*, Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften, Cologne, 2006.
- PIROVANO Antoine**, *Faute civile et faute pénale, essai de contribution à l'étude des rapports entre la faute des articles 1382-1383 du Code civil et la faute des articles 319-320 du Code pénal*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1966.
- PUECH Marc**, *Notion et rôle de l'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse, Strasbourg, 1971.

- PY Bruno**, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, thèse, Nancy, 1993.
- QUEZEL-AMBRUNAZ Christophe**, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2010.
- RABUT-BONALDI Gaëlle**, *Le préjudice en droit pénal*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2016.
- RAVANEL-ABOUDRAR Sophia**, *Responsabilité et aléa dans les villes de refuge bibliques*, L.G.D.J, collection droit, 1997.
- REBUT Didier**, *L'omission en droit pénal, pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, thèse, Lyon, 1993.
- ROKOFYLLOS Christos**, *Le concept de lésion et la répression de la délinquance par imprudence, essai de critique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Bibliothèque de sciences criminelles, 1967.
- ROUSSEAU François**, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, Nouvelles bibliothèques de thèses, 2009.
- ROUSSEAU Jean-Jacques**, *Du contrat social ou Principes du droit*, Marc-Michel Rey, 1762.
- SAUVARD Henri**, *Le délit d'imprudence, essai de théorie pénale*, Arthur Rousseau éditeur, 1899.
- SALEILLES Raymond**, *Les accidents du travail et la responsabilité civile, essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Arthur Rousseau éditeur, 1897.
- SALOMON Etienne**, *La faute civile et la faute pénale dans l'homicide et les coups et blessures par imprudence*, thèse, Lyon, 1918.
- SCHEIL Vincent** (traducteur), *Loi de Hammourabi*, Ernest Leroux, 2^e édition, 1904.
- SEILLAN Hubert**, *Responsabilité pénale, dangers, accidents, maladies, catastrophes*, 2^e édition, Préventique, 2004.
- SHALBI Gehad**, *La responsabilité pénale du dirigeant d'entreprise*, thèse, Paris I, 2004.
- SIBEN Léon**, *Droit romain, l'homicide et le parricide*, thèse, Paris, 1885.
- SIMON Gérald**, *Puissance sportive et ordre juridique étatique, contribution à l'étude des relations entre la puissance publique et les institutions privées*, L.G.D. J, Bibliothèques de droit public, tome 156, 1990.
- SOBO François**, *L'article 121-3 du Code pénal*, thèse, Poitiers, 2006.
- THEVENON Jean-Marc**, *L'élément objectif et l'élément subjectif de l'infraction, contribution à l'étude de leur définition et de leurs rapports*, thèse, Lyon, 1942.
- VERKINDT Pierre-Yves**, *L'imprudence et la négligence collectives: essai sur les quasi-délits et sur le délit pénal d'imprudence dans les situations complexes*, thèse, Lille, 1988.
- VIAL Jean-Pierre**, *Le risque pénal dans le sport*, Lamy, Axe droit, 2012.

WALTHER Julien, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, thèse, Nancy, 2003.

ZOUHAL Adra, *Le risque en droit pénal*, Lextenso, L.G.D.J., Bibliothèque des sciences criminelles, tome 71, 2021.

III Contributions dans des ouvrages collectifs ou mélanges et actes de colloques

A Pour l'étude du droit suisse

DE HALLER Xavier, «La commission par omission», *La nouvelle partie générale du Code pénal suisse*, Stämpfli, Berne, 2006.

ENGISCH Karl, «Der Unrechtstatbestand im Strafrecht», *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages*, vol. 1, C. F. Müller, Karlsruhe, 1960.

ETIER Guillaume et STRÄULI Bernhard, «Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale», *Journée de la responsabilité civile 2014*, Schulthess, Genève, 2015.

GLESS Sabine, «Mein Auto fuhr zu schnell, nicht ich! – Strafrechtliche Verantwortung für hochautomatisiertes Fahren», *Intelligente Agenten und das Recht*, dirigé par S. GLESS et K. SEELMANN, *Robotik und Recht*, vol. 9, Nomos, 2016..

GRAVEN Jean, «Les délits de négligence en droit pénal suisse», XII^e congrès de l'association internationale de droit pénal, *Les infractions commises par imprudence: prévention et traitement des délinquants, Revue internationale de droit pénal*, vol. 50, 1979..

HURTADO POZO José, «Théorie de l'infraction, négligence, rapport de causalité et participation», *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges offerts à J. PRADEL, Cujas, 2006.

MAEDER Stefan et RIEDO Christof, «Die Benutzung automatisierter Motorfahrzeuge aus strafrechtlicher Sicht», *Strassenverkehrsrechts-Tagung*, dirigé par T. PROBST et F. WERRO, Stämpfli, 2016.

MAIHAFFER Wemer, «Der Unrechtsvorwurf», *Festschrift für Theodor Rittler zum 80. Geburtstag*, Verlag scienta, 1957.

MAIWALD Manfred, «Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs «erlaubtes Risiko» für die Strafrechtssystematik», *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, vol. 1, Duncker & Humblot, 1985.

ROTH Robert, «L'entreprise, nouvel acteur pénal», *Droit pénal des affaires: la responsabilité pénale du fait d'autrui*, Dir. par F. BERTHOUD, Cedidac, 2002.

STRATENWERTH GÜNTER, «Zur Individualisierung des Sorgfaltsmassstabes», *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, vol. 1, Duncker & Humblot, 1985.

B Pour l'étude du droit français

- ALT-MAES Françoise**, «La grande désillusion: la dépénalisation attachée à l'application de la loi du 10 juillet 2000 au médecin», *Les droits et le droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007.
- AMBOS Kai**, «Réflexions sur la théorie française de l'infraction pénale du point de vue allemand», *Vers un nouveau procès pénal?*, dirigé par J. LEBLOIS-HAPPE, Société de Législation comparée, colloque, Metz, 2008.
- ANDREU Lionel, DUBOIS Charlotte, DUGUE Marie, KNETSCH Jonas, LEQUETTE Suzanne, NETTER Emmanuel**, *Des voitures autonomes, Une offre de loi*, Dalloz, Essai, 2018.
- CARTIER Marie-Elisabeth**, «Introduction au colloque organisé le 1^{er} février 2001 par le Centre de recherche en droit privé de Paris I», *La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000*, Paris, Revue de sciences criminelles et de droit comparé, 2001.
- CARTUYVELS Yves**, «La gravité au cœur du droit pénal. Un détour par l'histoire de la pensée pénale moderne», *La gravité en droit pénal*, dirigé par J. Alix et A. Darsonville, Mare et matin, colloque, 2021.
- CONTE Philippe**, «De l'ancien au nouveau code pénal: l'invention de la variante juridique du triangle des Bermudes? Commentaire de l'article 121-3 alinéa 2 du Code pénal», *Code pénal et Code d'instruction criminelle, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2004.
- CORNIL Paul**, «Introduction au thème des frontières», *Les frontières de la répression: imprudence, droit économique et social, pays de l'Est*, Congrès de criminologie, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1972.
- D'HAUTEVILLE Anne**, «Les transformations de la faute pénale», *Le nouveau Code pénal 10 ans après*, dirigé par D. THOMAS, Pedone, 2005.
- DREYER Emmanuel**, «La subsidiarité du droit pénal», *Mélanges en l'honneur du Professeur J.-H. Robert*, LexisNexis, 2012.
- FORTIS Elisabeth**, «Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit pénal», colloque sur *La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000*, Revue de science criminelle et de droit comparé, 2001.
- FRANÇON André**, «L'erreur en droit pénal», *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dir. par G. STÉFANI, Dalloz, 1956.
- GIUDICELLI André**, «Incertitudes sur les frontières de l'intention», *Dix ans après la réforme de 1994. Quels repères dans le Code pénal*, dir. M. DANTI-JUAN, Cujas, 2005.
- GIUDICELLI-DELAGE Geneviève**, «La sanction de l'imprudence», *La sanction du droit*, Mélanges offerts à P. COUV RAT, Presses universitaires de France, 2001.

- HAGUENAU-MOIZARD Catherine, GAZIN Fabienne, et LEBLOIS-HAPPE Jocelyne**, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, Larcier, Paradigme, 2016.
- LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme**, «Responsabilité des personnes morales: la question du cumul des poursuites», *La responsabilité pénale de la personne morale*, Dir D. BRACH-THIEL et A. JACOBS, L'Harmattan, 2015.
- LARGUIER Jean**, «Théorie des ensembles et qualification pénale», *Mélanges Chavanne*, 1989.
- LÉGAL Alfred**, «L'imprudence et la négligence comme sources de responsabilité pénale», VIIIe congrès de l'association internationale de droit pénal, *Les problèmes posés dans le droit pénal moderne par le développement des infractions non intentionnelles*, Revue internationale de droit pénal, vol. 32, 1961.
- LEGRAND Pierre**, «La comparaison des droits expliquée à mes étudiants», *Comparer les droits, résolument*, dirigé par P. LEGRAND, Presses universitaires de France, Les voies du droit, 2009.
- MAURO Cristina**, «Éléments de droit comparé», *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, Dir. par M. DAURY-FAUVEAU et M. BENILLOUCHE, PUF, CEPRISCA, 2009.
- MAYAUD Yves**, «L'erreur en droit pénal», colloque sur *L'erreur*, dirigé par J. FOYER, F. TERRÉ et C. PUIGELIER, Presses universitaires de France, Cahiers des sciences morales et politiques, 2007.
- MALABAT Valérie**, «Retour sur le résultat de l'infraction», *Mélanges en l'honneur du Professeur J.-H. ROBERT*, LexisNexis, 2012.
- MARTIN-HOCQUENHEIM Éric**, «Le dol éventuel», *Code pénal et Code d'instruction criminelle, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2004.
- MÉLÈZE-MODRZEJEWSKI Joseph**, «La sanction de l'homicide en droit grec et hellénistique», *Mélanges Pierre Lévêque, tome 7: Anthropologie et société*, Besançon, 1993.
- MÉMÉTEAU Gérard**, «Causerie sur l'erreur médicale», colloque sur *L'erreur*, dirigé par J. FOYER, F. TERRÉ et C. PUIGELIER, Presses universitaires de France, Cahiers des sciences morales et politiques, 2007.
- MISTRETTA Patrick**, «Le médecin imprudent», *Les orientations actuelles de la responsabilité pénale en matière médicale*, éditions Cujas, 2013.
- MORVAN Patrick**, «L'irrésistible ascension de la faute caractérisée: l'assaut avorté du législateur contre l'échelle de la culpabilité», *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges offerts à J. PRADEL, Cujas, 2006.
- PARIZOT Raphaële**, «Gravité et théorie des biens juridiques protégés», *Gravité et droit pénal*, Mare et Martin, Droit privé et sciences criminelles, 2021.

- PERRIN Jérôme**, «Voitures autonomes: responsabilité, droit et éthique», *Des véhicules autonomes à l'intelligence artificielle*, sous la coordination de A. STROWEL et C. LAZARO, Larcier, Crides, 2020.
- PIE XII**, «Discours du Pape Pie XII», *6^e congrès international de droit pénal*, 3 octobre 1953, paru dans *L'Osservatore Romano* du 4 novembre 1953.
- PIN Xavier**, «L'appréciation de la gravité de l'infraction par le Conseil constitutionnel», *Gravité et droit pénal*, Mare et martin, Droit privé et sciences criminelles, 2021.
- PIN Xavier**, «La non-intention est-elle vraiment l'exception?», *Le nouveau Code pénal vingt ans après, état des questions*, dir. par L. SAENKO, L.G.D.J, 2014.
- PIN Xavier**, «La notion de faute en droit pénal (121-3 = 0?)», *Droit pénal le temps des réformes*, LexisNexis, Colloques et Débats, 2011.
- SAINT-PAU Jean-Christophe**, «Les causalités dans la théorie de l'infraction », *Mélanges en l'honneur du Professeur J.-H. ROBERT*, LexisNexis, 2012.
- SORDINO Marie-Christine**, «De la proportionnalité en droit pénal», *Mélanges en l'honneur du Professeur J.-H. Robert*, LexisNexis, 2012.
- VARINARD André**, «Le déplacement des critères de la faute», *Dix ans après la réforme de 1994. Quels repères dans le Code pénal*, dir. M. Danti-Juan, Cujas, 2005.
- VINEY Geneviève**, «Conclusion au colloque organisé le 1^{er} février 2001 par le Centre de recherche en droit privé de Paris I», colloque sur *La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000*, Paris, AJ Pénal, 2001.
- WALTHER JULIEN**, «Figure et fonctions de la gravité en droit allemand», *Gravité et droit pénal*, Mare et Martin, Droit privé et sciences criminelles, 2021.

IV Fascicules d'encyclopédie, commentaires d'articles et dictionnaires juridiques

A Pour l'étude du droit suisse

- ACKERMANN Jürg-Beat, VOLGER Patrick, BAUMANN Laura et EGLI Samuel**, «Fahrlässige Tötung (Art. 117)», *Strafrecht Individualinteressen, Gesetz, System und Lehre im Lichte der Rechtsprechung*, Stämpfli, 2019.
- CASSANI Ursula et VILLARD Katia**, «Art. 11», *Commentaire romand, Code pénal I*, dirigé par L. MOREILLON, A. MACLUSO, N. QUELOZ, N. DONGOIS, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2^e édition, 2021.
- CORBOZ Bernard**, «Art. 12», *Commentaire romand, code pénal I*, dirigé par R. ROTH et L. MOREILLON, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2009.
- CORBOZ Bernard**, «L'homicide par négligence (art. 117 CP)», *Les infractions en droit suisse*, Stämpfli, Précis de droit, Berne, 3^e édition, 2010.
- CORBOZ Bernard**, «Les lésions corporelles par négligence (art. 125 CP)», *Les infractions en droit suisse*, Stämpfli, Précis de droit, Berne, 3^e édition, 2010.

- DONATSCH Andreas**, «Art. 12», *StGB kommentar*, Orell Füssli, Navigator Kommentare, Zurich, 19^e édition, 2013.
- DONGOIS Nathalie**, **BICHOVSKY Aude**, **BLANK Sandra**, **MAIRE KALUBI Virginie**, **PAREIN Loïc** et **VUILLE Joëlle**, *Code pénal, Partie générale (art. 1-110), tables pour les études et la pratique*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 4^e édition, 2016.
- DUPUIS Michel** et **MOREILLON Laurent**, «Art. 1», *Petit commentaire CP*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2^e édition, 2017.
- DUPUIS Michel** et **MOREILLON Laurent**, «Art. 12», *Petit commentaire CP*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2^e édition, 2017.
- DUPUIS Michel** et **MOREILLON Laurent**, «Art. 117», *Petit commentaire CP*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2^e édition, 2017.
- FAVRE Christian**, **PELLET Marc** et **STOUDMANN Patrick**, «Art. 11», *Code pénal annoté*, éditions Bis et Ter, Lausanne, 3^e édition, 2011.
- FAVRE Christian**, **PELLET Marc** et **STOUDMANN Patrick**, «Art. 12», *Code pénal annoté*, éditions Bis et Ter, Lausanne, 3^e édition, 2011.
- HURTADO POZO José** et **ILLANEZ Federico**, «Art. 1», *Commentaire romand, code pénal I*, dirigé par L. MOREILLON, A. MACLUSO, N. QUELOZ, N. DONGOIS, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2^e édition, 2021.
- HURTADO POZO José** et **ILLÀNEZ Federico**, «Art. 117», *Commentaire romand, code pénal II*, dirigé par A. MACALUSO, L. MOREILLON, N. QUELOZ, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2017.
- KESHELAVA Tornike** et **ROTH Andreas**, «Art. 125», *Basler Kommentar, Strafrecht I*, dirigé par M. A. NIGGLI et H. WIPRÄCHTIGER, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 4^e édition, 2019.
- LOGOZ Paul**, «Art. 18 (ancien)», *Commentaire du Code pénal suisse, partie générale*, Delachaux et Niestlé, Neuchâtel, 1939.
- MACALUSO Alain**, «Art. 102», *Commentaire romand, code pénal I*, dirigé par L. Moreillon, A. Macluso, N. Queloz, N. Dongois, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2^e édition, 2021.
- MAEDER Stefan** et **NIGGLI Marcel Alexander**, «Art. 12», *Basler Kommentar, Strafrecht I*, dirigé par M. A. NIGGLI et H. WIPRÄCHTIGER, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 4^e édition, 2019.
- NIGGLI Marcel Alexander** et **MUSKENS Louis Frédéric**, «art. 11», *Basler Kommentar, Strafrecht I*, dirigé par M. A. NIGGLI et H. WIPRÄCHTIGER, Helbing Lichtenhahn, 4^e édition, 2019.
- RÉMY Marc**, «Art. 125», *Commentaire romand, code pénal II*, dirigé par A. MACALUSO, L. MOREILLON, N. QUELOZ, Helbing Lichtenhahn, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2017.

- SEELMANN Kurt**, «Art. 11», *Basler Kommentar, Strafrecht I*, dirigé par S. MAEDER et M.– A. NIGGLI, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 3^e édition, 2013.
- THORMANN Philipp** et **VON OVERBECK Alfred**, «Art. 18 (ancien)», *Das schweizerisches Strafgesetzbuch: allgemeiner Teil*, Schulthess, Zurich, 1940.
- TRECHSEL Stefan** et **JEAN-RICHARD Marc**, «Art. 11», *Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar*, dirigé par S. Trechsel et M. PIETH, Dike, 3^e édition, 2018.
- TRECHSEL Stefan** et **JEAN-RICHARD Marc**, «Art. 12», *Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar*, dirigé par S. TRECHSEL et M. PIETH, Dike, Zurich, 3^e édition, 2018.
- WERRO Franz**, «Art. 53», *Commentaire romand, code des obligations I*, dirigé par L. THÉVENOZ et F. WERRO, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2012.
- YOUSSEF Omar Abo**, «art. 12», *StGB, Annotierter Kommentar*, dirigé par D. K. GRAF, Stämpfli, Berne, 2020.
- B Pour l'étude du droit français*
- BONIS Evelyne**, «Troubles psychiques – Malades mentaux», *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2018.
- CORNU Gérard**, *Vocabulaire juridique, association Henri Capitant*, 13^e édition, Presses universitaires de France, Quadrige, 2020.
- CROIZIER Jean-Louis**, «Expertise», *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2016.
- FOSSIER Thierry**, «Art. 222-19 à 222-21, atteintes involontaires à l'intégrité de la personne», *JurisClasseur Pénal code*, LexisNexis, 2019.
- GUIHAL Dominique**, «Art. 221-6 à 221-7, atteintes involontaires à la vie», *JurisClasseur Pénal code*, LexisNexis, 2012.
- JEANDIDIER Wilfrid**, «Art. 111-1 à 111-5, principe de légalité criminelle, interprétation de la loi pénale», *JurisClasseur Pénal code*, LexisNexis, 2019.
- LACHAUME Jean-François**, «Violation de la règle de droit, notion de règle de droit», *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, 2013.
- MARÉCHAL Jean-Yves**, «Art. 121-2, responsabilité pénale des personnes morales», *JurisClasseur Pénal code*, LexisNexis, 2018.
- MARÉCHAL Jean-Yves**, «Art. 121-3, l'élément moral de l'infraction», *JurisClasseur Pénal code*, LexisNexis, 2019.
- MAYAUD Yves**, «Violences involontaires: applications et illustrations», *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2006.
- MAYAUD Yves**, «Violences involontaires: théorie générale», *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2005.
- MOULY Jean** et **DUDOGNON Charles**, «Sport», *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2021.

- PEREIRA Brigitte**, «Responsabilité pénale», *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017.
- PÉRINET-MARQUET Hugues** et **MALINVAUD Philippe**, «Marchés privés de travaux : obligations de l'entrepreneur», *Dalloz action, Droit de la construction*, Dalloz, 2019.
- PORCHY-SIMON Sophie**, «Fasc. 440-40: Santé, Responsabilité médicale, Responsabilité pour faute de technique médical», *JurisClasseur*, 2022, LexisNexis.
- RASSAT Michèle-Laure**, «Art.122-1 et 122-2, Troubles psychique ou neuropsychique. Contrainte», *JurisClasseur Pénal code*, LexisNexis, 2020.
- SECONDS Marc**, «Santé et sécurité au travail», *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2005.
- VIRIOT-BARRIAL Dominique**, «Erreur sur le droit», *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2020.

V Articles de revue et commentaires de jurisprudence

A Pour l'étude du droit suisse

- BAUER Timothée** et **ABRAR Federico**, *Le délit de chauffard: questionnement après plus d'un an d'application controversée*, Jusletter, 28 septembre 2015.
- BURGENER Fabio**, «La responsabilité pénale du chef d'entreprise : à l'ère de la gouvernance d'entreprise», *Revue pénale suisse*, Stämpfli, tome 133, 2015, p. 368 et s.
- CAPUS Nadja**, «Wann ist riskantes Geschäften kriminell?», *Revue pénale suisse*, Stämpfli, tome 128, 2010, p. 258 et s.
- CARRARD Michel**, «La responsabilité pénale en matière d'accident du travail», *Revue pénale suisse*, Stämpfli, tome. 104, 1987, p. 276 et s.
- CHAN LOK YIN Julianna**, «Machine learning in medical diagnostics – inadequacy of existing legal regimes», Jusletter-IT, 2019.
- DÉLÈZE Julien** et **DUTOIT Hervé**, *Le «délit de chauffard» au sens de l'art. 90 al. 3 LCR: éléments constitutifs et proposition d'interprétation*, Aktuelle Juristische Praxis, Dike, 2013, p. 1202 et s.
- DOHNA Alexander**, «Zum neuesten Stand der Schuldlehre», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, De Gruyter, 1911, p. 323 et s.
- DONATSCH Andreas**, «Zur strafrechtlichen Beurteilung des Foulspiels beim Eishockey», *Forumpoenale*, 3/2008, p. 178 et s.
- DUBS Hans**, «Die fahrlässigen Delikte im modernen Strafrecht», *Revue pénale suisse*, Stämpfli, tome 78, 1962, p. 31 et s.
- EHMANN Richard** et **BERTSCHINGER Claude Eric**, «Von <rolling stones> zu <flying rockets>, Die fahrlässige Mittäterschaft erneut auf dem bundesgerichtlichen Prüfstand», *Forumpoenale*, 2/2018, p. 137 et s.
- FISCHER THOMAS**, «Zufall und Strafe», *Die Zeit*, juin 2015.

- GLESS Sabine**, «Strafrechtliche Produkthaftung», *recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, vol. 31-2, 2013, p. 54 et s.
- GLESS Sabine** et **JANAL Ruth**, «Hochautomatisiertes und autonomes Autofahren – Risiko und rechtliche Verantwortung», *Juristische Rundschau*, De Gruyter, 2016, p. 561 et s.
- GLESS Sabine**, **SILVERMAN Emily** et **WEIGEND Thomas**, «If robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability», *New criminal law review*, vol. 19, N° 3, 2016, p. 412 et s.
- GLESS Sabine** et **WEIGEND Thomas**, «Intelligente Agenten und das Strafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, De Gruyter, vol. 126, 2014, N° 3, p. 561 et s.
- GLESS Sabine** et **WOHLERS Wolfgang**, «Strafrechtliche Verantwortlichkeit für «smarte» Produkte», *Revue pénale suisse*, tome 137, 2019, p. 366 et s.
- GRAVEN Jean**, «La répression de l’homicide en droit suisse», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Dalloz, 1966, p. 233 et s.
- GÜNGERICH Andreas** et **WALPEN Adrian**, «Rechtliche Aspekte eines risiko- und effizienzbasierten Sicherheitskonzepts», *Sicherheit & Recht*, Dike, N° 2, 2011, p. 105 et s.
- HÄUPTLE Silja-Lea**, «Nicht jede Regelverletzung im Fussball ist strafbar», *Haftung und Versicherung*, Schulthess, 2020, p. 184 et s.
- HEINE Günter** et **TRUNIGER Philipp**, «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Konzertveranstalters», *Revue pénale suisse*, Stämpfli, tome 128, 2010, p. 83 et s.
- HURTADO POZO José**, «Le principe de la légalité, le rapport de causalité et la culpabilité: réflexions sur la dogmatique pénale», *Revue pénale suisse*, Stämpfli, tome 104, 1987, p. 23 et s.
- JETZER Laura** et **MARKWALDER Nora**, «Plädoyer gegen die fahrlässige Mit-täterschaft», *Forumpoenale*, 3/2018, p. 220 et s.
- KNECHT David**, «Autonome Fahrzeuge», *Circulation routière*, Dike, N° 1, 2020, p. 40 et s.
- KUNZ Karl-Ludwig**, «Fahrlässige HIV-Übertragung nach Risikokontakten», *Forumpoenale*, Stämpfli, 1/2009, p. 44 et s.
- KUHLEN Lothar**, «Sorgfaltspflichten beim Inverkehrbringen autonomer Fahrzeuge», *Revue pénale suisse*, Stämpfli, tome 137, 2019, p. 353 et s.
- LANDOLT Hardy**, «Medizinalhaftung, aktuelle Rechtsprechung zu ausgewählten Problembereichen der Arzthaftung», *Haftung und Versicherung*, Schulthess, 2009, p. 329.
- LANDOLT Hardy** et **HERZOG-ZWITTER Iris**, «Sorgfaltspflicht der Ärzte», *Haftung und Versicherung*, Schulthess, 2016, p. 106 et s.
- LAUBE Viktor**, «Der schmale Grat der Fahrlässigkeit – Einige Überlegungen zum Jungfrau-Drama», *Jusletter*, 16 novembre 2009.

- MARKWALDER Nora** et **SIMMLER Monika**, «Das Unrecht der eventualvorsätzlichen Tat», *Revue pénale suisse*, 2018, p. 22 et s.
- MARKWALDER Nora** et **SIMMLER Monika**, «Roboterstrafrecht», *Pratique juridique actuelle*, Dike, 2017, p. 171 et s.
- PROBST Thomas**, «Das «selbstfahrende» Auto: entfernte Illusion oder nahe Realität?», *Strassenverkehr*, Dike Verlag AG, N° 1/2021, p. 52 et s.
- SCHORRO Alexander**, «Autonomes Fahren – erweiterte strafrechtliche Verantwortlichkeit des Fahrzughalters?», *Revue pénale suisse*, Stämpfli, 2017, p. 81 et s.
- SCHUBARTH Martin**, «Gedanken zur Risikogesellschaft und zum Recht auf Leben im Strassenverkehr», *Strassenverkehr*, N° 2, 2011, p. 366 et s.
- SCHULTZ Hans**, *Aktuelle Probleme des Arztrechts*, Bulletin des médecins suisses, 1984.
- STOFFEL Walter**, «L'enseignement du droit comparé en Suisse», *Revue internationale de droit comparé*, vol. 40, n° 4, 1988, p. 729 et s.
- THOMMEN Marc**, «Strafrechtliche Verantwortlichkeit für autonomes Fahren», *Circulation routière*, Dike, N° 2, 2018, p. 22 et s.
- VEST Hans** et **WEBER Jonas**, «Anmerkungen zur Diskussion über den Eventualvorsatz bei Raserfällen», *Revue pénale suisse*, 4/2009, p. 443 et s.
- VILLARD Katia**, «Coactivité par négligence: le retour des «Rolling stones»?», *Pratique juridique actuelle*, Dike, p. 1453 et s.
- WELZEL Hans**, «Studien zum System des Strafrechts», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, De Gruyter, vol. 58, 1939, p. 35 et s.
- WILDHABER Isabelle** et **LOHMANN Melinda**, «Roboterrecht – eine Einleitung», *Aktuelle Juristische Praxis*, Dike Verlag AG, p. 135 et s.
- WOHLERS Wolfgang**, «Individualverkehr im 21. Jahrhundert: das Strafrecht vor neuen Herausforderungen», *Basler Juristische Mitteilungen*, N° 3, 2016, p. 113 et s.
- ZURKINDEN Nadine**, «Crash beim Testbetrieb selbstfahrender Fahrzeuge», *Jusletter*, 2016.
- ZURKINDEN Nadine**, «Strafrecht und selbstfahrende Autos – ein Beitrag zum erlaubten Risiko», *recht*, *recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, 2013, vol. 34-3, 2016, p. 144 et s.
- Zurkinder Nadine**, «Vertrauen in Fahrzeugautomatisierung als strafmindernder Umstand?», *Jusletter*, 3 décembre 2018.
- ZURKINDEN Nadine** et **VERNAZ Silvain**, «L'erreur chirurgicale: regards croisés sur l'imprudence pénale en France et en Suisse», *Revue pénale suisse*, Stämpfli, tome 136, 2018, p. 90 et s.
- ZURKINDEN Nadine** et **VERNAZ Silvain**, «Les robots chirurgicaux et le droit pénal, une réflexion franco-suisse», *Forumpoenale*, N° 6, Stämpfli, 2018, p. 510 et s.

B Pour l'étude du droit français

- BELLAAROUSSI Fouad**, «Réflexions sur les rapports entre le droit pénal et le sport: une question renouvelée», *Gazette du Palais*, Lextenso, N° 255, 2004, p. 31 et s.
- BÉNÉJAT Murielle**, «Le droit pénal de la route face aux nouveaux modes de transports», *AJ pénal*, Dalloz, 2019, p. 438 et s.
- BÉNÉJAT Murielle**, «Le droit pénal des véhicules autonomes: éléments d'actualité», *Dalloz actualité*, Dalloz, 2019.
- BÉNÉJAT-GUERLIN Murielle**, «Les véhicules autonomes et le droit pénal routier», *Risques, études et observations: les véhicules autonomes*, 2018-1, p. 101 et s.
- BENILLOUCHE Mikaël**, «La subjectivisation de l'élément moral de l'infraction», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Dalloz, 2005, p. 529 et s.
- BLAGOJEVIC Borislav**, «Le droit comparé. Méthode ou science», *Revue internationale de droit comparé*, vol. 5, N° 4, 1953, p. 649 et s.
- BODECHER Maurice**, «Spécial droit du ski: L'application de la loi du 10 juillet 2000 aux accidents de ski», *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2004, p. 34 et s.
- CEDRAS Jean**, «Le dol éventuel: aux limites de l'intention», *Recueil Dalloz*, Dalloz, 1995, p. 18 et s.
- CHAVANNE Albert**, «Le problème de la répression des délits involontaires», *Revue de sciences criminelles et de droit comparé*, 1962, p. 241 et s.
- CHETARD Guillaume**, «Covid-19 et risques causés à autrui: ministère particulier cherche obligation particulière de prudence et de sécurité», *Le journal des accidents et des catastrophes*, n° 224, 2023.
- CLAVERIE-ROUSSET Charlotte**, «La responsabilité pénale du médecin en cas d'accord médial», *La responsabilité pénale du médecin, Revue générale de droit médical*, Les études hospitalières, N° 44, 2012, p. 115 et s.
- COMMARET Dominique**, «Coups et blessures, Cass. crim., 5 octobre 2004 (3 arrêts)», *Gazette du Palais*, Lextenso, N° 353, 2004, p. 11 et s.
- CONTE Philippe**, «Appréciation du caractère direct ou indirect de la causalité en matière d'homicide par imprudence», *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2004, p. 1336 et s.
- CONTE Philippe**, «Le lampiste et la mort», *Droit pénal*, LexisNexis, N° 1, janvier 2001, chron. 2.
- CONTE Philippe**, «Un droit en trompe-l'œil», *Droit pénal*, n° 7-8, juillet 2020, étude 19.
- CORIO LAND Sophie**, «La faute caractérisée au secours de la faute qualifiée: nouvelle illustration», *AJ pénal*, Dalloz, 2022, p. 210 et s.
- DARSONVILLE Audrey**, «Homicide involontaire: élargissement de la causalité directe», *Dalloz actualité*, Dalloz, mars 2009.
- DECHEPY-TELLIER Johan**, «Nul besoin de prouver la faute caractérisée de l'auteur indirect d'un homicide involontaire», *AJ Pénal*, 2008, p. 507 et s.

- DESNOYER Christine**, «L'article 4-1 du code de procédure pénale, la loi du 10 juillet 2000 et les ambitions du législateur: l'esprit contrarié par la lettre», *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2002, p. 979 et s.
- DETRAZ Stéphane**, «De la mauvaise conduite des véhicules autonomes en droit pénal», *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2021, p. 1039 et s.
- DREYER Emmanuel**, «Homicide et blessures involontaires – Faute caractérisée en matière d'hygiène et de sécurité du travail», *La Semaine Juridique Edition Générale*, LexisNexis, N° 20, 17 mai 2006, doct. 10079.
- DREYER Emmanuel**, «Irresponsabilité pénale de l'automobiliste en détresse», *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2006, p. 1582 et s.
- DREYER Emmanuel**, «La causalité directe de l'infraction», *Droit pénal*, LexisNexis, N° 6, 2007, *étude* 9.
- FAUCHON Pierre**, «Le professeur et le législateur», *Droit pénal*, LexisNexis, N° 5, mai 2001, chron. 22.
- FAURE Bertrand**, «Le problème du pouvoir réglementaire des autorités administratives secondaires», *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 19 (Dossier: loi et règlement)*, janvier 2006.
- FERRI Enrico** «les délits involontaires», *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1925.
- GAMET Laurent**, «Droit pénal et exposition fautive des salariés au coronavirus», *La semaine juridique sociale*, n° 9, 2021, p. 1056 et s.
- GIUDICELLI André**, «Principe de l'autorité de la chose jugée du pénal sur le civil», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Dalloz, 2003, p. 125 et s.
- GOZZI Marie-Hélène**, «Panorama de droit pénal», *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2006, p. 1521 et s.
- HERMANN Jeannine**, «Le juge pénal, juge ordinaire de l'administration», *Recueil Dalloz*, Dalloz, 1998, p. 195 et s.
- HERZOG Jacques-Bernard** «La répression des infractions involontaires», *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1958-1959, p. 87.
- HERZOG Jacques-Bernard**, «Les principes et les méthodes du droit pénal comparé», *Revue internationale de droit comparé*, vol. 9, N° 2, 1957, p. 337.
- HONORAT Jean**, «La répression des atteintes à l'intégrité corporelle consécutive à l'exercice des sports», *Recueil Dalloz*, Dalloz, 1969, chron. 207.
- JALUZOT Béatrice**, «Méthodologie du droit comparé: bilan et prospective», *Revue internationale de droit comparé*, vol. 57, N° 1, 2005, p. 29.
- JAMIN Ismaële**, «La responsabilité pénale en milieu de soins: une préoccupation réelle, une menace relative», *AJ Pénal*, Dalloz, 2009, p. 340 et s.
- JOSEPH-RATINEAU Yannick**, «Tous les chemins mènent à la faute caractérisée», *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2009, p. 1320 et s.

- LACROIX Caroline**, «La répression de l'imprudence: à hue & à dia – Hésitations, inconstances ou incohérences législatives?», *Les petites affiches*, Lextenso, N° 84, 2012, p. 5 et s.
- LARDET Florence** et **DAOUD Emmanuel**, «Dossier 1, le procès de l'intelligence artificielle et de la voiture autonome», *Dalloz IP/IT*, Dalloz, 2018, N° 11, p. 588 et s.
- LEVASSEUR Georges**, «Une révolution en droit pénal, le nouveau régime des contraventions», *Recueil Dalloz*, 1959, chronique XVIII, p. 121 et s.
- LEVEL**, « La faute involontaire de l'employeur et sa responsabilité pénale à la suite d'agissement commis par son personnel », *JurisClasseur*, 1969. 1. p. 1559
- MAYAUD Yves**, «De l'article 121-3 du Code pénal à la théorie de la culpabilité en matière», *Recueil Dalloz*, Dalloz, 1997, p. 37 et s.
- MAYAUD Yves**, «De la portée non justificative des diligences normales», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Dalloz, 1998, p. 328 et s.
- MAYAUD Yves**, «Délits non intentionnels: trois arrêts pour une même logique», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Dalloz, 2005, p. 71 et s.
- MAYAUD Yves**, «Infractions d'imprudence ou de négligence: preuve des diligences normales», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Dalloz, 1997, p. 833 et s.
- MAYAUD Yves**, «L'imputation causale des accidents du travail dans les délits non intentionnels», *AJ Pénal*, 2022, p. 232 et s.
- MAYAUD Yves**, «La causalité directe dans les violences involontaires, cause première ou «paramètre déterminant»?», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Dalloz, 2002, p. 100 et s.
- MAYAUD Yves**, «La loi Fauchon du 10 juillet 2000 après plus de cinq ans d'application ...», *AJ Pénal*, Dalloz, 2006, p. 146 et s.
- MAYAUD Yves**, «Lemalaise brutal et imprévisible, cas de force majeure pour l'auteur d'un accident de la circulation routière», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Dalloz, 2006, p. 61 et s.
- MAYAUD Yves**, «Pour des violences policières légitimes, par rejet des qualifications, et de violences mortelles, et d'homicide involontaire», *Revue de sciences criminelles*, 2021, p. 620 et s.
- MAYAUD Yves**, «Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal», *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2000, p. 603 et s.
- MESA Rodolphe**, «Développement et utilisation de l'IA, quels risques pénaux pour les entreprises?», *Cahiers de droit de l'entreprise*, LexisNexis, n° 3, 2020, dossier 18.
- MESA Rodolphe**, «La responsabilité pénale du maire en cas de menace sanitaire», *La semaine juridique administrations et collectivités territoriales*, LexisNexis, n° 24, 2020, 2172.

- MESA Rodolphe**, «Le responsabilité pénale de l'employeur du chef d'un délit non-intentionnel», *Juris tourisme, Dalloz*, 2021, n° 237, p. 28 et s.
- MILLIAND Stéphane**, «L'application de la loi du 10 juillet 2000 et les accidents de montagne», *Gazette du Palais*, Lextenso, N° 52, 2006, p. 4 et s.
- MISTRETTA Patrick**, «La responsabilité pénale médicale à l'aune de la loi du 10 juillet 2000 – Évolution ou révolution?», *La Semaine Juridique Edition Générale*, Lexisnexis, N° 28, 10 Juillet 2002, doct. 149.
- MOINE-DUPUIS Isabelle**, «L'intention en droit pénal: une notion introuvable?», *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2001, p. 2144 et s.
- MUIR-WATT Horatia**, «La fonction subversive du droit comparé», *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, N° 3, 2000, p. 503 et s.
- NUTTENS Jean-Dominique**, «La loi Fauchon du 10 juillet 2000 ou la fin de la confusion de la faute civile et de la faute pénale d'imprudence», *Gazette du Palais*, Lextenso, N° 279, 2000, p. 7 et s.
- ORJELA Rodolfo, LEDY Jonathan, LAUFFENBURGER Jean-Philippe, BASSET Michel**, «Les véhicules autonomes et le risque technologique: d'où vient-on où va-t-on?», *Risques, études et observations: les véhicules autonomes*, 2018-1, p. 19 et s.
- PÉRÈS Marcel**, «Faute pénale d'imprudence et sport de nature, analyse d'une jurisprudence en forme de rappel à l'ordre en matière de surveillance», *Juris tourisme*, Dalloz, N° 120, 2010, p. 44 et s.
- PICARD Etienne**, «L'état du droit comparé en France, en 1999», *Revue internationale de droit comparé*, vol. 51, N° 4, 1999, p. 885 et s.
- PLANQUE Jean-Claude**, «Robotum delinquere potest? L'intelligence artificielle et la responsabilité pénale», *Droit pénal*, Lexis Nexis, n° 6, 2022, étude 14.
- PONSEILLE Anne**, «La faute caractérisée en droit pénal», *Revue de sciences criminelles*, 2003, p. 79 et s.
- PUECH Marc**, «De la mise en danger d'autrui», *Recueil Dalloz*, 1994, p. 153 et s.
- RECOTILLET Méryl**, «La chambre criminelle fait une application rigoureuse de l'article 222-20 du code pénal», *Dalloz actualité*, juillet 2022.
- ROBERT Jacques-Henri**, «L'histoire des éléments de l'infraction», *Revue de sciences criminelles*, 1977, p. 269 et s.
- ROETS Damien**, «Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Dalloz, 2007, p. 251 et s.
- ROUJOU DE BOUBÉE Gabriel**, «Condamnation de la personne morale en l'absence de faute caractérisée», *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2002, p. 1801 et s.
- ROUSSEAU François**, «Épilogue judiciaire de l'affaire AZF, suite et fin!», *La Semaine Juridique Edition Générale*, LexisNexis, N° 12, 2020, p. 576 et s.

- RUET Céline**, «Commentaire de la loi n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Dalloz, 1998, p. 23 et s.
- SAENKO Laurent**, «Homicide involontaire: quand la faute délibérée est requalifiée en faute caractérisée», *RTD com.*, LexisNexis, 2022, p. 659 et s.
- SAINT-PAU Jean-Christophe**, «Responsabilité civile et responsabilité pénale – La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive?», *Responsabilité civile et assurance*, LexisNexis, N° 5, mai 2013, dossier 23.
- SALVAGE Philippe**, «L'imprudence en droit pénal», *La Semaine Juridique Edition Générale*, LexisNexis, N° 50, 2017.
- SEILLAN Robert**, «Infractions d'imprudence, l'appréciation *in concreto* de la faute depuis la loi du 13 mai 1996», *Recueil Dalloz*, Dalloz, 1997, p. 200 et s.
- SÉRIAUX Alain**, «L'appréciation de la faute pénale d'imprudence en droit français contemporain», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Dalloz, 2017, p. 231 et s.
- SEUVIC Jean-François**, «Responsabilité pénale pour faits d'imprudence ou de négligence – responsabilité des élus locaux et des fonctionnaires», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Dalloz, 1996, p. 890 et s.
- SORDINO Marie-Christine**, «Extension du domaine de la causalité directe en cas d'homicide involontaire», *Revue droit et santé*, LEH édition, N° 29, 2009, p. 241 et s.
- SORDINO Marie-Christine**, «Portée de la loi du 13 mai 1996 sur la responsabilité pénale du décideur privé», *Les petites affiches*, Lextenso, N° 152, 1998, p. 14 et s.
- STANZIONE Pasquale**, «Considérations sur les méthodes du droit comparé», *Revue internationale de droit comparé*, vol. 25, N° 4, 1973, p. 873 et s.
- TUNC André** et **LÉAUTÉ Jacques**, «Les frontières de la répression en matière d'imprudence», *Les frontières de la répression 1: imprudence, droit économique et social, pays de l'Est, Congrès de Criminologie*, Bruxelles, Édition de l'Université de Bruxelles, 1972, p. 39 et s.
- VAN NYPELSEER**, «Note sur la psychologie de l'imprudence», *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1958-59, p. 136 et s.
- VERHAEGEN Hennau**, «Chronique des journées franco-belgo-luxembourgeoises de Science pénale», *Revue de Droit pénal et de criminologie*, 1958-59, p. 786 et s.
- VIAL Jean-Pierre**, «La faute pénale qualifiée dans le sport», *Jurisport*, Dalloz, N° 169, 2016, p. 37 et s.
- VIAL Jean-Pierre**, «Les dirigeants sportifs à l'épreuve du risque pénal», *Les petites affiches*, Lextenso, N° 233, 2002, p. 12 et s.
- VIAL Jean-Pierre**, «Les violences et infractions d'imprudence dans les compétitions sportives», *AJ Pénal*, 2013, p. 308 et s.

VI Divers

A Autres sources juridiques

DECOOL Jean-Pierre, *Proposition de loi au Sénat n° 221 visant à réviser la loi dite «Fauchon» et à supprimer toute impunité pénale des responsables d'entreprise dans le drame de l'amiante*, 25 novembre 2021.

DESORTES Frédéric, *La responsabilité pénale en matière d'infractions non-intentionnelles*, rapport annuel de la Cour de cassation, 2002.

Directives et recommandations d'éthique médicale de l'Académie suisse des sciences médicales, 17 novembre 1981.

DOSIÈRE René, *Rapport n° 2266, sur la proposition de loi adoptée par le Sénat tendant à préciser la définition des délits non intentionnels*, fait au nom de la commission des lois, Assemblée nationale, déposé le 30 janvier 2000.

DOSIÈRE René, *Rapport n° 2528, sur la proposition de loi, adoptée avec modifications par le Sénat en deuxième lecture, tendant à préciser la définition des délits non intentionnels*, fait au nom de la commission des lois, Assemblée nationale, déposé le 30 juin 2000.

FAUCHON Pierre, *Rapport n° 177, sur la proposition de loi tendant à préciser la définition des délits non intentionnels*, fait au nom de la commission des lois, Sénat, déposé le 20 janvier 2000.

FAUCHON Pierre, *Rapport n° 32, sur la proposition de loi relative à la responsabilité pénale des élus locaux pour des faits d'imprudence ou de négligence commis dans l'exercice des fonctions*, fait au nom de la commission des lois, Sénat, déposé 18 octobre 1995.

JO Sénat, Débats, 27 octobre 1995, p. 2299.

Journal officiel de la République française, séance du 22 février 1996, intervention de P. PÉLLISARD.

OYEBODE Femi, «Clinical errors and medical negligence», *Medical principles and practice*, 2013, p. 323 et s.

Sénat, séance du 27 janvier 2000, intervention de M. DREYFUS-SCHMIDT.

Texte n° 154 (1999-2000), adopté par le Sénat, 28 juin 2000.

B Sources non juridiques

BIER Doriane, CHASSERIEAU Myriam, DELECROIX Marion et SERRUS Charlotte, «Devenir féconds de l'erreur», *Les chantiers de la création*, 2009, N° 2.

Dictionnaire de l'Académie française, Fayard, 9^e édition, 2005.

Dictionnaire Le petit Robert de la langue française, Le Robert, 2021.

FAUCONNET Paul, *La responsabilité. Etude de sociologie*, Félix Alcan, 2^e édition, 1928.

Gazette Nationale ou le Moniteur universel, n° 47, du vendredi 16 février 1810, p. 192.

Gazette Nationale ou le Moniteur universel, n° 57, du lundi 26 février 1810, p. 232.

POQUELIN Jean-Baptiste, *L'amour médecin*, 1665.

RICOEUR Paul, «Cultures, du deuil à la traduction», *Le Monde*, 24 mai 2004.

SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme Théologique*, tome 2, 1274.

SEGOND Louis, *Bible*, 1910.

STIEGLER Barbara, *Il faut s'adapter, sur un nouvel impératif politique*, Gallimard, NRF Essais, 2019.

STOECKER Ralf, «Tun und Lassen: Überlegungen zur Ontologie Menschlichen Handelns», *Erkenntnis*, vol. 48, 1998.

TARDE Gabriel, *Études de psychologie sociale*, 1898.

C Sites internet

Afnor normalisation: <normalisation.afnor.org/normes-definition/>.

Afnor normalisation, foire aux questions: <normalisation.afnor.org/foire-aux-questions/normes-volontaires-gratuites/#:~:text=Les%20normes%20volontaires%20sont%20des,%C3%A0%20jour%20selon%20les%20besoins>.

ALARA c'est bien, AHARA c'est mieux!: <www.thema-radiologie.fr/actualites/1283/alara-c-est-bien-ahara-c-est-mieux.html>.

Autorité de sûreté nucléaire (ASN), la réglementation: <www.asn.fr/Reglementer>.

Assemblée nationale, Fiche de synthèse n° 31 – le domaine de la loi: <www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/role-et-pouvoirs-de-l-assemblee-nationale/les-fonctions-de-l-assemblee-nationale/les-fonctions-legislatives/le-domaine-de-la-loi>.

Autorisation de pratiquer une profession de la santé pour le canton de Genève: <www.ge.ch/autorisation-pratiquer-profession-sante>.

BGH bestätigt Mord-Urteil gegen hauptangeklagten Berlin-Raser: <<https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/toedliches-rennen-bgh-bestaetigt-mord-urteil-fuer-berliner-raser-16820633.html>>.

Boutique afnor: <www.boutique.afnor.org/>.

Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC), Conseil de l'Europe, 3^e réunion du groupe de travail d'experts sur l'intelligence artificielle et le droit pénal: <rm.coe.int/cdpc-2020-8-rapport-de-la-3e-reunion-ia-et-le-droit-penal/16809f7a8b>.

Condamnations et personnes condamnées pour un délit ou un crime au sens des articles du code pénal (CP), selon l'année 2008-2019: <www.bfs.admin.ch/as-set/fr/je-f-19.03.02.01.03.02.01>.

Coutumes de Belvès extraites de la «Nouvelle revue historique de droit français et étranger», 1899: <www.guyenne.fr/ArchivesPerigord/Thema/Coutumes/Belves.htm>.

- Des navettes autonomes circulent à Sion:** <www.youtube.com/watch?v=IRtZrT_qDnw>.
- Dictionnaire Duden en ligne:** <www.duden.de/woerterbuch>.
- Directives médico-éthiques:** <www.samw.ch/fr/Publications/Directives.html>.
- Fédération française du bâtiment (FFB):** <www.ffbatiment.fr/federation-francaise-du-batiment/laffb/mediatheque/batimetiers.html?ID_ARTICLE=2144>.
- Fédération internationale de ski (FIS):** <www.fis-ski.com/en>.
- HAS, Check-list pour les cathéters veineux centraux:** <www.has-sante.fr/plugins/ModuleXitiKLEE/types/FileDocument/doXiti.jsp?id=c_1106177>.
- Haute autorité de santé (HAS), Élaboration de recommandations de bonne pratique, recommandation par consensus formalisé:** <www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2011-01/fiche_consensus_formalise.pdf>.
- HAS, Élaboration de recommandations de bonne pratique, recommandations pour la pratique clinique:** <www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2020-02/reco363_gm_rbp_maj_janv_2020_cd_2020_01_22_v0.pdf>.
- HAS, Méthodes d'élaboration des recommandations de bonne pratique:** <www.has-sante.fr/jcms/c_418716/fr/methodes-d-elaboration-des-recommandations-de-bonne-pratique>.
- International football association board (IFAB):** <www.theifab.com/home>.
- La HAS en bref:** <www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2020-10/has_en_bref.pdf>.
- «Le bus automatisé <SmartShuttle> en circulation à Sion»:** <www.youtube.com/watch?v=UMngl6iUXn8>.
- Les chiffres-clé de la Justice 2020:** <www.justice.gouv.fr/art_pix/Chiffres%20Cles%202020.pdf>.
- Méthodologie Actuelle des Recommandations Formalisées d'Experts SFAR/SRLF:** <www.srlf.org/wp-content/uploads/2015/11/2005_11_methodologie_actuelle_des_recommandations_formalisees_d_experts_SFAR-SRLF.pdf>.
- Ministère de la justice, les condamnations 2020:** <www.justice.gouv.fr/statistiques-10054/les-condamnations-32584.html>.
- Normes françaises du Document technique unifié (NF DTU):** <www.ffbatiment.fr/Files/pub/Fede_N00/MINISITE_TRAVAUX_202/831c8511f27f48fca44e7c8ba83cdfbab/EDIT/NF-DTU-FFB-Decembre-2020.pdf>.
- OMS, «accidents de la route»:** <www.who.int/fr/news-room/fact-sheets/detail/road-traffic-injuries>.
- Quel est le rôle des AAI ou des API en matière de régulation?:** <www.vie-publique.fr/fiches/20240-aa-i-et-api-role-de-regulation>.
- Questions et réponses concernant les essais des navettes autonomes à Sion, 2015:** <www.hevs.ch/media/document/1/questions-reponses-navettes-autonomes-.pdf>.

Raser vor Bundesgericht: <https://www.nzz.ch/amp/raser_vor_bundesgericht-1.1543806>.

Recommandations Formalisées d’Experts, Gestion des abords vasculaires en réanimation: <www.srlf.org/wp-content/uploads/2019/04/20190417-RFE-Abords-vasculaires.pdf>.

Règles de l’art: <www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Regles-art.htm>.

Society of Automotive Engineers (SAE) international, Automated driving: <web.archive.org/web/20170903105244/https://www.sae.org/misc/pdfs/automated_driving.pdf>.

Traduction officielle de Chancellerie fédérale: <www.termdat.bk.admin.ch>.

Voiture autonome, autopilote, assistance ...: quelles différences entre les niveaux de conduite?: <www.numerama.com/tech/212551-voiture-autonome-autopilote-assistance-a-la-conduite-queelles-differences.html>.

Index de jurisprudence

(Les chiffres en gras renvoient aux numéros de paragraphes)

Sommaire

	p.
I Jurisprudence suisse	570
A Arrêts du Tribunal fédéral	570
B Arrêts des cours cantonales	571
C Jugement du tribunal de police	571
II Jurisprudence française	571
A Arrêts de la Cour de cassation	571
B Arrêts de cours d'appel	577
C Jugements de tribunaux correctionnels	578
D Décision du Conseil constitutionnel	579
E Arrêt du Conseil d'État	579
III Jurisprudence européenne	579

I Jurisprudence suisse

A Arrêts du Tribunal fédéral

Explication de la numérotation des arrêts du Tribunal fédéral: «ATF XXX IV YYY»

- ATF, arrêt du Tribunal fédéral.
- XXX, chiffre indiquant l'année de l'arrêt selon le système 1874 + XXX.
- IV, classification selon le domaine du droit: I Droit constitutionnel, II Droit administratif, III Droit civil, poursuite et faillite, IV Droit pénal et exécution de peine, V Droit des assurances sociales.
- YYY, numéro de la page où se trouve l'arrêt dans le Recueil officiel

ATF 80 IV 49: **216**
ATF 83 IV 9: **130**
ATF 87 IV 115: **116**
ATF 90 IV 8: **318**
ATF 90 IV 180: **116**
ATF 95 IV 68: **116**
ATF 96 IV 99: **78**
ATF 97 IV 127: **490**
ATF 98 IV 275: **490**
ATF 99 IV 189: **490**
ATF 101 IV 28: **140**
ATF 101 IV 149: **242**
ATF 101 IV 240: **490**
ATF 101 IV 396: **151**
ATF 102 IV 100: **249**
ATF 103 IV 129: **116, 120**
ATF 104 IV 96: **136**
ATF 104 IV 280: **490**
ATF 105 IV 18: **249**
ATF 106 IV 264: **480**
ATF 106 IV 312: **216**
ATF 108 II 61: **480**
ATF 108 IV 3: **140, 249, 251**
ATF 109 IV 99: **140**
ATF 109 IV 113: **78**
ATF 109 IV 137: **249**
ATF 110 IV 68: **151**
ATF 111 IV 15: **151**
ATF 113 IV 58: **244**

ATF 113 IV 68: **126**
ATF 115 IV 100: **243, 246**
ATF 115 IV 189: **151**
ATF 115 IV 199: **242, 249, 251**
ATF 115 IV 203: **131**
ATF 115 IV 241: **242**
ATF 116 IV 134: **116**
ATF 116 IV 306: **242, 249, 318**
ATF 117 IV 14: **328**
ATF 117 IV 58: **512**
ATF 117 IV 130: **126, 243, 249**
ATF 118 IV 130: **251**
ATF 118 IV 277: **490**
ATF 118 IV 280: **490**
ATF 119 IV 242: **113**
ATF 119 IV 25: **328**
ATF 120 IV 252: **490**
ATF 120 IV 271: **131**
ATF 120 IV 310: **490**
ATF 121 IV 10: **246**
ATF 121 IV 14: **131**
ATF 121 IV 207: **242**
ATF 121 IV 380: **116**
ATF 122 IV 17: **242, 246**
ATF 122 IV 145: **131**
ATF 122 IV 193: **150**
ATF 123 IV 193: **78**
ATF 125 IV 87: **490**
ATF 125 IV 195: **242**

- ATF 127 IV 34: **180, 246**
 ATF 127 IV 62: **180**
 ATF 127 IV 65: **362**
 ATF 127 IV 198: **544**
 ATF 128 II 1: **78**
 ATF 128 IV 272: **116**
 ATF 128 I 327: **478**
 ATF 129 IV 119: **131**
 ATF 129 IV 121: **131**
 ATF 129 IV 276: **108**
 ATF 130 IV 7: **249**
 ATF 130 IV 10: **362**
 ATF 131 IV 145: **246**
 ATF 133 IV 158: **149, 180, 242**
- ATF 134 IV 189: **328**
 ATF 134 IV 193: **318**
 ATF 134 IV 255: **131, 249**
 ATF 134 IV 262: **362**
 ATF 135 IV 56: **362**
 ATF 135 IV 64: **362**
 ATF 137 IV 99: **116**
 ATF 143 IV 361: **244**
 ATF 6B_404/2012
 du 21 janvier 2013: **209**
 ATF 145 IV 462: **328**
 ATF 6B_958/2020
 du 22 mars 2021: **456**

B Arrêts des cours cantonales

- AG: OG 24.06.1997, AGVE (arrêts des tribunaux du canton d'Argovie) 1997 n° 35, p. 109: **140**
 TG: KK 02.12.1985, RBOG (arrêts du tribunal cantonal [= supérieur] de Thurgovie) 1986 n° 22, p. 89: **140**

II Jurisprudence française

A Arrêts de la Cour de cassation

- Cass. civ., 7 mars 1855, D. 1855.1.81: **229**
 Cass. crim., 30 janvier 1879, Dr. Pén. 1879. 1. 384: **233**
 Cass. crim., 13 mars 1891, Dr. Pén. 1891. 5. 259: **328**
 Cass. crim., 30 décembre 1892, S. 1894. 1. 201, note Villey: **419**
 Cass. civ. 18 décembre 1912, S. 1914. 1. 249, note Morel, D. 1915. 1. 7: **30, 228**
 Cass. crim., 29 janvier 1921, S. 1922. 1. 185, note Roux: **419**
 Cass. crim., 18 novembre 1927, S. 1928 I 192: **419**
 Cass. crim., 8 février 1936, Dr. Pén. 1936. 1. 44, note Donnedieu de Vabres: **419**
 Cass. soc., 15 juillet 1941, n° 00-26.836: **196**
 Cass. crim., 6 novembre 1947, Bull. crim. n° 215: **210**
 Cass. crim., 16 déc. 1948, Bull n° 291: **13**
 Cass. crim., 12 décembre 1952, Bull. crim. n° 306: **166**
 Cass. crim., 31 janvier 1956, Bull. crim. n° 110, D. 1956. 251: **573**
 Cass. crim., 28 février 1956, Bull. crim., n° 205, D. 1956. 391, JCP 1956. II. 9304, note Lestang: **166**
 Cass. crim., 9 mai 1956, Bull. crim. n° 355, JCP 1956. II. 9435, note Savatier: **163**

- Cass. crim., 13 décembre 1956, n° 55-05.772, arrêt Laboube, D. 1957. 349, note Patin: **86**
- Cass. crim., 18 décembre 1956, Bull. crim., n° 844: **419**
- Cass. crim., 3 juin 1957, Bull. crim. n° 466: **162**
- Cass. crim., 9 octobre 1957, Bull. crim., n° 613: **419**
- Cass. crim., 27 février 1958, D. 1958. 586: **419**
- Cass. crim., 29 octobre 1958, Bull. crim. n° 657: **420**
- Cass. crim., 10 février 1960, Bull. crim., n° 79: **419**
- Cass. crim., 6 octobre 1960, Gaz. Pal. 1961. 9: **33**
- Cass. crim., 30 octobre 1963, Bull. crim., n° 29: **419**
- Cass. crim., 29 avril 1964, n° 62-92.630, JCP 1964. II. 13912, note Meurisse: **162**
- Cass. crim., 14 février 1967, n° 91-55.866: **166**
- Cass. crim., 25 avril 1967, n° 66-92.587, Gaz. Pal. 1967. 1. 343: **253**
- Cass. crim., 7 mars 1968, n° 67-90: **244**
- Cass. crim., 25 avril 1968, JCP 1969. II. 16100, note Puech: **166**
- Cass. crim., 29 octobre 1968, n° 67-93.661: **562**
- Cass. crim., 11 avril 1970, n° 68-92.852, RSC 1971. 928, obs. Légal: **418**
- Cass. crim., 27 juillet 1970, n° 93-10.769: **166**
- Cass. crim., 27 mai 1972, n° 71-91.935, D. 1972. 178, Gaz. Pal. 1972. 2. 719: **166**
- Cass. crim., 9 juin 1977, n° 75-90.597: **253, 608**
- Cass. crim., 19 mai 1978, n° 77-93.426, D. 1978. 345, obs. G. Roujou de Boubée, RSC 1979. 80, obs. Levasseur: **245**
- Cass. crim., 8 novembre 1983, n° 83-90.906, D. 1985. IR 486, obs. Marty: **163**
- Cass. A. P., 30 mai 1986, n° 85-91.432: **561**
- Cass. crim., 3 novembre 1986, Bull. crim. n° 313, RSC 1987. 426, obs. Levasseur: **230**
- Cass. crim., 16 juillet 1987, n° 86-94.776: **461**
- Cass. crim., 13 octobre 1987, Bull. crim. n° 347: **230**
- Cass. crim., 15 mars 1988, n° 85-91.874: **33**
- Cass. crim., 16 janvier 1990, n° 88-83.193: **587**
- Cass. crim., 4 octobre 1990, Dr. Pén. 1991. 9, obs. Véron: **253**
- Cass. crim., 17 janv. 1991 RSC 1992, p. 78 obs. Levasseur: **385**
- Cass. crim., 25 juillet 1991, Dr. Pén. 1992. 34: **587**
- Cass. crim., 11 octobre 1993, n° 92-86.131, RSC 1994. 321, obs. Bouloc: **419**
- Cass. crim., 8 juin 1994, n° 93-83.379, Dr. Pén. 1994. 230: **521**
- Cass. crim., 20 mars 1996, n° 95-81168, RTD civ. 1996. 912, obs. Jourdain: **253**
- Cass. crim., 25 septembre 1996, n° 95-86.076, Dr. Pén. 1997. 3, obs. Véron: **586**
- Cass. crim., 19 novembre 1996, n° 95-85.945, D. 1997. 48, RSC 1997. 634, obs. Bouloc, RSC 1997. 835, obs. Mayaud, Dr. Pén. 1997. 33, note Véron: **430**
- Cass. crim., 20 novembre 1996, n° 95-85.013, Dr. Pén. 1997. 34, obs. Véron: **253**

- Cass. crim., 19 février 1997, n°96-82.377, D. 1998. 236, note Legros, JCP 1997. II. 22889, note Chevallier, Dr. Pén. 1997. 109, obs. Véron, Gaz. Pal. 1999. 1. 379, note Bonneau: **573**
- Cass. crim., 14 octobre 1997, n°96-83.356, Dr. Pén. 1998. 25, obs. Robert, RTD com. 1998.431, obs. Bouloc, RSC 1998. 328, obs. Mayaud, LPA 1998. 152. 14, note Sordino: **587**
- Cass. crim., 29 juin 1999, n°98-81.413, D. 2000. 29, obs. Mayaud, Gaz. Pal. janvier 2000. 11, note Petit, Dr. Pén. 1999. 148, obs. Véron: **162**
- Cass. crim., 30 juin 1999, n°97-82351, D. 1999. 710, note Vigneau, D. 2000. 27, obs. Mayaud et 169, obs. Desnoyer et Dumaine, JCP 2000. II. 10231, note Fauré, Gaz. Pal. 1999. 2. 676, note Bonneau et 139, obs. Doucet, LPA 1999. 229. 15, note Debove, Dr. Pén. 2000. 3, obs. Véron, RSC 1999. 813, obs. Mayaud: **116**
- Cass. crim., 9 novembre 1999, n°98-87.432, Gaz. Pal. avril 2000. 13, note Petit, RSC 2000. 389, obs. Mayaud, et 601, obs. Bouloc: **162**
- Cass. crim., 5 janvier 2000, n°99-81.817: **188**
- Cass. crim., 10 mai 2000, n°99-80.784: **589**
- Cass. crim., 5 septembre 2000, n°99-82.301, D. 2000. 256, RSC 2001. 154, obs. Bouloc et 156, obs. Mayaud: **270**
- Cass. crim., 24 octobre 2000, n°00-80.378, JCP G 2001. II. 10535, note Daury-Fauveau, Dr. Pén. 2001. 29 obs. Véron, D. 2002. 514, note Planque, D. 2002. 1801, obs. Roujou de Boubée, RSC 2001. 156, obs. Mayaud, 371, obs. Bouloc, 399, obs. Cerf-Hollender et 824, obs. Giudicelli-Delage: **276**
- Cass. crim., 5 décembre 2000, n°00-82.108, RSC 2001. 372, obs. Bouloc et 379 et 381, obs. Mayaud: **204**
- Cass. crim., 12 décembre 2000, n°00-83.099: **270**
- Cass. crim., 12 décembre 2000, n°98-83.969, Gaz. Pal. 2000.2.2456, note Petit, Dr. Pén. 2001. 43, obs. Véron, RSC 2001. 157, obs. Mayaud et p. 372, obs. Bouloc: **270, 600**
- Cass. crim., 10 janvier 2001, n°00-83.354, Gaz. Pal. 2001.2.1198, note Monnet, RSC 2001. 572, obs. Bouloc: **270**
- Cass. crim., 16 janvier 2001, n°00-82.274: **269**
- Cass. civ. 1^{re}, 30 janvier 2001, n°98-14.368, D. 2001, p. 2232, obs. Jourdain, RTD civ. 2001. 376, obs. Jourdain, JCP 2001.I.338, n°4 et s., obs. Viney, Resp. civ. et assur. 2001. 16 obs. Agard: **233**
- Cass. crim., 20 février 2002, n°00-81.093: **233**
- Cass. crim., 6 février 2001, n°00-84.692, Dr. Pén. 2001. 72, obs. Véron, RSC 2001. 582, obs. Mayaud: **33**
- Cass. crim., 13 février 2001, n°00-82.753, RSC 2001. 824, obs. Giudicelli-Delage: **270**
- Cass. crim., 20 mars 2001, n°00-84.011: **269**

- Cass. crim., 22 mai 2001, n° 00-85.179: **270**
- Cass. A. P., 29 juin 2001, n° 99-85.973, D. 2001. 2917, note Mayaud, JCP 2001. II. 10569, Gaz. Pal. 2001.2.1456, note Bonneau, Dr. Pén. 2001. 34, obs. Demont, RTD civ. 2001. 560, obs. Hauser, RSC 2002. 97, obs. Bouloc: **116**
- Cass. crim., 9 octobre 2001, n° 00-85.053, D. 2002. 2712, obs. Lacabarts, RSC 2002. 319, obs. Bouloc: **269**
- Cass. crim., 23 octobre 2001, n° 01-81.030, Dr. Pén. 2002. 27, obs. Véron, Gaz. Pal. 2002. 1. 365, note Petit, RSC 2002. 102, obs. Mayaud et RSC 2002. 320, obs. Bouloc: **284, 574**
- Cass. crim., 23 octobre 2001, n° 01-81.227, Dr. Pén. 2002. 27, obs. Véron, Gaz. Pal. 2002. 1. 365, note Petit, RSC 2002. 102, obs. Mayaud et 320, obs. Bouloc: **574**
- Cass. crim., 5 février 2002, n° 01-81.470, RSC 2002. 585, obs. Mayaud: **269**
- Cass. crim., 5 mars 2002, n° 01-86.053: **201**
- Cass. crim., 4 juin 2002, n° 01-81.280, D. 2003. 95, note Petit, D. 2003. 244, obs. Roujou de Boubée, RSC 2003. 127, obs. Giudicelli: **162, 589**
- Cass. crim., 18 juin 2002, n° 01-85.537, Gaz. Pal. 2002. 2. 994, note Petit: **270**
- Cass. crim., 18 juin 2002, n° 01-86.539, D. 2003. 240, note Gauvin et 244, obs. Roujou de Boubée, Gaz. Pal. 2002.2.1743, note Petit, Dr. Pén. 2002. 120, obs. Véron, RSC 2002. 814, obs. Mayaud: **439**
- Cass. crim., 25 juin 2002, n° 00-81.359, D. 2002. 3099, note Pradel, JCP 2002. II. 10155, note Rassat, Dr. Pén. 2002. 31, obs. Commaret et 93, obs. Véron, LPA, 2002, note Daille-Duclos: **116**
- Cass. crim., 15 octobre 2002, n° 01-83.351, D. 2003. 244, obs. Roujou de Boubée, Dr. Pén. 2003, 4, note. Véron, RSC 2003. 96, obs. Mayaud: **206**
- Cass. crim., 29 octobre 2002, n° 01-87.374, RSC 2003. 330, obs. Mayaud: **284**
- Cass. crim., 13 novembre 2002, n° 01-88.643, RSC 2003. 337, obs. Mayaud: **162**
- Cass. crim., 3 décembre 2002, n° 01-85.109, Dr. soc. 2003. 432, obs. Duquesne, RSC 2003. 326, obs. Bouloc, RSC 2003. 334, obs. Mayaud: **269**
- Cass. crim., 10 décembre 2002, n° 02-81.415, Dr. Pén. 2003. 45, obs. Véron, RSC 2003. 332, obs. Mayaud: **191**
- Cass. crim., 4 février 2003, n° 02-81.392, Dr. Pén. 2003. 71, obs. Véron: **201**
- Cass. crim., 11 février 2003, n° 02-85.810, D. 2003. 1660, obs. Mathieu, RSC. 2003. 801, obs. Giudicelli-Delage, Gaz. Pal. 2004.2.2888, obs. Penseille: **201**
- Cass. crim., 11 juin 2003, n° 02-82.622, Dr. Pén. 2003. 120, note Véron, JCP G 2003. IV. 2448, RSC 2003. 784, obs. Mayaud: **439**
- Cass. civ. 2°, 16 septembre 2003, n° 01-16.715, D. 2003. 2562, obs. Prétot, D. 2004. 721, note Bonfils: **233**
- Cass. crim., 2 décembre 2003, n° 03-83.008, AJ pénal 2004. 114, Gaz. Pal. 2004.2.2667, obs. Monnet, Dr. Pén. 2004. 17, obs. Véron, RSC 2004. 347, obs. Mayaud: **589, 201**

- Cass. crim., 2 décembre 2003, Dr. Pén. 2004. 17, obs. Véron: **439**
- Cass. crim., 21 septembre 2004, n° 03-85.510, RSC 2005. 77, obs. Mayaud: **283**
- Cass. crim., 5 octobre 2004, n° 04-80.658, Gaz. Pal. 2004. 2. 3831, note Commaret, RSC 2005. 71, obs. Mayaud: **263**
- Cass. crim., 5 octobre 2004, n° 04-81.024, Gaz. Pal. 2004. 2. 3831, note Commaret, RSC 2005. 71, obs. Mayaud: **263**
- Cass. crim., 5 octobre 2004, n° 03-86.169, D. 2005. 1525, obs. Mirabail, AJ Pénal 2005. 25, obs. Coste, Gaz. Pal. 2004. 2. 3831, note Commaret, RSC 2005. 71, obs. Mayaud: **262**
- Cass. crim., 8 mars 2005, n° 04-86.208, D. 2005. 2986, obs. Garé, Dr. Pén. 2005. 70, obs. Véron, RSC 2005. 555, obs. Mayaud: **282**
- Cass. crim., 22 mars 2005, n° 04-84.459, Dr. Pén. 2005. 103, obs. Véron: **254**
- Cass. crim., 6 septembre 2005, n° 04-87.778, Dr. Pén. 2006. 3, obs. Véron, RSC 2006. 62, obs. Mayaud: **439**
- Cass. crim., 13 septembre 2005, n° 04-86.988: **291**
- Cass. crim., 4 octobre 2005, n° 04-84.199, Dr. Pén. 2006. 2, obs. Véron, RSC 2006. 64, obs. Mayaud: **165**
- Cass. crim., 15 novembre 2005, n° 04-87.813, Dr. Pén. 2006. 32, obs. Véron, D. 2006. 1582, note Dreyer, RSC 2006. 61, obs. Mayaud: **418**
- Cass. crim., 29 novembre 2005, n° 05-80.017, JCP 2006. II. 10160, note F. ALT-MAES, Gaz. Pal. juin 2006. 40, note Viriot-Barrial: **589**
- Cass. crim., 10 janvier 2006, n° 04-86.428, DMF 2006. 563, obs. Janbon: **204**
- Cass. crim., 13 juin 2006, n° 05-83.261: **549**
- Cass. crim., 12 septembre 2006, n° 05-86.700, Dr. Pén. 2007. 4, obs. Véron, JCP G 2007. II. 10006, note Faict et Mistretta, Dr. Pén. 2007. 4, obs. Véron, RSC 2007. 82, obs. Mayaud: **259, 440**
- Cass. crim., 16 janvier 2007, n° 06-83.179, Dr. Pén. 2007. 49, note Véron, RSC 2007. 530, note Mayaud: **574**
- Cass. crim., 25 septembre 2007, n° 06-85.945: **587**
- Cass. crim., 30 octobre 2007, n° 06-89.365, AJ pénal 2008. 91, note Lavric, Dr. Pén. 2008. 65, note Robert, RSC 2008. 75, note Mayaud: **550**
- Cass. crim., 22 janvier 2008, n° 07-83.877, Dr. Pén. 2008. 43, obs. Véron: **201, 589**
- Cass. crim., 4 décembre 2007, n° 07-81.072: **276**
- Cass. crim., 18 mars 2008, n° 07-83.666: **291**
- Cass. crim., 1^{er} avril 2008, n° 06-88.948, D. 2008. 1404, obs. Darsonville, RSC 2009. 109, obs. Ambroise-Castérot, LPA 25 nov. 2008, obs. A. G., Dr. Pén. 2008. 99, obs. J.-H. Robert, RJDA 2008. 1058: **574**
- Cass. crim., 14 mai 2008, n° 08-80.202, JCP G 2008. II.10189, note Mistretta: **254**
- Cass. crim., 16 septembre 2008, n° 08-80.204, JCP S 2008. 1596, note Cesaro, AJ pénal 2008. 507, obs. Dechepey-Tellier, RSC 2009. 390, note Cerf-Hollender: **269**

- Cass. crim., 18 novembre 2008, n° 08-81.361, RSC 2009. 94, obs. Mayaud, D. 2009. 1320, note Joseph-Ratineau: **201**
- Cass. crim., 10 février 2009, n° 08-80.679, JCP G 2009. II. 10069, note Desprez, RSC 2009. 371, obs. Mayaud, AJ pénal 2009. 224, obs. Demarchi, Rev. droit et santé, 2009. 241, note Sordino, Dalloz actualité, 5 mars 2009, obs. Darsonville: **288**
- Cass. crim., 24 mars 2009, n° 08-83.001, Juris tourisme 2010. 120. 44, obs. Pères: **201**
- Cass. crim., 28 avril 2009, n° 08-83.843, D. 2009. 2825, obs. Roujou de Boubée, Garé et Mirabail, AJ pénal 2009. 267, Dr. soc. 2009. 875, obs. Duquesne, RTD com. 2009. 813, obs. Bouloc, JCP S 2009. 1413, note Tauran, Dr. pénal 2009. 10, obs. Segonds: **276**
- Cass. crim., 1^{er} septembre 2009, n° 09-80.091, Dr. pénal 2009. 11, obs. Segonds: **554**
- Cass. crim., 29 juin 2010, n° 09-84.439, AJ pénal 2010. 553, obs. Lasserre Capdeville: **202**
- Cass. crim., 16 novembre 2010, n° 09-87.296, Dr. Pén. 2011. 19, obs. Véron: **163**
- Cass. crim., 14 décembre 2010, n° 10-81.189, D. 2011. 2830, obs. Garé, RSC 2011. 96, obs. Mayaud: **585**
- Cass. crim., 8 février 2011, n° 10-84.161, Dr. Pén. 2011. 61, obs. Véron: **163**
- Cass. crim., 31 août 2011, n° 10-88.093, Dr. Pén. 2011. 147, note Véron: **291**
- Cass. crim., 18 octobre 2011, n° 11-80.653, Dr. Pén. 2012. 6, obs. Véron: **162**
- Cass. crim., 13 décembre 2011, n° 11-82.313: **283**
- Cass. crim., 2 octobre 2012, n° 11-85.032, D. 2012. 2606, AJ Pénal 2013. 99, obs. Lasserre Capdeville, Dr. soc. 2013. 142, chron. Salomon et Martinel: **276**
- Cass. crim., 23 octobre 2012, n° 11-85.360, Gaz. Pal. janvier 2013. 14, note Merckx, Dr. Pén. 2013. 3, obs. Véron: **201**
- Cass. crim., 20 novembre 2012, n° 11-87.531, D. 2013. 218, note Lacroix: **254**
- Cass. crim., 29 mai 2013, n° 12-85.427, Gaz. Pal. 2018. 45, note Detraz, JCP G 2013, 1176, note Detraz, Dr. Pén. 2013. 125, obs. Véron, D. 2013. 2016, note Desprez, AJ pénal 2013. 678, obs. Lasserre-Capdeville: **285**
- Cass. crim., 11 juin 2013, n° 12-84.499, Dr. soc. 2014. 137, chron. Salomon et 269, étude Salomon: **535**
- Cass. crim., 25 juin 2013, n° 12-81.820, Dalloz actualité, 12 septembre 2013, obs. Le Drevo: **191**
- Cass. crim., 24 septembre 2013, n° 12-87.059, D. 2013. 2443, note Hennion-Jacquet, AJ pénal 2013. 605, obs. Lacroix, Dr. Pén. 2013. 163, obs. Maron et Haas et 168, obs. Véron, JCP 2013. 1176, note Detraz, Gaz. Pal. 2013. 2. 3051, note Mésa: **197**
- Cass. crim., 5 novembre 2013, n° 12-85.380: **277**
- Cass. crim., 6 novembre 2013, n° 12-82.182, AJ pénal 2014. 131, note Lasserre Capdeville, Jurispr. auto 2014. 858. 26, note Josseaume, Dr. Pén. 2014. 24, obs. Robert, Gaz. Pal. 2014. 31, note Detraz: **419**

- Cass. crim., 19 novembre 2013, n° 12-86.554, Dr. soc. 2014. 269, chron. Salomon, JCP S 2014. 1062, obs. Duquesne: **276**
- Cass. crim., 25 février 2014, n° 12-88.098: **587**
- Cass. crim., 21 octobre 2014, n° 13-87.457, Dr. Pén. 2014. 145, obs. Véron: **578**
- Cass. crim., 18 mai 2016, n° 15-84.026: **273**
- Cass. crim., 22 juin 2016, n° 15-81.725, Dalloz actualité, 1^{er} juillet 2016, obs. Goetz: **196**
- Cass. crim., 13 décembre 2016, n° 15-80.181: **276**
- Cass. crim., 10 mai 2017, n° 16-84.288, Dr. Pén. 2017. 10, obs. M. Segonds: **587**
- Cass. crim., 3 mars 2018, n° 17-82.746, Dalloz actualité, 28 mars 2018, obs. Recotillet: **555**
- Cass. crim., 27 mars 2018, n° 17-82.455: **193**
- Cass. crim., 2 mai 2018, n° 17-80.317: **589**
- Cass. crim., 6 novembre 2018, n° 17-81.420, RSC 2019. 437, obs. Mistretta: **283**
- Cass. crim., 17 décembre 2019, n° 17-87.465, JCP G 2020. 342, note Rousseau, Dr. Pén. 2020. 67 et 68, note Conte: **550**
- Cass. crim., 31 mars 2020, n° 19-82.171, Dalloz actualité, 14 mai 2020, obs. Charlent, AJ Pénal 2020. 356, obs. Lasserre-Capdeville: **535**
- Cass. crim., 8 septembre 2020, n° 18-82.150, D. 2020. 1718, JAC oct. 2000, note Steinlé-Feuerbach, Gaz. Pal. 6 oct. 2020. 49, obs. Berlaud, RSC 2020. 929, obs. Mayaud: **535**
- Cass. crim., 16 mars 2021, n° 20-81.316, RSC 2021. 380, obs. Cerf-Hollender: **191**
- Cass. crim., 23 mars 2021, n° 20-82.416, D. 2021. 633: **559**
- Cass. crim., 18 mai 2021, n° 21-80.042, AJ pénal 2021. 366, note Leborne: **555**
- Cass. crim., 8 février 2022, n° 21-83.708, JCP S. 46. 2022, obs. Segonds, JCP G. 15. 2022, obs. Saint-Pau, AJ pénal 2022. 210, obs. Corioland, Droit pénal 4. 2022. 61, obs. Conte, Dalloz actu., mars 2022, obs. Dominati, D. 2022. 736, note N. Catelan, RTD com. 2022. 669, obs. Saenko: **206**
- Cass. crim., 21 juin 2022, n° 21-85.691, Dalloz actu, juillet 2022, obs. Recotillet, JCP S. 2022.35.1220, obs. Gamet: **207**
- Cass. AP., 20 janvier 2023, n° 22-82.535: **191**

B Arrêts de cours d'appel

- CA Poitiers, 20 novembre 1901, S. 1902.2.305, note Hémard, D., 1902.2.81, note Le Poittevin: **156**
- CA Douai, 16 mai 1962, JCP, 1963. II. 13198: **33**
- CA Caen, 9 février 1987, JurisData n° 1987-050365: **418**
- CA Amiens, 14 décembre 1995, JCP 1996. IV. 1743: **166**
- CA Grenoble, 23 mai 1996, JCP 1996. IV. 2228: **163**
- CA Versailles, 13 septembre 1996, RSC 1997. 833, obs. Mayaud: **428**
- CA Paris, 17 décembre 1996, Dr. Pén. 1997. 46, obs. Véron: **162**

- CA Chambéry, 9 janvier 1997, JCP 1997. IV. 2499: **165**
CA Grenoble, 12 juin 1998, Gaz. Pal. 1998. 2. 460, note Petit: **270, 600**
CA Bordeaux, 2 juillet 1998, JurisData n° 1998-04855: **419**
CA Nîmes, 3 juin 1999, n° 553/1999: **596**
CA Caen, 10 novembre 1999, Juris-Data n° 114814: **560**
CA Paris, 25 février 2000, JCP 2000. IV. 2861: **162**
CA Rennes, 19 septembre 2000, Gaz. Pal. 2000.2.2361, LPA, 2000. 234. 13, note Vidal-Durant, RSC 2002. 158, obs. Mayaud: **270**
CA Paris, 4 décembre 2000, D. 2001. IR 433, Gaz. Pal. 2001. 1. 115, note Petit, RSC 2001. 381, obs. Mayaud: **260**
CA Lyon, 21 décembre 2000, n° 01-202, Bull. inf. C. Cass. 2001. n° 1015: **546**
CA Lyon, 28 juin 2001, Gaz. Pal. 2001.2.1140, note S. Petit, RSC 2001. 804, obs. Mayaud: **270, 574, 600**
CA Anger, 11 décembre 2001, n° 01/00375: **546**
CA Chambéry, 16 janvier 2002, JCP 2002. IV. 2642: **165**
CA Rouen, 10 février 2003, Juris-Data n° 226981: **558**
CA Douai, 13 mars 2003, JurisData n° 2003-218293: **419**
CA Poitiers, 19 mai 2004, Juris-Data n° 244713: **558**
CA Grenoble, 4 juillet 2007, n° 06/00399: **574**
CA Chambéry, 9 septembre 2009, n° 08/01139: **574**
CA Grenoble, 18 novembre 2014, n° 14/00600, AJ Pénal 2015. 145: **529**
CA Versailles, 26 janvier 2017, n° 14/09204: **576**

C Jugements de tribunaux correctionnels

- Trib. corr. Poitiers 11 octobre 1901: **156**
Trib. corr. Albi, 17 mai 1957, JCP, 1957. II. 10101: **33**
Trib. corr. Lyon, 20 novembre 1972, Gaz. Pal. 1973. 1. 3: **166**
Trib. corr. Lyon, 26 septembre 1996, D. 1997. 200, note Seillan, RSC 1997. 833, obs. Mayaud: **428**
Trib. corr. Grenoble, 15 septembre 1997, Gaz. Pal. 1997. 2: **600**
Trib. corr. Lyon, 6 septembre 1999, D. 2000. 200, note Molins: **165**
Trib. corr. Mulhouse, 14 février 2002, n° 02-213, Bull. inf. C. Cass. 2002, n° 772: **546**
Trib. corr. Strasbourg, 27 mars 2007, Journal des accidents et catastrophe, N° 73, note Steinlé-Feuerbach: **273**

D Jugement du tribunal de police

- Tribunal de police de Moutiers, 19 juin 2002: **559**

E Décision du Conseil constitutionnel

- Cons. const., décision du 27 juillet 2000, n° 2000-433: **427**

F Arrêt du Conseil d'État

CE, 13 mai 1938, n° 57302, *Caisse primaire aide et protection*, GAJA, n° 47: **542**

CE, 22 novembre 1974, n° 89828, *FIFAS*, au Lebon: **545**

III Jurisprudence européenne

CEDH, 15 novembre 1996, *Cantoni c. France*: **115**

CEDH, 29 août 1997, *A.P., M.P. et T.P. c. Suisse*: **13**

CEDH, 29 août 1997, *E.L., R.L. et J.O.-L. c. Suisse*: **13**

CEDH, 17 janvier 2002, *Calvelli et Ciglio c. Italie*: **9**

CEDH, 29 mars 2006, *Achour c. France*: **542**

CEDH, 12 avril 2012, *Lagardère c. France*: **13**

Index alphabétique

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

A

Actio libera in causa: 215

Adéquation sociale

- Définition: 328
- Lien avec le risque autorisé: 329, 363, 365, 367, 484

Ancien régime: 25

Aquila (loi): 21

Analyse bénéfico-risque

- En droit français: 530, 606, 610, 612, 614, 618
- En droit suisse: 365, 508, 511, 512, 515, 520, 525, 526, 615

Animaux: 1, 625

- En droit français: 25, 162, 195, 299, 287, 162
- En droit suisse: 459, 314

Appréciation

- Arbitraire:
 - Ancien Régime: 25, 27, 108, 113
 - En droit français: 116, 197, 291, 387, 390, 578
 - En droit suisse: 243
- Civile et pénale: 217, 227 et s.
- Compétences moindres: 215, 220, 223

- Compétences supérieures: 214, 223
- Depuis la loi du 13 mai 1996: 221, 222
- *Ex ante*:
 - En droit français: 594 et s.
 - En droit suisse: 212, 247, 464, 473, 485, 409, 513, 518, 526
- *Ex post*: 242
- Extensive: 63, 116, 120, 173, 238
 - En droit français: 208, 253, 294, 302, 399, 400, 437
 - En droit suisse: 131, 252, 332
- *In abstracto*: 220, 222, 224, 225, 236, 237
- *In concreto*: 220, 222, 223, 225
- Objective-individualisée: 211, 215, 216, 217, 225, 236, 237

Approche:

- Historique: 14
- Changement: 301, 302, 616, 622

Auteur

- Direct: 195, 271, 280 et s., 288, 574
- Indirect *lato sensu*: 195, 196, 204, 206, 207, 232, 269, 271, 285, 288, 299, 300, 440, 574
 - Indirect *stricto sensu*: 257, 258
 - Médiat: 257, 259

Autolimitation du droit pénal: 330 et s., 365

Automobiliste: 62, 99, 114

- En droit français:
 - Aggravation: 298
 - Causalité: 258, 262, 263, 287
 - Erreur: 419, 558, 581, 585
 - Faute et intention: 94
- En droit suisse:
 - Causalité: 242, 245
 - Risque autorisé: 314, 332, 347, 359, 489, 490, 497, 518

Autonomie du droit pénal:

- En droit français: 227 et s., 532
- En droit suisse: 42, 328, 476, 483

Autorisation

- Administrative: 461, 462 et s., 466 et s., 485, 496, 498, 549, 550, 561
 - De police: 463 et s., 467, 485, 496, 497
 - Exceptionnelle: 464 et s., 468, 477, 485, 496, 498, 501, 507, 510
- Inconditionnelle: 459 et s., 485

Autorisation de la loi (actes autorisés par la loi)

- En droit français: 531
- En droit suisse: 340

Autorité administrative indépendante (AAI): 540, 569

Autorité de la chose jugée au criminel sur le civil: 30, 229, 233

B

Biais rétrospectif: 593, 594 et s., 613

Bien juridique: 73

- Illicéité: 73
- Omission: 127, 135 et s., 147 et s., 149 et s., 181

- Risque autorisé: 311, 314, 323, 341, 344 et s., 355, 362, 477, 498, 499, 502 et s., 509, 521 et s.,
- Théorie causaliste: 76
- Théorie finaliste: 77

Bon père de famille: 220, 224

C

Calèche: 312, 314

Cathéter: 451

- En droit français: 570, 578, 612
- En droit suisse: 521, 523

Causalité adéquate: 293, 294

- En droit français: 266 et s., 286 et s.
- En droit suisse: 246 et s., 287, 252

Causalité certaine: 254, 261 et s., 266

Causalité directe et indirecte

- Directe: 279 et s., 437, 440, 441, 442, 607, 614, 620
- Indirecte: 158, 196, 232, 254, 256 et s., 281, 282, 286, 288, 290 et s., 294, 297, 299, 437 et s., 580, 613

Causalité hypothétique: 249 et s., 259, 295

Causalité naturelle: 171, 241 et s., 246 et s., 252, 267, 293

Causalité réelle: 249

Cause de non-imputabilité

- En droit français: 409 et s. 442, 445, 555
- En droit suisse: 349 et s.

Cause étrangère: 263, 267, 385

Chef de tir: 449, 453

- En droit français: 536, 578, 589, 612
- En droit suisse: 484, 498, 505, 521

Chirurgien:

- En droit français: 25, 129, 163, 285, 389, 586, 589, 601, 605
- En droit suisse: 214, 489, 492 et s., 504, 574,

Circonstance aggravante: 195, 298
Coaction: 244
Code de déontologie: 538, 612
Commission: 51, 65, 71, 84, 124, 125, 129 et s., 156 et s., 188, 241 et s., 257, 295, 316
Commission par omission
 – En droit français: 154 et s.
 – En droit suisse: 126 et s.
Communauté de risques librement consentie
 – En droit français: 165
 – En droit suisse: 139
Comparaison
 – Intérêt: 43 et s.
 – Méthode: 46 et s., 60 et s., 304, 447 et s. 455 et s.
 – Difficultés: 54 et s.
Consentement: 143
Constructeur, voir automobiliste
Contrainte: 416 et s., 442, 556
Contrat
 – En droit français: 163 et s.
 – En droit suisse: 136 et s.
Contre-mesure: 503, 527, 592, 613
Contrôle final: 181, 570
Coupable: 1, 2, 21, 61, 168, 619, 625
 – En droit français: 156, 186, 270, 373, 384, 399, 403 et s., 406 et s., 434 et s., 442, 556, 574, 600
 – En droit suisse: 72, 97, 176 et s., 355, 459, 495, 498
Coutume: 459, 566, 567
Création d'un risque:
 – En droit français: 166 et s.
 – En droit suisse: 140 et s., 363
Culpabilité: 57
 – En droit français: 27, 85 et s., 277, 332, 400, 401, 402 et s., 407, 408,

426, 429, 430, 435, 442, 443, 556, 582
 – En droit suisse (*Schuld*): 70 et s., 75 et s., 177 et s., 195, 213, 215, 229, 247, 334, 350 et s., 354 et s.

D**Danseur:** 450

– En droit français: 259, 603
 – En droit suisse: 509, 517, 517

Décideurs: 34, 63, 220, 226, 253, 269, 271, 289, 292, 293, 432, 434**Délégation**

– En droit français: 584 et s.
 – En droit suisse: 493 et s.

Diligence: 10

– En droit français: 90, 167, 221, 273, 386 et s., 396, 399, 414 et s., 421 et s., 427 et s., 431 et s., 436 et s., 527 et s.
 – En droit suisse: 131, 171, 178 et s., 214, 215, 224, 249, 314, 329, 351, 355 et s., 365 et s., 475, 485, 492, 494, 501 et s.

Directeur

– En droit français: 270, 273, 546, 554
 – En droit suisse: 131

Discernement

– En droit français: 85, 409 et s., 442, 559
 – En droit suisse: 150, 215, 351

Division horizontale du travail

– En droit français: 586
 – En droit suisse: 492

Division verticale du travail

– En droit français: 587
 – En droit suisse: 493

Document technique unifié (DTU): 570

Dol éventuel: 64, 67, 91, 99

- En droit français: 103 et s.
- En droit suisse: 101 et s.

Dracon (loi de): 18

Droit disciplinaire: 332

Droit pénal accessoire: 108, 469

Droit canonique: 22 et s.

Droit romain: 19

Dualité des fautes pénale et civile

- En droit français: 227 et s.
- En droit suisse: 217

E

Élément

- Légal: 83
- Matériel: 84, 88
- Psychologique: 85 et s., 88

Enfant: 16, 20, 25, 99,

- En droit français: 162, 163, 166, 201, 206, 284, 559, 600
- En droit suisse: 126, 131, 135, 136, 140, 147, 148, 150, 152, 214, 315, 490, 497, 500, 509

Énoncé de fait légal ou type:

- Définition: 71 et s.
- Énoncé de fait légal et risque autorisé: 359 et s.

Enseignant: 191, 206, 270, 470

Équivalence des conditions: *voir causalité naturelle*

Ère industrielle: 31, 311 et s., 327, 333, 372, 445.

Erreur de droit:

- En droit français: 410, 555
- En droit suisse: 86, 355

Erreur de fait: 442

Erreur irréductible: 369 et s., 527 et s.

État de nécessité: 73, 339, 341, 344

Évitabilité:

- En droit français: 596

- En droit suisse: 171, 181, 294, 322, 361 et s., 365 et s.

Excès de vitesse: 287

Expertise

- En droit français: 582, 596, 615
- En droit suisse: 243

F

Fait justificatif extra-légal: 342 et s.

Fait justificatif légal:

- En droit français: 428 et s., 445, 556
- En droit suisse: 73, 120, 337 et s., 343, 346 et s.

Fauchon (loi): 34, 44 et s., 60, 85, 89, 94, 97, 103 et s., 110 et s., 158, 172, 185, et s., 196, 200, 204, 208, 218, 231, 235, 237 et s., 254 et s., 389, 433 et s., 600, 607

Faute qualifiée: 111, 185, 189 et s., 232, 235, 237, 254, 255, 256, 268 et s., 273, 292, 294, 438, 440 et s., 620,

– Caractérisée: 189, 195, 196 et s., 216, 232, 237, 255, 262, 288, 291, 438 et s., 574, 580, 585, 588 et s. 590 et s., 613

- Délibérée: 103 et s., 190 et s., 196, 198, 205 et s., 232, 237, 255, 276, 298, 300, 554, 580

Faute matérielle: 556

Faute par acceptation: 216, 501

Faute simple: 63, 111, 185, 186 et s., 218, 234, 237, 254, 255, 268, 269, 270 et s., 289, 291, 292, 294, 297, 298, 300, 437 et s., 555, 557, 574, 580, 590, 620

Fédération sportive

- En droit français: 545 et s.
- En droit suisse: 481 et s.

Finalistes: *voir Théorie finaliste*

G

Garant: 126, 131, 132, 135 et s., 139 et s., 148, 249, 251, 292, 295, 216, 475, 507

- De protection: 150
- De surveillance: 151

Groupe: 13, 15

- En droit français: 186, 405 et s., 556, 595, 600, 608
- En droit suisse: 137, 139, 150, 165, 489 et s.

H

Hammourabi (Code de): 16

I

Illicéité: 70 et s., 73, 76, 78, 80, 142, 329, 334, 336 et s., 347, 351 et s., 355 et s.

Imprévoyance: 97, 131, 142, 237, 312, 525

- Appréciation: 212 et s.
- Approche linguistique: 178 et s.
- Civile: 217
- Coupable: 176 et s.
- Droit français: 188, 427, 431, 440, 574, 590
- Externe: 171, 181, 182
- Interne: 171, 180, 182, 247 et s., 252
- Risque autorisé: 386, 484, 490, 494, 495, 496
- Secondaire: 493, 498

Imprudence et négligence

- Consciente: 96 et s., 104,
- Inconsciente: 96 et s., 186, 189
- Terminologies suisse et française: 51

Imputabilité:

- En droit français: 57, 85 et s., 277
- En droit suisse: 355, 359

- Non-imputabilité: voir *cause de non-imputabilité*

Inattention: 158, 184, 188, 197, 390, 431

In dubio pro reo: 102, 251

Incapacité totale de travail (ITT): 33, 193

Incendie: 1, 96

- En droit français: 162, 259, 263, 266, 504
- En droit suisse: 139, 244

Incrimination par renvoi: voir *renvoi*

Indemnisation: 13, 22, 27, 30, 31, 42, 217, 229, 232, 399, 423, 624

Infection nosocomiale: 262 et s.

Ingérence dormante: 507

Injuste

- En droit suisse: 73 et s., 77
- En équité: 12, 223, 229, 400, 560

Intention: 5, 93 et s.

Intérêt général: 607

Interprétation: 115 et s.

- Analogique: 120
- Littérale: 118
- Stricte: 116, 119, 120, 155, 157, 158, 167, 168, 204
- Téléologique: 119

L

Laps de temps: 493, 661 et s., 613

Légalité criminelle: 108 et s., 110, 113, 115 et s., 116, 122

- En droit français: 83, 622
- En droit suisse: 72, 126, 332, 342

Légitime défense: 73 et s., 339, 334

Liberté d'action (principe de la): 330 et s., 333, 422, 458, 459, 512, 610

Loi

- Au sens constitutionnel français: 535 et s.

- Du 10 juillet 2000: voir *Fauchon*
- Du 13 mai 1996: 34, 60, 172, 183, 221 et s., 235 et s., 425, 427 et s., 437 et s., 442, 446, 555 et s.
- Source de l'obligation d'agir: 135, 162

M

Maire

- En droit français: 34, 162, 201, 253, 259, 269, 270, 271, 439, 536, 589, 620,
- En droit suisse: 162

Maîtrise des moyens:

- En droit français: 613,
- En droit suisse: 504, 592

Maladresse: 28, 111, 158, 184, 188, 297, 312, 332, 381, 390, 431, 558, 560, 594

Médecin: 10, 16, 60, 451,

- En droit français: 25, 163, 187, 201, 224, 250 et s., 284, 372, 374, 378, 383 et s., 385, 387, 432, 440, 530 et s., 538, 562, 570, 573, 574, 576 et s., 586 et s., 589, 598 et s., 608, 612
- En droit suisse: 126, 131, 136, 137, 140, 150, 214 et s., 311, 340, 460, 463, 484, 489, 492 et s., 495, 496, 504, 521, 522

Mise en danger: 8, 73, 76, 87, 103, 124, 127, 135, 250, 499

Modèle de référence:

- En droit français: 223 et s., 235, 236, 255, 386
- En droit suisse: 212, 363

Moyens: 94, 117

- En droit français: 166, 169, 221 et s., 329, 393, 397, 404, 415, 422, 427, 430, 432, 439 et s., 586 et s., 591 et s., 595 et s., 601, 604, 613

- En droit suisse: 77, 139, 215, 323 et s., 331 et s., 458, 502 et s., 509, 525, 557

Morale: 8 et s., 23 et s., 133, 157, 186, 193, 229, 403 et s., 405 et s., 429, 556, 624

N

Navigation: 204, 263, 266, 428

Ne bis in idem: 195, 298

Nécessité:

- D'une autorisation: 461, 466
- De la traduction: 55 et s.
- De l'interprétation: 115 et s.
- Du recours au droit pénal: 9, 28, 197, 331, 333
- Du risque: 61, 326, 348, 345, 514, 527, 560, 510, 617
- État de: voir *état de nécessité*

Négligence, voir *imprudence*

Neminem laedere: 459

Normal

- Diligence: voir *diligence en droit français*
- Polysémie: 528 et s.

Norme

- En droit français: 543 et s., 562 et s.
- En droit suisse: 469 et s.

Norme Afnor: 539

Notion-cadre ou formelle: 365

O

Obligation d'agir: 132 et s., 159 et s.

- Champ: 129 et s., 159 et s.
- Particularité: 146 et s.
- Source: 134 et s., 161 et s.

Obligation de protection: voir *garant de protection*

Obligation de prudence ou de sécurité:

- 103, 111, 158
- Faute délibérée: 190 et s.
- Faute simple: 186 et s.

Obligation de surveillance: *voir garant de surveillance***Omission**

- Improprement dite: 60, 62, 65, 126 et s.
- Proprement dite: 135, 136

P**Parents:** 17 et s.,

- En droit français: 162, 202, 284
- En droit suisse: 136, 148, 152

Peine: 1, 7, 17 et s.,

- En droit français: 26 et s., 193 et s.
- En droit suisse: 42 et s.

Pentateuque: 17**Personne morale**

- En droit français: 195, 272, 274, 275 et s., 300, 435
- En droit suisse: 275

Pratiques d'opinion: 568**Précaution:** 6, 23, 94, 96, 123,

- En droit français: 28, 159 et s., 182 et s., 373, 385, 393, 395, 427, 478, 590, 603
- En droit suisse: 102, 158, 176, 178, 181 et s., 244, 321

Prévisibilité: 115,

- Des décisions: 300, 485, 527, 610, 618, 621, 623
- Du résultat
 - En droit français: 168, 171, 184, 237
 - En droit suisse: 178, 180, 182, 247 et s., 361 et s., 365, 366, 477, 495, 499

Principe de confiance

- En droit français: 585 et s.
- En droit suisse: 488 et s.

Principe d'ingérence: 140**Principe fonctionnel:** 47 et s.**Produits dangereux:** 166, 311, 475, 485**Professionnel:** 10, 114

- En droit français: 163, 201, 269, 332, 378, 380, 386, 389, 405, 406, 440, 448, 562 et s., 589, 602
- En droit suisse: 126, 213, 216, 479 et s., 484, 509, 517, 535, 538

Progrès: 10, 12, 311, 314, 216, 317, 366, 372, 374, 394, 512, 624**Proportionnalité**

- En droit français:
 - Bénéfice-risque: 61, 609 et s.
 - *Quantum* de la peine: 33 et s.
- En droit suisse:
 - Bénéfice-risque: 326
 - Fait justificatif: 343 et s.
 - *Quantum* de la peine: 42

Q**Quasi-contrat:** 136, 137, 144**R****Raisonnable**

- En droit français:
 - Connaissance: 192
 - Diligence: 341, 396, 397, 528 et s., 554, 557, 558, 581, 585 et s., 590, 598, 600, 606 et s.
- En droit suisse:
 - Délai: 137
 - Diligence: 131, 212 et s., 406, 473, 486, 497, 505, 514, 519
 - Limite: 246

Recommandation: 451

- En droit français: 569 et s., 576 et s., 578.
- En droit suisse: 131,380, 481

Recontextualisation: 593, 597, 600

Règle de conduite

- En droit français: 529 et s.
 - Étatique: 535 et s.
 - Extra-étatique: 562 et s.
- En droit suisse: 470 et s.
 - Étatique: 471 et s.
 - Extra-étatique: 479 et s.

Règle de l'art:

- En droit français: 564 et s., 571 et s.
- En droit suisse: 480, 484.

Règle du jeu sportif

- En droit français: 542 et s., 481
- En droit suisse: 482

Règlement: 28

- Afnor: voir *norme Afnor*
- Code de déontologie: voir *code de déontologie*
- Faute simple: 111, 158, 186 et s., 297
- Faute délibérée: 103, 190, 195
- Portée: 552 et s.
- Règles du jeu: voir *règle du jeu sportif*
- Sens constitutionnel: 190, 205, 536, 547

Renvoi (technique du): 110 et s.

Responsabilité du fait d'autrui: 166

Responsabilités pénale et civile

- Contrainte: 419
- Différence de fonctions: 13, 42, 624
- Dualité des fautes: 217, 231
- Unité des fautes: 30, 31, 32, 34, 60, 228 et s., 301, 378, 399, 437

Responsabilité personnelle: 13, 166, 273, 435, 489

Responsabilité pour l'acte (*Tatverantwortung*): 355 et s.

Résultat:

- Caractère conscient et inconscient: 96 et s.
 - Causaliste: 76
 - Causalité:
 - En droit français: 263 et s., 291
 - En droit suisse: 242 et s., 245 et s., 249
 - Dans l'incrimination: 110, 123
 - Dans l'infraction
 - En droit français: 84, 89, 90
 - En droit suisse: 72, 76, 77
 - De la recherche: 40, 43, 46, 49, 302, 617 et s.
 - Dol éventuel:
 - En droit français: 103 et s.
 - En droit suisse: 101 et s.
 - Dommageable: 2, 7, 27, 33, 42, 192, 238, 311, 361 et s., 392 et s., 403 et s., 445, 481, 495, 502
 - D'une réforme: 229, 296
 - Faute: 192, 204
 - Finaliste: 77, 212
 - Hasard: 29
 - Imprévoyance: 180 et s.
 - Intention: 94 et s.
 - Mise en balance: 515, 522, 523, 525, 529
 - Obligation de: 557
 - Omission: 123 et s., 126 et s., 130 et s., 156, 158, 169
 - Peine: voir *peine*
 - Valeur négative: 346, 348, 351 et s., 359
 - Valeur positive: 358, 590
- Rétroactivité *in mitius*:** 226, 270
- Révolution**
- Française: 4, 26

- Industrielle: 312, 327, 333, 372, 445, 497

Risque: 2, 32

- Autorisé: 42, 52, 56, 58, 59, 61, 308 et s., 455 et s.
- Connaissance: 96, 99, 102, 180, 197, 199 et s., 201 et s.
- Création: voir *création d'un risque*
- D'arbitraire: 116, 119, 173, 214
- Général: 487 et s., 584 et s.
- Indemnisation: 30
- Résiduel: 506, 604
- Spécial: 495 et s., 588 et s.

Röstigraben: 38**S**

Seuil (de la répression): 3, 4, 9, 11 et s., 14, 17, 24 et s., 29 et s., 34 et s., 41 et s., 59 et s., 62 et s., 302 et s., 616 et s.

Société savante: 570 et s.

Sources

- De l'obligation d'agir: 133 et s., 159 et s.
- Du devoir de diligence: voir *auto-ri- sation, loi, norme, norme Afnor, règle de conduite, règles de l'art, règlement, règles du jeu sportif*

Sphère d'influence: 505, 522, 525, 592, 613

Sport:

- En droit français: 187, 224, 340, 448, 541 et s., 558, 560, 580, 607
- En droit suisse: 131, 136, 150, 458, 459, 464 et s., 479, 481, 485, 512

Strict liability: 556

Structure de l'infraction

- En droit français: 82 et s.
- En droit suisse: 70 et s.

T**Théorie**

- Causaliste: 76 et s.
- De l'action: voir *causaliste* et *finaliste*
- De l'augmentation du risque: 250 et s.
- De l'équivalence des conditions: 242 et s., 265
- De la pondération ou du centre de gravité: 130
- De la probabilité ou de la vraisemblance: 249
- De la subsidiarité: 131
- Finaliste: 75

Traduction: 54 et s., 177, 178

Troubles psychiques et neuro- psychiques: 412 et s., 420

Type ouvert: 112 et s.

Typicité: 72

U

Ultima ratio: 332

Unité de l'ordre juridique: 365, 470, 474, 485, 532

Unité des fautes pénale et civile: voir *Responsabilités pénale et civile*

Usage de fait: 567, 580

Utilité de l'action: 607 et s., 623

V

Valeur négative du comportement: 77, 359

Valeur négative du résultat: voir *résultat*

Voiture autonome: 452

- En droit français: 589, 597, 601, 605, 612

- En droit suisse: 313, 458, 496, 499 et s., 507
- Volonté**: 23, 29, 94 et s., 98, 119 et s., 169 et s.,
- En droit français: 86, 103 et s., 119, 192, 197, 372, 404, 409, 415, 417, 419
- En droit suisse: 77, 102, 177, 212 et s., 228, 331, 469

Notre société a une tendance grandissante à vouloir que quelqu'un soit tenu pénalement responsable lorsqu'une atteinte est causée à autrui. L'opinion a du mal à accepter que certains dommages puissent être expliqués en termes d'accident ou de risque inhérent à la vie. En matière non intentionnelle cependant, le seuil de la répression ne peut être fixé qu'en cherchant le délicat point d'équilibre entre, d'une part, la sanction des comportements qui attestent une véritable indifférence blâmable à l'égard d'autrui et, d'autre part, la préservation d'une certaine liberté d'agir, nécessaire tant à la vie en société qu'au développement de la science et de la technique.

De manière traditionnelle, le seuil de la répression s'établit par référence à ce qui est interdit, c'est-à-dire en analysant la façon dont le fait non intentionnel est incriminé et l'interprétation qu'en donnent les juges répressifs. Contrairement au droit suisse, le droit français de l'imprudence a fait l'objet de trois réformes successives, lesquelles n'ont toutefois pas permis d'aboutir à une prévisibilité satisfaisante des solutions pénales en la matière. Dans le droit des deux pays, les incriminations de la non-intention gardent un caractère « ouvert », de telle sorte qu'elles peuvent toujours être interprétées de manière extensive par les juges.

Pour mieux fixer le seuil de la répression, la présente étude adopte une nouvelle approche, inspirée du droit suisse, qui complète la première. L'auteur cherche à déterminer quels comportements non intentionnels doivent être considérés comme pénalement admissibles, indépendamment de leurs conséquences. Compte tenu de la possibilité d'erreurs humaines et du risque associé à l'exercice de certaines activités utiles, une part de risque doit être acceptée en droit pénal. Cette solution s'impose car en décider autrement conduirait inéluctablement à causer un trouble plus grand à la société que celui induit par le risque lui-même. Partant, un regard nouveau sur le fait non intentionnel devient possible en sciences criminelles.

Prix de thèse des universités de l'Académie de Strasbourg 2022

Silvain Vernaz, Dr en droit des Universités de Strasbourg et Bâle

ISBN 978-3-7190-4643-9

